

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 13 décembre 2014

Thèse de Doctorat / décembre 2014

**La prise en compte de l'intérêt du
cocontractant**



Université Panthéon-Assas

Myriam MEHANNA

Sous la direction de M. le Professeur Denis MAZEAUD

Membres du jury :

Mme Sarah BROS (*Professeur à l'Université d'Évry Val d'Essonne*), rapporteur

Mme Julie KLEIN (*Professeur à l'Université de Rouen*)

M. Yves-Marie LAITHIER (*Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise*), rapporteur

M. Hervé LÉCUYER (*Professeur à l'Université Panthéon-Assas*)



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes remerciements vont tout d'abord à M. Le Professeur Denis Mazeaud, qui a eu le courage de soutenir et de diriger ce projet non peu téméraire, et dont le travail a été la première source d'inspiration,

ainsi qu'à Mesdames les Professeurs Sarah Bros et Julie Klein, et MM. les Professeurs Yves-Marie Laithier et Hervé Lécuyer, qui m'ont fait l'honneur de siéger dans mon Jury de soutenance, pour le temps et la contribution accordés à l'évaluation et l'enrichissement de ce travail.

Ma première pensée va à mon père, qui vit toujours en moi, et dont le regard vif tourné vers l'Absolu, a été le point de départ de tous mes questionnements et de toutes mes recherches,

Je voudrais également remercier ma mère, dont seuls l'amour et le don total d'elle-même m'ont permis de mener à terme ce travail, cet aboutissement est aussi le tien maman...

Mes remerciements vont également :

à Elsa, ma sœur et ma moitié, pour sa présence qui insuffle joie et bonne humeur, sa générosité et son soutien inconditionnel,

à tonton Antoine pour son accompagnement et son amour sans faille, ainsi que ses conseils précieux,

à Loujeina, Fadi et Cynthia, Claude, tante Nehié, Rajwa, Karma et tante Moni, à toute ma famille au Liban et en Syrie, pour les encouragements constants, et l'aide concrète tant de fois,

à Ali, pour son amour, son support et sa patience,

à Saria pour son soutien et sa vigilance qui ont été si nécessaires,

à mes amis et professeurs de l'Institut Supérieur de Culture, qui ont fait germer en moi cette quête de fraternité,

à Me Roger Chamaa pour sa patience, et pour m'avoir laissé tout ce temps pour travailler,

à Rita Khoriaty pour ses précieux conseils et encouragements, pour son aide indispensable,

à Alexis Baron pour les innombrables fois où il m'a aidée pour les références bibliographiques au Liban ou en France,

au personnel des Bibliothèques Cujas à Paris, et de l'Université Saint Joseph de Beyrouth, pour la disponibilité, et le service accompli de tout cœur,

à Vanessa Breidy, Claudia Chamaa, Mona Farhat, Mohammad Hamdan, Jad Kazan, Maya et Rami Rafih, Valerio Leone Sciabolazza, Asma Souihli, pour leur aide précieuse,

à Soumaya, Adeline et 'Amo Mahmoud Berri pour avoir tant de fois mis la magnifique maison de Amchit à ma disposition pour travailler, et Soum, pour ton amitié si chère, pour ton support constant,

à Elie Richa, Joya Khabsa, Taline et Tévine Jakérian, et Mme Gildas Malivel, pour leur générosité et accueil à Paris,

à Riwa Joueidi Badih, Audrey Jbeily Hashem, et Sandra Malkoun, à chacun de mes amis, que j'aimerais tant nommer un à un, avec qui nous continuons de croire à la fraternité malgré « les folies » du Liban.

Résumé :

La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, ayant une particularité conceptuelle suffisante, n'agit pas au service principal de l'intérêt égoïste ou de l'intérêt commun. Dynamique relationnelle, altruisme, et altérité de base des intérêts, en caractérisent donc une théorie pure. Quant à sa réalité théorique en droit contractuel, elle est fondée sur un principe de fraternité. Il constitue d'abord son support conceptuel, à l'exclusion de la solidarité dont il se distingue, son contenu correspondant à la triple dynamique délimitant la théorie pure de la notion. Il est ensuite son fondement réel, permettant de dépasser les limites de ses fondements concurrents – la bonne foi ou le solidarisme contractuel –, et le principe-axiome rendant compte de celle-ci. Quant à sa réalité matérielle le constat est qu'une partie de l'évolution de la théorie classique des obligations et contrats se matérialise par telle prise en compte. Cette dernière se manifeste d'une part, comme tempérament au principe de liberté contractuelle, tantôt comme norme positive de comportement – dans la bonne foi relationnelle, et l'obligation d'information renforcée –, tantôt comme limite à une prérogative contractuelle – dans le contrôle de l'abus et potentiellement, l'obligation de minimiser le dommage. Elle se manifeste d'autre part, comme aménagement du principe de la force obligatoire, opérant lors de la survenance d'une difficulté d'exécution étrangère au partenaire – dans l'obligation de renégociation du contrat, et potentiellement la théorie de l'imprévision –, ou d'une difficulté inhérente à celui-ci – dans les mesures de grâce, et la législation d'aménagement du surendettement des particuliers.

Descripteurs :

*Intérêt du cocontractant – Prise en compte – Intérêt égoïste – Intérêt commun –
Dynamique relationnelle – Altruisme – Altérité des intérêts – Contrat – Droit contractuel –*

Principe de fraternité – Solidarité – Bonne foi – Solidarisme contractuel – Axiome – Théorie classique des obligations et contrats – Évolution – Liberté contractuelle – Norme positive de comportement – Bonne foi relationnelle – Obligation d’information renforcée – Prérogative contractuelle – Abus – Obligation de minimiser le dommage – Force obligatoire du contrat – Difficulté étrangère au cocontractant – Obligation de renégociation – Imprévision – Difficulté inhérente au cocontractant – Mesures de grâce – Législation d’aménagement du surendettement des particuliers.

Title and Abstract : The taking into consideration of the other party’s interest.

A sufficient particular concept of “taking into consideration the other party’s interest” cannot intervene principally at the service of the selfish or common interest. Its pure theory is therefore characterized by “relational dynamism”, altruism and a basic distinction between interests. Concerning its theoretical reality in contractual law, it is based on a fraternity principle. Such principle constitutes firstly its conceptual support, to the exclusion of solidarity from which it is distinguished, since its content corresponds to the triple dynamic that characterizes the notion’s pure theory. Secondly, it constitutes its real basis, since it allows overcoming the limits of its concurrent basis – the good faith and the contractual solidarism – and is the principal-axiom where it finds its source. As to its material reality, a part of the evolution of the classical theory of obligations and contracts is materialized by such taking into consideration. It is manifested on the one hand as a temperament to the contractual freedom principle, sometimes as a positive standard of behavior – in the relational good faith and the reinforced obligation of information – and sometimes as a limit to a contractual prerogative – in the control of abuse and potentially the obligation to mitigate damages. It is manifested on the other hand, as an adjustment of the binding effect principle, when occurs a difficulty of execution that is exterior to the other party – in the duty to renegotiate the contract and potentially the “unforeseeability” theory –, or inherent to this

party – in the grace measures and the legislation on the adjustment of private individuals excessive indebtedness.

Keywords :

Other party's interest – Taking into consideration – Selfish interest – Common interest – Relational dynamism – Altruism – Interests distinction – Contract – Contractual law – Fraternity principle – Solidarity – Good faith – Contractual solidarism – Axiom – Classical theory of obligations and contracts – Evolution – Contractual freedom – Positive standard of behavior – Relational good faith – Reinforced obligation of information – Contractual prerogative – Abuse – Duty to mitigate damages – Binding effect of contract – Difficulty exterior to the other party – Renegotiation obligation – Unforseeability – Difficulty inherent to the other party – Grace measures – Legislation on the adjustment of private individuals excessive indebtedness.



Principales abréviations

act.	Actualité
Actes. prat. ing. sociétaire	Actes pratiques et ingénierie sociétaire
al.	Alinéa
ALD	Actualité Législative Dalloz
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique
Art.	Article
Ass. Plén.	Arrêt de la Cour de cassation (Assemblée plénière)
Assoc.	Association
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cours de cassation (chambres civiles)
CA	Cour d'appel
cf.	Confer
Cah. dr. entr.	Juris-classeur périodique – Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre civile)
Cass. com.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale)
Cass. soc.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre sociale)
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
comm.	Commentaire
Comm. com. électr.	Communication Commerce électronique
comp.	Comparer
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
chron.	Chronique
D.	Dalloz (Recueil)
D. aff.	Dalloz Affaires
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
DH	Dalloz (Hebdomadaire)
Doc. fr.	Documentation française
DP	Dalloz périodique
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. Soc.	Droit Social (Périodique)
DS	Dalloz-Sirey
éd.	Édition
E.D.C.E.	Études et documents du Conseil d'État
<i>eod. loc.</i>	<i>eodem loco</i>
fasc.	Fascicule
Gaz. pal.	Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
IR	Informations rapides
J.-Cl.	Jurisclasseur (Encyclopédie)

JCP G	Jurisclasseur périodique – Édition générale
JCP E	Jurisclasseur périodique – Édition Entreprises et affaires
JCP N	Jurisclasseur périodique – Édition notariale et immobilière
JDI (Clunet)	Journal du droit international (Clunet)
L.	Loi
Loyers et copr.	Loyers et copropriété
LPA	Les Petites Affiches
n°	numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
p.	page
rappr.	Rapprocher
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RD imm.	Revue de droit immobilier
Rép. civ. Dalloz	Dalloz (Encyclopédie)
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Req.	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre des requêtes)
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
Rev. europ. des sc. sociales	Revue européenne des sciences sociales
Rev. hist. dr. fr. et étranger	Revue historique de droit français et étranger
Rev. jur. env.	Revue juridique de l'environnement
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy Droit des affaires
Rev. Lamy dr. civ.	Revue Lamy Droit civil
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RID éco.	Revue internationale de droit économique
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivant
S.	Recueil Sirey
SLC	Société de législation comparée
Som. com.	Sommaires commentés
sous la dir. de	sous la direction de
spéc.	spécialement
t.	tome
TI	Tribunal d'instance
trad.	traduit, traduction
V.	Voir
V°	<i>Verbo</i>
Vol.	Volume

Sommaire

Thèse de Doctorat / décembre 2014	1
Introduction	18
Partie 1 : Fondement de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant : un principe de fraternité	54
Titre 1 : Fraternité, support conceptuel de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant	55
Chapitre 1 : Approche négative : particularité du concept de fraternité	55
Section préliminaire : Remplacement de la fraternité par la solidarité	56
§1. Aperçu sur le cheminement du concept de fraternité dans la pensée	56
§2. Avènement de la solidarité	60
§3. Doctrine du solidarisme : effets juridico-politiques de la solidarité	62
Section 1 : Similitudes entre concepts de fraternité et de solidarité	65
§1. Même nature	65
§2. Même fonction	67
Section 2 : Différences entre concepts de fraternité et de solidarité	67
§1. Différences conceptuelles	67
§2. Différence de domaine	70
Conclusion du chapitre 1	71
Chapitre 2 : Approche positive : Correspondance du contenu conceptuel de la fraternité aux caractéristiques d'une théorie pure de la prise en compte	72
Section 1 : Relation et altérité au sein du concept de fraternité	73
§1. Dynamique relationnelle	73
§2. L'altérité des intérêts	75
A. Fraternité, <i>affectio societatis</i> , et intérêt commun	75
B. Distinction entre communauté d'intérêts et fraternité	78
1. Différence quant à la limitation qualitative et quantitative de l'intérêt personnel	79
2. Communauté d'intérêts et fraternité : rapport inversement proportionnel	80
Section 2 : Altruisme et intensité de l'attention portée à l'intérêt d'autrui	82
§1. Dimension altruiste	82
A. Distinction entre altruisme et notions de gratuité et d'intention libérale	84
B. Définition de l'altruisme autour de la notion d'intérêt	86
§2. Intensité de l'attention portée à l'intérêt du cocontractant	88
A. Sacrifice non consubstantiel à la fraternité	89
B. Caractère suffisant de la « prise en compte »	91
1. Dépassement de l'opposition franche entre intérêt personnel et désintéressement	91

2. Conception modeste du don	92
Conclusion du chapitre 2	94
Conclusion du titre 1	94
Titre 2: Principe de fraternité : Fondement réel de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant	95
Chapitre préliminaire : Dépassement du problème de juridicité du concept de fraternité	96
Section 1 : Fraternité et impuissance du droit	96
§1. Difficulté de l'instauration par le Droit	96
§2. Incitation à des comportements relevant du contenu moral de la fraternité	99
Section 2 : Fraternité et inutilité du droit	102
Conclusion du chapitre préliminaire	104
Chapitre 1 : Fraternité et dépassement des limites des fondements concurrents de la prise en compte	104
Section 1 : Le dépassement de l'hypertrophie de la notion de bonne foi	104
Section 2 : Le dépassement des insuffisances du solidarisme contractuel	108
§1. Solidarisme contractuel et tentative d'application de la solidarité au contrat	109
§2. Les écueils du solidarisme contractuel	110
A. Le contrat microcosme	111
1. Fondement selon Demogue : analogie artificielle entre contrat et société	111
2. Dépassement de cette analogie grâce au concept de fraternité	113
B. L'union d'intérêts	115
1. Union d'intérêts et contradiction avec la solidarité	115
a. Extension artificielle de l'intérêt commun à tous les contrats	115
b. Contradiction entre solidarisme et solidarité-altruisme	120
2. Dépassement de la communauté d'intérêts grâce au concept de fraternité	123
Conclusion du chapitre 1	124
Chapitre 2 : Fraternité : principe premier fondant la prise en compte	124
Section 1 : Qualification juridique du concept : Principe-affirmation première	124
§1. Rejet des qualifications d'obligation ou de devoir	125
§2. Qualification retenue : Principe d'inspiration	127
A. La fraternité : un principe	127
B. Un principe d'inspiration, de caractère non juridique	128
1. Principe démonstratif	129
a. Proposition descriptive, principe-source	129
b. Axiome	132
2. Distinction avec le principe général de droit	133
3. Vérification par le mode de fonctionnement du principe en droit public	134
Section 2 : Fonction du principe de fraternité : fondement de la prise en compte	137
§1. Rapport entre principe de fraternité et prise en compte : double mouvement	137

A. Le principe de fraternité inspire des comportements introduisant telle prise en compte _____	138
B. Le principe de fraternité rend compte des manifestations de telle prise en compte _____	138
§2. Rôle du principe de fraternité quant à l'évolution de la théorie classique _____	139
Conclusion du chapitre 2 _____	143
Conclusion du titre 2 _____	143
Conclusion de la partie 1 _____	143
<i>Partie 2 : Manifestations de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant</i> _____	<i>146</i>
Titre 1 : Manifestations, tempéraments au principe de liberté contractuelle _____	147
Chapitre 1 : Prise en compte de l'intérêt du cocontractant, norme positive de comportement _____	148
Section 1 : La bonne foi dans son versant relationnel _____	148
§1. L'affirmation de la bonne foi comme norme comportementale _____	149
A. La bonne foi, instrument de moralisation du comportement des contractants _____	149
1. Évolution historique dans la fonction de la notion _____	149
2. Qualification de la bonne foi _____	152
a. Nature juridique de la bonne foi _____	152
a.1. L'exigence de bonne foi : obligation contractuelle?... _____	152
a.2. ... Ou norme générale de comportement ? _____	153
b. Portée _____	156
b.1. Portée de la bonne foi _____	156
b.2. Sanction de la bonne foi et réduction de sa portée _____	158
B. Contenu de la norme morale introduite par la bonne foi _____	162
1. La morale individuelle ou la bonne foi-honnêteté _____	164
2. La morale de la relation ou la bonne foi-prise en compte de l'intérêt du cocontractant _____	166
§2. La bonne foi et la morale de la relation _____	169
A. Bonne foi support d'intensités différentes de la prise en compte _____	169
1. Prise en compte-coopération _____	169
a. Définition de la coopération: prise en compte réciproque de l'intérêt du cocontractant _____	170
b. Manifestations _____	173
b.1. Obligation d'exécuter le plus utilement possible pour le cocontractant _____	174
b.2. Obligation de faciliter l'exécution par le cocontractant _____	176
b.3. Obligation de vigilance pour la sauvegarde de l'intérêt du cocontractant _____	180
b.4. Obligation de ne pas entraver la reconversion du cocontractant _____	183
2. Prise en compte-abnégation _____	186
a. Trace dans la jurisprudence... _____	186
b.... Portée encore très limitée _____	188
B. Bonne foi et théorie pure de la prise en compte _____	189

1. Critères de justification de cette exigence de comportement _____	189
a. Critères particuliers _____	190
b. Critère général _____	195
2. Finalité de cette exigence de comportement _____	198
a. Finalité : l'efficacité du contrat, ou l'altruisme ? _____	198
b. Confusion entre altruisme et utilitarisme _____	201
c. Application aux devoirs découlant de la bonne foi _____	204
c.1. Application aux devoirs découlant de la prise en compte-coopération _	204
c.2. Application au devoir découlant de la prise en compte-abnégation ____	206
Section 2 : L'obligation d'information renforcée _____	210
Paragraphe préliminaire. Aperçu sur le développement de l'obligation d'information _	211
A. Le développement de la notion au regard du principe de liberté _____	211
B. L'évolution du fondement de la notion _____	212
§1. L'obligation d'information renforcée, introduction de cette norme positive de comportement _____	214
A. Critère d'identification de l'obligation d'information, manifestation de la prise en compte _____	214
1. Fonctions à écarter _____	216
a. L'assainissement du consentement _____	216
b. La sanction de la moralité individuelle _____	218
2. Fonctions de l'obligation d'information support de la prise en compte : vivification de l'égalité et collaboration _____	220
B. Obligation d'information et modalités de la prise en compte _____	225
1. L'obligation de renseignement _____	225
2. L'obligation de mise en garde _____	228
3. L'obligation de conseil _____	231
§2. Obligation d'information renforcée et théorie pure de la prise en compte _____	237
A. Justification de l'exigence de prise en compte introduite _____	237
1. Rejet du critère de la confiance découlant de l'intérêt commun _____	238
2. Critère général : extension de l'ignorance légitime _____	240
B. Finalité de l'exigence de prise en compte introduite _____	244
1. L'efficacité contractuelle _____	244
2. L'altruisme ? _____	246
a. Dépassement de l'égoïsme _____	246
b. La mesure de la prise en compte : les limites de l'obligation d'information renforcée _____	248
Conclusion du chapitre 1 _____	252
Chapitre 2 : Prise en compte de l'intérêt du cocontractant, limite à l'exercice d'une prérogative contractuelle _____	254
Section 1 : L'abus de droit pour défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant _	254

§1. Le contrôle de l'abus pour défaut de telle prise en compte	254
A. Conception de l'abus	255
1. Différentes conceptions de l'abus	255
2. Rapport entre abus et bonne foi	257
3. Régime de contrôle : la responsabilité civile	259
a. La faute : appréciation d'un comportement	259
b. La sanction	260
B. Critère particulier de l'abus : défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant	261
1. Les critères traditionnels	261
2. Manifestations du critère particulier	262
a. En matière d'octroi de crédits	263
b. En matière de fixation unilatérale du prix	263
c. En matière de fixation unilatérale des conditions de vente	266
d. En matière de rupture unilatérale du contrat	268
§2. Contrôle de l'abus et théorie pure de la prise en compte	270
A. Rôle correcteur entre liberté et égalité	270
1. La liberté demeure le principe...	270
a. Libertés hiérarchisées, inégalité consacrée	271
b. Absence d'obligation de motivation	273
b.1. Définition et position de la jurisprudence	274
b.2. Lien avec la liberté et la prise en compte	277
2. ... Mais une liberté tempérée en fonction d'autrui	280
B. Abus et caractéristiques d'une théorie pure de la prise en compte	282
1. Insuffisance de la justification par l'intérêt commun	283
2. Finalité de l'exigence de prise en compte	284
a. L'efficacité économique	285
b. Finalité morale altruiste ?	287
Section 2 : L'obligation de minimiser son propre dommage	289
§1. Difficulté de l'introduction en droit français	290
A. Situation actuelle de la question	292
1. Origines et traces de la notion en doctrine	293
2. Position jurisprudentielle en la matière	294
a. Positions antérieures : Sensibilité à la logique de la prise en compte	294
a.1. En matière de préjudice économique	294
a.2. En matière de préjudice corporel	298
b. Position de principe actuelle : réticence	299
B. Appréciation technique de la position actuelle du droit français	301
1. Justifications techniques avancées	301
a. Contradiction avec les principes traditionnels du droit de la responsabilité	302

b. Inutilité d'une telle notion _____	303
2. Rejet de ces justifications _____	308
a. Articulation avec les principes traditionnels _____	308
b. Insuffisance des techniques contractuelles concurrentes _____	310
§2. Consécration souhaitée, et compatibilité avec la théorie pure de la prise en compte	313
A. Évolution timide vers l'introduction d'une obligation de minimiser son dommage	313
1. Évolution jurisprudentielle _____	313
2. Doctrine et projets de réforme _____	318
B. Esprit de l'institution : compatibilité avec la théorie pure de la prise en compte ?	320
1. Contours de l'obligation et intensité de prise en compte _____	321
a. Nature juridique : qualification d'obligation _____	321
b. Obligation de moyen et intensité de la prise en compte _____	322
2. Finalité _____	325
a. Finalité économique : l'utilité économique et la notion d'intérêt général ____	325
b. Finalité morale : la prise en compte de l'intérêt du cocontractant _____	329
b.1. Exigence morale de comportement _____	329
b.2. Exigence de moralité relationnelle _____	332
Conclusion du chapitre 2 _____	334
Conclusion du titre 1 _____	336
Titre 2 : Manifestations, aménagements du principe de la force obligatoire du contrat	338
<hr/>	
Chapitre 1 : Prise en compte de l'intérêt du cocontractant lors de la survenance d'une difficulté étrangère à celui-ci _____	341
Section 1 : L'introduction de l'obligation de renégociation du contrat, manifestation de la prise en compte _____	343
§1. Solution classique en matière d'imprévision _____	343
A. Le particularisme français _____	343
1. Solution française : le refus de tenir compte d'une difficulté étrangère _____	343
2. Solution en droit comparé _____	345
B. Appréciation de la solution française _____	347
1. Arguments contre la réforme _____	347
2. Nécessité d'une réforme _____	349
a. Opportunité d'une réforme _____	350
a.1. Amélioration de la compétitivité du droit français _____	350
a.2. Adaptation des contrats et pérennité du contrat _____	351
b. Évolution nécessaire de la théorie classique des obligations et contrats ____	352
b.1. Rôle du juge, rôle des parties _____	353
b.2. Dépassement de la rigidité des principes traditionnels _____	354
§2. L'évolution constatée : l'introduction d'une obligation de renégociation _____	357

A. Exigence exceptionnelle de prise en compte _____	358
1. Prémisse _____	358
2. Situations de subordination ou de dépendance _____	359
a. Le contrat de travail _____	359
b. Les contrats de distribution ou de représentation commerciale _____	359
B. Exigence de prise en compte débordant les situations de dépendance _____	363
1. Arrêt du 16 mars 2004 _____	363
2. L'intérêt général environnemental _____	366
Section 2 : Théorie de l'imprévision et théorie pure de la prise en compte _____	369
§1. Compatibilité entre théorie de l'imprévision et théorie pure de la prise en compte _____	369
A. Particularité conceptuelle de la prise en compte _____	370
1. Insuffisance de la justification par la volonté implicite des parties _____	370
2. Insuffisance de la justification par la cause _____	372
3. Insuffisance de la justification par l'intérêt commun _____	374
4. Insuffisance de la bonne foi : imprévision, manifestation autonome de la prise en compte _____	374
B. Finalité de la prise en compte _____	376
1. Finalité économique dans le prolongement de la force obligatoire _____	377
a. L'efficacité du contrat _____	377
b. Le service de l'intérêt propre et égoïste _____	380
2. Finalité morale et recul de la force obligatoire _____	382
a. Exigence de solidarité à l'égard du partenaire contractuel _____	383
b. Exigence de solidarité à l'égard de la communauté humaine _____	386
§2. Théorie pure de la prise en compte et encadrement de la révision du contrat pour imprévision _____	390
A. Critères d'existence de la situation d'imprévision au regard de la prise en compte _____	391
1. Critères objectifs : les caractères de l'événement _____	391
a. Critère écarté : l'imprévisibilité de l'événement _____	391
b. Critères retenus : Postériorité et extériorité de l'événement _____	392
2. Critère subjectif : l'impact du changement de circonstances sur la situation des parties _____	394
a. Effet : souplesse dans l'appréciation des critères objectifs _____	395
b. Seuil de l'impact entraînant la révision _____	396
B. Régime de la révision du contrat : intensité de la prise en compte _____	399
1. Contours de l'obligation de renégociation _____	400
a. Contenu de l'obligation _____	400
b. Nature de l'obligation : obligation de résultat ou de moyen ? _____	401
b.1. Identification de deux obligations successives _____	402
b.2. La mesure du sacrifice des intérêts propres _____	403
2. La sanction : responsabilité contractuelle _____	404

3. Spontanéité de l'amitié et rôle du juge _____	406
a. Contrôle de l'obligation de renégociation _____	407
b. En cas d'échec de la renégociation _____	408
b.1. Faculté d'adaptation du contrat pour le juge ? _____	408
b.2. Encadrement de la faculté d'adaptation, quant elle existe _____	410
Conclusion du chapitre 1 _____	412
Chapitre 2 : Prise en compte de l'intérêt du cocontractant lors de la survenance d'une difficulté inhérente à celui-ci _____	414
Section 1 : Les mesures de grâce _____	415
§1. Mesures de grâce et modalités de prise en compte _____	416
A. Prise en compte imposée de l'intérêt du cocontractant _____	417
1. Siège de la matière _____	418
2. Mesures accordées : suspension de l'exécution ou réduction du montant de la dette _____	419
3. Nature et régime du pouvoir accordé au juge _____	422
a. Nature : Faculté judiciaire, et pouvoir souverain d'appréciation _____	422
b. Régime _____	423
B. Prise en compte spontanée de l'intérêt du cocontractant _____	425
1. Présentation de la technique de remise de dette _____	426
2. Nature conventionnelle _____	428
a. Renonciation spontanée : accord nécessaire du débiteur _____	428
b. Renonciations imposées ou incitées _____	430
§2. Mesures de grâce et théorie pure de la prise en compte _____	432
A. Le recul de la force obligatoire du contrat : affaiblissement du droit de créance _____	433
B. La finalité de la prise en compte _____	436
1. Finalité de la prise en compte imposée _____	436
a. Finalité d'ordre objectif : efficacité du contrat _____	436
b. Finalité principale d'ordre subjectif : mesures de faveur au profit du débiteur _____	439
2. Finalité de la prise en compte spontanée _____	443
Section 2 : L'aménagement du surendettement des particuliers _____	445
§1. Le droit du surendettement des particuliers et l'introduction de la prise en compte _____	447
A. Prise en compte incitée de l'intérêt du cocontractant _____	448
1. Modalités de la prise en compte : patience et renonciation partielle _____	448
2. Caractères de cette prise en compte _____	449
a. Prise en compte incitée _____	449
b. Prise en compte limitée _____	451
B. Prise en compte imposée de l'intérêt du cocontractant _____	452
1. Modalités et degrés de la prise en compte _____	452
a. La patience _____	452

b. Le sacrifice des intérêts du créancier _____	454
2. Encadrement de la prise en compte imposée _____	458
a. Limitations générales à la procédure d'aménagement du surendettement ____	458
b. Limites à l'effacement de dettes _____	459
§2. Droit du surendettement des particuliers et théorie pure de la prise en compte ____	461
A. Remise en question de la théorie classique des obligations et contrats _____	462
1. Nouvelle dynamique du lien d'obligation _____	462
a. Dissociation rapport d'obligation et pouvoir de contrainte _____	462
b. Concrétisation du lien d'obligation : prise en compte de la situation particulière du cocontractant _____	463
2. Dépassement du sens traditionnel de la force obligatoire du contrat _____	465
a. La force obligatoire : un principe finalisé _____	465
b. Le respect de la parole donnée et l'attente légitime du créancier _____	467
B. Finalité de la prise en compte _____	469
1. Finalité économique _____	470
a. L'efficacité du contrat _____	470
b. Le maintien d'une économie de marché reposant sur l'endettement _____	473
2. Finalité morale _____	474
a. Changement progressif de l'objectif du droit du surendettement. _____	475
b. De la dignité à la moralité relationnelle _____	480
c. Intérêt commun et solidarité _____	484
Conclusion du chapitre 2 _____	487
Conclusion du titre 2 _____	488
Conclusion de la partie 2 _____	490
<i>Conclusion générale</i> _____	494
<i>Bibliographie</i> _____	501
<i>Index</i> _____	534

Introduction

1. « La prise en compte de l'intérêt du cocontractant »¹ traduit un *mouvement vers autrui*. Prendre en compte, c'est tenir compte, avoir à l'esprit, s'intéresser, ou encore être attentif aux intérêts du partenaire contractuel. La notion introduit donc les idées de considération et de souci de la situation et de l'intérêt du partenaire contractuel.

2. Penser aux intérêts du partenaire contractuel ? Cet énoncé nous renvoie certes aux thèmes de la solidarité, de l'altruisme, de l'entraide ou de la fraternité entre contractants.

Sans même s'aventurer dans l'examen de ses contours et de sa réalité en droit contractuel, certains trancheraient assez rapidement et sèchement : cet énoncé viendrait heurter de front l'essence de l'institution contractuelle, car « [contracter], ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de "faire ses affaires". (...) Prétendre que l'individualisme et ses corollaires, notamment l'idée que chaque homme doit veiller par priorité à la défense de ses intérêts, seraient supplantés dans la première catégorie de contrat (contrat-échange) par la solidarité ou la fraternité qui uniraient naturellement tous les membres du genre humain ne témoigne pas d'une connaissance approfondie des ressorts de l'âme humaine. Le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût ; il n'a, au reste, pas pour objet la perfectibilité de l'être humain laquelle relève de la morale (...) Aussi bien les vertus évangéliques de patience, d'indulgence et d'oubli de soi restent-elles étrangères au monde du contrat »².

¹ À laquelle nous nous référerons très souvent, par souci de simplification, par « telle prise en compte », ou « cette prise en compte », ou simplement « la prise en compte ».

² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n° 42, spéc. pp. 47-48. V. dans le même sens, J. Hauser, *Rapport de synthèse. Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de),

3. Est-il donc légitime de s'interroger si cette dynamique existe en droit contractuel ? N'est-ce pas un mariage contre nature ? Le contrat n'est-il pas le lieu par excellence où chacun doit défendre ses intérêts, et est considéré comme le meilleur défenseur de ceux-ci³ ? N'est-ce pas l'immixtion d'idées telles que la relation entre contractants, ou la moralité altruiste, dans un contexte traditionnellement conçu comme un temple de l'égoïsme, où elles ne pourraient trouver leur place ? Ne conduit-elle pas inmanquablement à la nécessité de penser le contrat différemment ?

4. Le sujet attire donc certaines des problématiques difficiles du droit du contrat, à savoir la distinction des ordres moral et juridique, ainsi que la forte résistance ou même l'allergie⁴ que pourraient entraîner dans le domaine, certaines idées morales particulières, à savoir la solidarité, l'altruisme, l'entraide, ou la fraternité. Nous pensons pourtant que l'audace, sinon la témérité, d'un chercheur à ses débuts, nous permettent de nous attaquer à ces thématiques, souvent trop rapidement expédiées.

Il est donc impossible d'exposer les techniques de telle prise en compte sans nous prononcer sur une approche du Droit et du Droit des contrats en particulier.

5. Il va sans dire que la problématique que nous nous proposons d'affronter (I) comporte une mouvance de remise en question des idées traditionnelles autour du contrat (II), et donc une évolution de la théorie classique qui gouverne la matière (III). En même temps cerner une notion spécifique et particulière de « prise en compte de l'intérêt du cocontractant » s'est vite avéré délicat ce qui nous impose de dresser les contours d'une théorie pure de celle-ci (IV). Enfin, l'identification des

Économica, Paris, 2004, p. 193, spéc. n° 8, p. 198 : le contrat « après tout, (...) n'est pas œuvre de sainteté et les contractants ne font pas vœu de pauvreté avant d'entrer dans un couvent contractuel ».

³ V. sur ce point P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Recueil Sirey, Paris, 2^e éd., 1951, p. 236.

⁴ V. par ex., mais nous y reviendrons tout au long de l'étude, Ph. Rémy, *La genèse du solidarisme*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 3, spéc. p. 10, n° 8 : « La tendance du droit français des contrats à considérer comme des "obligations contractuelles" la bonne foi ou la loyauté témoigne déjà d'une fâcheuse confusion des concepts ; y ajouter la "solidarité" sociale ou la fraternité contractuelle constituerait une confusion plus grave – la confusion des ordres (ordre du droit et ordre de la morale ; ordre de la justice et ordre de la charité). Faire descendre le ciel sur la terre est une tentation à laquelle les civilistes doivent savoir résister ».

difficultés de la recherche (V), ainsi que la mise en avant de quelques précisions de méthode (VI) clôturera l'exposé de ces préalables qui auront été nécessaires afin et avant de pouvoir annoncer le plan (VII) qui nous servira de guide pour vérifier si existe en droit du contrat telle prise en compte.

I. Problématique

6. Le droit contractuel connaît-il une mouvance imposant à un contractant de prendre en compte les intérêts de son partenaire ? Quel est le fondement qui peut la justifier dans un milieu traditionnellement considéré comme hostile et imperméable à telle dynamique, et dominé par une théorie classique construite sur l'individualisme ? Quelles en sont l'étendue et la portée, et quel en est l'effet sur la théorie classique des obligations et du contrat ?

Voilà donc la problématique que nous nous proposons d'affronter.

II. Remise en question des idées traditionnelles autour du Contrat

7. Le contrat étant un outil juridique et économique⁵, l'affirmation que nous nous proposons d'approfondir rencontrerait deux objections au moins. En premier lieu, tout jugement de valeur sur la relation à autrui y serait indifférent. Ceci pose accessoirement et nécessairement la question de la relation de la Morale et du Droit, plus particulièrement au sein du contrat. En second lieu, celui-ci, lieu où la recherche de l'intérêt personnel prime, serait particulièrement imperméable aux valeurs relationnelles de solidarité, d'altruisme ou de fraternité.

8. En premier lieu, le contrat est un outil juridique et économique, où la relation à l'autre partie serait *a priori* indifférente, et encore plus, tout jugement de valeur porté sur celle-ci.

⁵ Il est essentiellement perçu comme ayant « pour fonction d'assurer les *échanges de richesses et de services* entre les hommes » (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, Paris, 15^e éd., 2012, n° 68, spéc. p. 48), ou encore comme « le mode normal d'échange des biens » (J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1994, p. 83, n° 114). V. égal. A.-S. Barthez, *Crise économique et contrat : les remèdes*, RDC 2010, p. 467 : « Il y a entre économie et contrat une consanguinité, un lien si fort qu'il n'admet aucune rupture : pas d'économie sans circulation de richesses, pas de circulation de richesses sans contrat ».

9. D'une part, et premièrement, l'organisation juridique des rapports dans un sens accentuant le taux d'abstraction des « sujets de droit » et donc la déshumanisation du rapport⁶, explique cette indifférence. Tout au plus celui-ci est-il une relation objective entre deux patrimoines. En 1804, cette tradition de pensée était très forte, et les rédacteurs du code civil « raisonnaient presque invariablement sur des modèles types »⁷, et particulièrement en droit des obligations et des contrats sur des standards : le vendeur, l'acheteur, le « bon père de famille » etc...⁸

Deuxièmement, la réalité économique elle-même, principal objet des obligations, est incompatible avec la dimension chaleureuse ou personnelle du rapport humain, notamment celle altruiste⁹. Derrière cette opinion, c'est une certaine vision de l'homme qui est stigmatisée : l'homme serait en fin de compte un être égoïste qui place son intérêt avant celui de l'autre, et vouloir forger un comportement contraire à cette nature a abouti aux dérives les plus dangereuses¹⁰.

Pourtant, nous pouvons affirmer que le contrat est tout autant un phénomène social qui concerne les rapports entre les hommes¹¹, qu'un outil économique¹².

⁶ Sur ce point, J. Bedoura, *L'amitié et le droit civil*, Thèse de doctorat, Tours, 1976, p. 6 : « Le droit ne peut que déterminer des comportements objectifs, généraux ; il doit finalement dépersonnaliser les individus auxquels il se rapporte, posant une notion objective par delà toutes les subjectivités (...). Le droit par essence tend donc à l'inhumain : il substitue à l'homme bien vivant ce squelette : le sujet de droit » ; M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, RRJ 2004, n° 4, p. 2153, spéc. p. 2169 : « il y a bien longtemps que le contrat n'est plus une alliance totale entre les êtres, mais un simple rapport objectivé d'intérêts ».

⁷ J. Bedoura, *L'amitié et le droit civil*, *op. cit.*, p. 6.

⁸ Derrière cette tendance à la dépersonnalisation, c'est une certaine conception de la justice qui transparait, conception formelle qui « repose sur une appréciation abstraite des droits et obligations, indépendamment de toute référence à la situation concrète des parties (...) la justice contractuelle doit privilégier un traitement uniforme et indifférencié des contractants » (M. El Gharbi, *Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique*, RRJ 2005, n° 1, pp. 165 s., spéc. p. 167). Alors que certains soutiennent que c'est cette approche formaliste du droit qui est une garantie à la rationalité juridique et donc à la sécurité juridique (M. Weber, cité in J. Habermas, *Droit et morale, Première conférence*, traduit par Ch. Boucindhomme, Seuil-traces écrites, 1986, p. 18), d'autres affirment que c'est le rapport humain qui garantit la sécurité ; « [l']outil contractuel cultive aujourd'hui un curieux paradoxe : il s'est enrichi du point de vue technique mais s'est appauvri sur le plan des rapports humains à tel point que la sécurité des rapports contractuels est sérieusement mise en cause » (S. Darmais, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, n° 4, p. 6).

⁹ Sur ce point, Max Weber, *Économie et société*, Tome I, Plon, Paris, 1971, p. 634 : « « Lorsque le marché est laissé à sa propre légalité, il n'a de considération que pour les choses, aucune pour les personnes ni pour les devoirs de fraternité ou pitié, aucune non plus pour les rapports humains originels, propres aux communautés personnelles ».

¹⁰ V. sur ce point, Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, in *Mélanges Paul Didier, Économica*, 2008, p. 247, spéc. p. 254.

¹¹ Sur ce point, M. Ghestin, *La notion de contrat*, *Revue Droits* 1990, n° 12, p. 7 s. : « L'anthropologie juridique donne à penser (...) que le contrat, les relations contractuelles, sont bien de l'essence des relations humaines ». D'ailleurs « ni la société ni *a fortiori* la justice et le droit n'existent sans relations entre les personnes » (A. Sériaux, *Le droit. Une introduction*, Éditions Ellipses, Paris, 1997, n° 25, p. 19).

D'ailleurs, depuis la rédaction du code, la réalité a entraîné un changement dans la perception par le droit contractuel, du lien entre les parties¹³ ; l'« homme isolé et indépendant est une pure fiction ; il n'a jamais existé. L'homme est un être social ; il ne peut vivre qu'en société ; il a toujours vécu en société »¹⁴. Même le langage juridique témoigne de cette évolution. Aujourd'hui, « la terminologie de *lien contractuel* tend à se généraliser, celui-ci s'apparente de plus en plus à un lien vivant entre deux personnes en ce qu'il instaure entre elles une relation »¹⁵.

La relation est donc bel et bien une dimension du contrat, et le regard qui y est porté ne peut être simplement technique¹⁶ ou économique, au prix de la dénaturaison de celui-ci.

¹² Si le contrat demeure l'outil nécessaire pour toute activité économique, ceci ne veut pas dire que cette activité en est la seule dimension, l'« utilitarisme ambiant (...) 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 » (C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 441, spéc. p. 471). Dans le même sens, D. Mazeaud, *La politique contractuelle de la Cour de cassation*, in Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz, Paris, 2006, p. 371, spéc. p. 372, n° 4 : « Si le contrat, parce qu'il est très souvent le support d'une opération ou d'une activité économique, doit être nécessairement doté, par les règles qui le régissent, des vertus que sont la liberté, la prévisibilité et la sécurité, il n'en reste pas moins que cette dimension économique essentielle qui l'anime ne saurait occulter la dimension humaine qui doit irriguer aussi le droit dont il est l'objet. (...) Certes, les affaires sont les affaires, mais le droit en général et le droit des contrats en particulier sont trop humains pour que les impératifs économiques soient les seuls pris en compte au stade de la création et de l'interprétation des règles de droit contractuel ». V. égal. sur le contrat moderne, P. Chaniel, *Renouer les fils de l'alliance, Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 51, spéc. pp. 52-53 : « Le contrat archaïque, c'est le contrat personnel (...). Il est avant tout au service du lien et non au service du bien. À l'inverse, seuls nos contrats modernes se nouent autour d'une chose ou d'un service, abstraction faite de la qualité des contractants et des liens qu'ils tissent ».

¹³ Dans ce sens, D. Mazeaud, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, LPA 6 mai 1998, p. 8, n°5 : Le « droit contemporain des contrats n'est plus un droit désincarné, dont les règles se déploient sans considération pour la situation concrète dans laquelle évoluent les personnes dont elles encadrent l'activité. Désormais, les qualités et les caractéristiques personnelles des cocontractants, les rapports de force qu'ils entretiennent tout au long du processus contractuel sont pris en considération dans la détermination du régime de leurs relations contractuelles ». D'ailleurs, pour contrer cette tendance à la dépersonnalisation, les solidaristes par exemple, adopteront « le principe de réalité, suivant Gény, Gounot et Duguit dans leur dénonciation des abstractions logiques (l'homme abstrait est libre) et des fictions métaphysiques » (J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport 2003, p. 215).

¹⁴ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Félix Alcan, Paris, 2^e éd., 1920, p. 18.

¹⁵ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357, n° 6.

¹⁶ Le doyen Ripert dénonce lui la tendance des juristes « techniciens (...) à nous faire oublier les hommes dans le rapport juridique pour ne plus voir que le rapport » (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1949, n° 2, spéc. pp. 5-6) et qui sont convaincus « que le dernier mot du progrès juridique est d'énoncer l'obligation comme la relation entre deux patrimoines » (*eod. loc.* spéc. p. 6). La tendance est à la prise de conscience de la dimension de lien existant aussi dans le contrat, et à « [revitaliser] le lien humain de la relation contractuelle, ce dernier

D’ailleurs la *relation* est un concept que l’on retrouve, de plus en plus, dans certaines notions contractuelles.

D’abord la réalité ayant destitué le contrat instantané – dont la figure type est le contrat de vente – de la place première qu’il occupait avec le Code civil, les contrats modernes se complexifiant et perdurant dans le temps¹⁷, une approche utilitariste du « lien » transparait de plus en plus¹⁸.

Ensuite, c’est la réalité et la valeur économique qu’acquiert une relation qui dure dans le temps, qui est aussi mise en avant dans certaines notions, à l’instar de ce que le droit de la concurrence¹⁹ désigne par l’expression de « relation commerciale établie ».

La *relation* se retrouve aussi au cœur de la théorie du « contrat relationnel » apparue en droit américain²⁰, n’y ayant reçu qu’une faible application, et non accueillie en droit français. Celle-ci²¹ introduit la *relation* comme facteur ayant une incidence sur l’exécution du contrat, notamment sur le fait d’œuvrer pour son maintien²².

Toutes ces notions mettent en avant une lecture économique de la valeur du lien. Elles sont à distinguer de la *relation* telle qu’appréhendée dans la recherche de cette prise en compte, approche plus humaine et plus morale.

étant trop souvent absorbé par la technique contractuelle » (S. Darmaison, *Le contrat moral, op. cit.*, p. 31, n° 27).

¹⁷ De plus en plus nombreux sont les contrats « fondateurs d’une organisation destinée à perdurer, le plus souvent selon des modalités complexes et enchevêtrées, qui brisent une représentation classique du temps et individualiste du contrat » (C. Jamin, *Pour en finir avec la formation du contrat !*, LPA 6 mai 1998, p. 25).

¹⁸ *Ibid.*: « un contrat devenu, (...) plus un bien qu’un lien, puisque la qualité de ce lien est essentielle pour une exécution correcte du contrat ».

¹⁹ Art. L. 442-6, I, al 5, C. com.

²⁰ I. R. Macneil, *Contracts : adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law*, Northwestern University Law Review 1978, vol. 72, p. 854 ; *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven and London, Yale University Press 1980 ; *Relational contract : what we do and do not know*, art. Wisconsin Law Review 1985, p. 483 ; *Relational Contract Theory : Challenges and Queries*, Northwestern University Law Review 2000, vol. 94, p. 877.

²¹ Dans cette théorie, une distinction est opérée entre la relation et l’obligation ; « [la] relation désignerait le comportement, les rapports et les pratiques adoptés par les parties, tandis que l’obligation contractuelle resterait classiquement définie comme le lien de droit destiné à procurer une satisfaction au créancier » (Y.-M. Laithier, *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D. 2006, p. 1033).

²² *Contra* Y.-M. Laithier, *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français, op. cit.*: « Il reste que nous ne voyons absolument pas en quoi le seul fait de souligner la dimension relationnelle du contrat justifie la promotion de son maintien. Après tout, la solution contraire peut

10. D'autre part, la dimension humaine ramenée en surface dans le contrat, nous comprenons que celui-ci sera nécessairement un terrain où se manifesteront certaines valeurs d'origine morale, sociale ou religieuse²³ ; la « règle morale doit imprégner les obligations, comme toutes les relations humaines et aujourd'hui la nécessité s'en fait particulièrement sentir. Que la morale soit invoquée pour la défense d'intérêts privés n'a rien que de bien naturel, puisque la plupart des relations humaines ont pour raison d'être des intérêts privés »²⁴.

D'ailleurs, et plus généralement, « [toute] norme est sous-tendue par une conception de la société »²⁵, et le Droit opère nécessairement des choix sur le fondement de valeurs dont la source se trouve dans les ordres extérieurs à lui, de morale ou de religion.

Si la morale et le droit sont deux ordres différents²⁶, dont la différence doit être maintenue pour éviter certains excès, « toutes les tyrannies [ayant] toujours

être défendue : c'est bien parce que le contrat n'est pas seulement un échange mais une relation entre plusieurs personnes que la mésentente (suffisamment grave) est susceptible de justifier la rupture ».

²³ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale, op. cit.*, spéc. p. 75, n° 103 : « Le juriste doit également tenir compte de la nature spirituelle de l'homme. Les jugements de valeur inséparables de la recherche du droit sont effectués en fonction de choix métaphysiques ou religieux. La morale, particulièrement la morale chrétienne traditionnelle, joue un rôle important dans l'élaboration du droit »

²⁴ Ph. Malaurie, *Cession d'actions: la réticence dolosive en raison des circonstances. L'affaire Bouygues des Grands moulins de Paris*, note sous Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, p. 50, D. 1996, p. 518, spéc. p. 520. Ceci conforte d'ailleurs « le caractère relatif de l'opposition entre droit public et droit privé » (M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, n° 28 p. 23).

²⁵ L. Grynbaum, M. Nicod, *Avant-propos*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, spéc. p. V. Dans le même sens, *Ibid.* pp. V-VI : chaque auteur transmet « sous l'apparente neutralité de la présentation (des techniques du contrat) (...) sa conception des rapports humains au sein de la société » ; C. Jamin, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, D. 2002, p. 901 : « les civilistes, même quand ils prétendent s'en tenir à la prétendue objectivité d'une méthode dogmatique censée rationaliser le droit positif par la fixation de principes et l'édification de constructions juridiques (le professeur) ou lorsqu'ils veulent simplement appliquer la loi à propos de litiges particuliers (le juge), sont largement tributaires de leur époque et de ses idéologies, qu'ils se bornent, avec plus ou moins de contraintes liées à leur mode spécifique de raisonnement et au matériau textuel qui leur sert de support, à transposer dans le discours juridique » ; M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, RDC 2010, p. 383, spéc. n° 20 : « Peu importe le choix opéré. Il est, quoi qu'il en soit, d'ordre politique qui suppose d'adhérer au préalable à un ensemble de principes et de valeurs ».

²⁶ Le droit et la morale se distingueraient par le but, le contenu et la sanction. Le but d'abord, puisque le droit a pour finalité le maintien de l'ordre social alors que la morale elle, chercherait le perfectionnement intérieur de l'homme. Le contenu ensuite, parce que le droit ne contiendrait qu'une série très limitée de devoirs envers le prochain alors que la morale elle, impose l'ensemble des principes de justice et de charité (J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, Paris, 27^e éd., 2002, p. 50). La sanction enfin, puisque celle du droit est étatique, alors que celle de la morale est intérieure par la conscience de chacun.

prétendu faire régner la vertu »²⁷, celle-ci n'exclut néanmoins pas un échange entre les deux ordres, un rapport de participation²⁸. Mais « [participation] n'est alors pas synonyme d'adéquation ou d'identité, faute de quoi, la volonté d'imposer par la loi juridique le meilleur d'un point de vue moral remettrait en cause le processus démocratique »²⁹.

11. En second lieu, dans la conception classique, le contrat a pour centre de gravité la recherche égoïste de l'intérêt personnel, la liberté n'étant qu'au service de cette recherche, sans que ne soit prises en considération d'autres valeurs³⁰. On entre donc dans un contrat essentiellement pour soi.

²⁷ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 4, spéc. p. 8.

²⁸ D'ailleurs, ce rapport d'échange et de participation entre le droit et la morale se révèle même nécessaire pour le droit et ce pour trois raisons principalement. D'abord, la morale fonde le droit, le justifie, elle en est « l'horizon » (N. Tenzer, *Philosophie politique*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, p. 91). L'Etat de droit est né lorsque l'homme s'est défait de cet état premier, qui était le sien dans les sociétés primitives, de se faire justice à lui-même, pour attribuer le monopole de la sanction dans l'établissement de la justice à l'Etat. Mais qu'est ce qui pousse l'homme à attribuer ce monopole à l'Etat, à accepter que lui soit imposée la règle de droit étatique et extérieure, et à en subir la sanction s'il ne la respecte pas ? L'homme le fait parce que sa croyance profonde est que l'état œuvre dans le sens du Bien. « Le droit positif ne peut s'imposer d'une façon suffisante s'il ne rencontre pas l'assentiment des consciences et les règles ne se justifient pas par leur seule utilité » (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., spéc. préface p. VI). Le droit s'impose dans son système et dans ses règles parce qu'il sert, ou au moins il est sensé le faire, les idées profondément morales de Justice et de Bien. Le droit ne peut ainsi être perçu comme un système fermé se suffisant à lui-même. Il a besoin en amont du support de la morale. Ensuite, la morale est un facteur d'efficacité du droit. La règle de droit est beaucoup plus respectée si elle reçoit un fondement qui rencontre l'assentiment de la conscience du justiciable, et dans cette hypothèse nous pouvons même dire que ce n'est plus la crainte de la sanction qui pousse au respect du droit fondant ainsi sa force obligatoire, mais la libre adhésion du sujet de droit. Ceci ne veut en aucune manière dire qu'il faudrait que le droit cherche toujours, sur l'appui de la morale, l'assentiment du justiciable mais qu'une fois obtenu, celui-ci sert l'efficacité du droit. Le droit ne peut pour ce deuxième constat ignorer la morale et ne pas en tenir compte lorsque celle-ci va servir l'obéissance au droit, dans le respect de la liberté du justiciable. En effet, la règle de droit peut sembler être une limite à la liberté du justiciable d'agir justement à l'encontre de ce que prescrit cette règle. Mais lorsque la règle impose un comportement qui rencontre en amont l'adhésion de celui-ci parce que contenu dans la morale, il y a rencontre entre la liberté et l'obéissance chez le justiciable. Il ne fait qu'obéir et respecter une règle déjà librement choisie par sa conscience parce que morale. Ensuite, si droit et morale ont des finalités différentes, ceci n'exclut pas que la morale puisse constituer une source de règles servant le droit dans la réalisation de ses objectifs. La morale agit sur le perfectionnement de l'homme alors que le droit lui cherche à établir l'harmonie et l'ordre social. Mais il ne faut pas oublier que le perfectionnement de l'homme, sujet des rapports sociaux, sert l'objectif d'harmonie et d'ordre en société. Le droit ne peut donc ignorer la morale, qui est l'un des facteurs efficaces dans la réalisation de la société telle que recherchée par le droit. « [Si] son observation (la morale) rend l'homme meilleur, cette amélioration a pour résultat immédiat d'assurer un meilleur ordre social » (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 5, spéc. p. 10).

²⁹ B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF le monde, Paris, 2005, p. 23.

³⁰ S. Darmaïn, *Le contrat moral*, op. cit., p. 37, n° 31 : « si l'on considère que le droit n'a pas pour finalité le juste mais poursuit seulement le développement économique, il devient délicat sous peine d'illogisme d'admettre qu'en arrière-plan, un ensemble de règles morales conditionnent le développement du droit ».

S'intéresser à l'autre partie, à son intérêt, serait inverser la logique même du contrat. Dans le meilleur des cas, ceci relèverait d'une totale ignorance de la réalité humaine et contractuelle³¹. Pis, cette association dénoterait une tentative de déformation de l'objectif du droit contractuel³², dans le fait de « transformer en manifestation d'altruisme le fait de contracter, alors que dans une perspective libérale, on tend à le tenir pour un acte égoïste - c'est-à-dire un acte où chacun poursuit d'abord son intérêt »³³. Mais le plus dangereux serait que cette association relèverait de l'utopie, de l'angélisme³⁴ ou du fantasme³⁵, du mythe³⁶, de l'illusion³⁷, pour ne pas dire de l'hallucination³⁸...

³¹ Pour les tenants de cette opinion, « prétendre que l'individualisme et ses corollaires, notamment l'idée que chaque homme doit veiller par priorité à ses intérêts, seraient supplantés... par la solidarité et la fraternité qui uniraient naturellement tous les membres du genre humain ne témoigne pas d'une connaissance approfondie des ressorts de l'âme humaine » (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n° 42, spéc. pp. 47-48). De même, « dans les actes commutatifs (...), il n'y a pas de *jus fraternitatis*, "Aimez-vous les uns les autres", "aidez-vous les uns les autres" sont d'admirables règles évangéliques. Elles ne relèvent pas du droit » (Ph. Malaurie, *Le retrait d'associé n'est pas susceptible de rescision pour lésion*, D.1997, doctr. p. 216). V. égal. Ph. Delebecque, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 1996, D. aff. 1996, p. 1028, Defrénois 1996, art. 36434, p. 1373 : Le contrat « n'est 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 ». *Contra* D. Mazeaud, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 57, spéc. p. 58 : « 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 ce qu'on voudrait qu'il fût (...) je rejoins pour une fois Ripert lorsqu'il affirmait 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 ces croyances ». Rappelons que pour restaurer le sens et le rôle de la solidarité au sein du contrat, on a soutenu que le terme a été « 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 » (C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, op. cit., spéc. p. 442), et qu'il devait en être clairement distingué.

³² Qui n'est pas d'« imposer *juridiquement* d'être meilleurs, cela ne correspond ni à la nature du contrat, ni aux impératifs de l'ordre juridique. Sauf exception, le contrat reste un instrument de conciliation d'intérêts antagonistes, et s'il est nécessaire d'y faire régner une certaine loyauté, on ne saurait aller jusqu'à exiger qu'un contractant ignore ses propres intérêts au profit de ceux de l'autre » (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, Paris, 15^e éd., 2012, n° 67, spéc. p. 47).

³³ R. Libchaber, obs. sous Cass. civ. 1^e, 13 mai 2003, Bull. civ. n° 114, p. 89, Defrénois 2003, art. 37845, p. 1568.

³⁴ J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport Cass., 2003, p. 215 : « N'y a-t-il pas naïveté, angélisme, romantisme et pour tout dire bovarysme contractuel à colorier le lien d'obligation d'amour, d'amitié et de fraternité ? »

³⁵ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *Mélanges François Terré*, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 604, rapportant les griefs avancés face à l'introduction de certaines idées, entre autres la fraternité, dans le droit contractuel qui serait « le fruit d'une vision utopique et angélique des rapports économiques et sociaux, en somme un fantasme doctrinal ».

³⁶ Ph. Malaurie, note D.1997, p. 217 : « cette vision du contrat relève du mythe ».

³⁷ J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?* in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 99 s., spéc. pp. 121-122 : «

Mais surtout, introduire cette valeur comportementale ne serait pas seulement incompatible avec le contrat ou irréaliste dans ce domaine, elle serait nocive pour lui, mais aussi pour le dynamisme économique³⁹.

12. Cependant, si l'élément essentiel dans la vie des affaires est la recherche de l'intérêt personnel, ceci ne veut point dire que n'importe quelle dose d'égoïsme serait tolérée, ou qu'il n'y ait aucune place pour l'altruisme.

Il existe aujourd'hui une tendance palpable à tempérer l'égoïsme, l'individualisme ou la liberté⁴⁰, « à pousser le contractant à manifester de bons comportements, à le forcer à adopter une autre manière d'agir »⁴¹. Cette tendance dérive certes d'une certaine morale, d'une certaine conception du monde et des rapports sociaux, tentant d'y faire correspondre le contractant.

Ce courant retrouve dans le contexte actuel toute sa force. La crise financière et économique d'une particulière intensité qui a frappé le monde des affaires en 2008 et entraîné la chute de géants financiers jadis considérés comme intouchables, et dont les effets continuent de se faire sentir, a mené à la stigmatisation de l'égoïsme et de la cupidité, dénoncés dans la conscience collective comme les principaux responsables de l'effondrement.

Plutôt que de se bercer d'illusions en espérant ou en tentant d'imposer que les contractants se traitent comme des frères, mieux vaut tenir compte de cette réalité qu'ils n'en sont pas dans un rapport d'amour, vision qui relève de l'angélisme contractuel, mais dans un rapport de force ».

³⁸ L. Leveneur, *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 173, spéc. p. 175 : « la fraternité contractuelle est une vue de l'esprit »

³⁹ Sur ce point, R. Libchaber, obs. sous Cass. civ. 1^e, 13 mai 2003, Bull. civ. n° 114, p. 89, *op. cit.* : « prôner l'égoïsme dans le contrat, c'est estimer que celui-ci est mieux formé quand les contractants s'emploient à maximiser leurs avantages : il appartient à chacun de se soucier de ses intérêts sans se préoccuper de ceux de l'autre - qui ne concernent que lui, et qu'il est de ce fait le mieux à même d'apprécier et de défendre » ; J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?*, *op. cit.*, spéc. pp. 121-122 : « la fraternité entre contractants, de par son irréalité, est à la fois inutile et perverse, au sens étymologique du mot (...) C'est en prenant conscience que le contrat est un lien conflictuel, et non fraternel, que l'on pourra efficacement concevoir des moyens juridiques pour protéger certaines parties vulnérables, sans toutefois scléroser le dynamisme économique ».

⁴⁰ V. sur ce point S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Étude particulière aux contrats de distribution*, préface Pédamon, av-propos J. Monéger, Litec, 2002, p. 227, n° 159 : « En 1950, Durkheim soulignait déjà que "l'intensité des sentiments de fraternité humaine (allait) en se développant" (E. Durkheim, *Leçons de sociologie*, PUF/Quadrige, Paris, 2^e éd., 1995, p. 244) ».

⁴¹ B. Fages, *Le comportement du contractant*, préface J. Mestre, éd. PUAM, 1997, n° 770, spéc. p. 417. On constate d'ailleurs une floraison de ces termes éthiques dans le lexique contractuel. V, S. Darmaisain, *Le contrat moral*, *op. cit.*, p. 5, n° 3 : « la recherche de morale constitue un des

C'est donc particulièrement pour réagir aux excès de l'individualisme et de l'égoïsme dans la vie des affaires que sont introduites, au sein du contrat, des exigences de réserve, d'empathie, d'entraide, de solidarité ou même de fraternité, bref, des idées traduisant un mouvement vers autrui, au sein des rapports économiques dont l'essence est la recherche de l'intérêt privé et personnel. C'est ici la morale « sociale », ou « relationnelle » qui est visée ; « [parmi] les normes morales, un lot important règlera donc nos rapports avec autrui. Elles nous apprendront à respecter les droits de ceux qui nous entourent, à pratiquer les devoirs d'entraide et d'assistance mutuelle que la solidarité et la fraternité nous imposent. Elles régiront notre vie de société et constitueront la morale sociale »⁴².

13. Cette ouverture du droit contractuel contemporain sur certaines valeurs relationnelles d'entraide et d'altruisme, provoque nécessairement des effets sur les idées puisées dans la philosophie classique libérale et individualiste, se matérialisant en droit contractuel par la théorie, le « mythe »⁴³ diront certains, de l'autonomie de la volonté.

Notre affirmation se place donc nécessairement dans la mouvance de l'évolution⁴⁴, largement entamée en pratique, de la théorie classique des obligations et du contrat, et dont la traduction dans les textes est largement souhaitée aujourd'hui. D'ailleurs la réforme du droit des contrats paraît avoir reçu un nouvel élan récemment. En effet, le 27 novembre 2013, le projet de loi de modernisation et de simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des

phénomènes marquants de cette fin de siècle. Il suffit pour s'en persuader d'observer le développement des chartes d'éthique ou des codes de déontologie ».

⁴² J. T. Delos, *Le problème des rapports du droit et de la morale*, Arch. phil. dr. 1933, p. 84, spéc. p. 85.

⁴³ Par. ex. D. Mazeaud, *Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel »*, LPA 7 mai 2004, p. 47, spéc. n° 2 : « on doit constater le déclin des mythes sur lequel le droit français des contrats a prospéré pendant près de deux siècles » ; *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 295, spéc. n° 2 ; D. Fenouillet, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme?*, RDC 2011, p. 644, spéc. n° 39. Adde, G. Cornu, *L'évolution du droit des contrats en France*, RID comp. 1979, p. 447, spéc. p. 449, n° 7 : « Il est possible que (...) l'article 1134 du Code civil ne soit que le support heureux d'un mythe. Mais les mythes prennent corps ».

⁴⁴ *Rappr.* avec la « conception transpersonnaliste » du contrat, appliquant les idées de la philosophie personnaliste, qui tente de trouver un point d'équilibre entre individualité et rapport à autrui en introduisant « une pondération des intérêts en présence qui s'opère tant auprès du législateur que du juge » (M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, op. cit., spéc. n° 28).

affaires intérieures, dont l'article 3 vise la réforme du droit des contrats⁴⁵, et visant à habilitier le gouvernement à réformer le droit des contrats par voie d'ordonnance⁴⁶, a été présenté au Conseil des ministres⁴⁷. La réforme du droit des contrats paraît effectivement avoir été amorcée.

III. Évolution de la théorie classique des obligations et du contrat

14. La remise en question de la théorie classique, qui prend sa source dans la philosophie libérale et individualiste, et trouve sa traduction dans le dogme de l'autonomie de la volonté⁴⁸, est une réalité incontournable aujourd'hui.

Celle-ci n'est pas nouvelle, elle remonte au tournant du siècle dernier⁴⁹, où le développement industriel ainsi que celui des grandes villes, fait prendre conscience de la profondeur des inégalités sociales⁵⁰. Dans la réalité, la conception classique du contrat ne se tient donc plus⁵¹.

⁴⁵ Auquel nous nous référerons par la suite par « Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013 ».

⁴⁶ Ce qui est très critiqué par certains pour son effet aboutissant à l'adoption d'une réforme, ayant une large incidence sur la vie sociale, en dehors de tout débat public, V. par ex. J.-L. Harouel, G. Teboul, et O. Tournafond, *Le droit des contrats réformé par ordonnance ?*, D. 2014, p. 1099.

⁴⁷ La Chancellerie a prévu un délai maximal de 12 mois (à compter de la publication de la loi d'habilitation) pour qu'une ordonnance soit prise sur ces sujets. Le 23 janvier 2014, le Sénat rejette ce projet de loi, et donc la réforme du droit des contrats par voie d'ordonnance. Le 16 avril 2014, l'Assemblée nationale elle accorde cette habilitation au gouvernement. Réunie le mardi 13 mai 2014, la commission mixte paritaire n'a pas réussi à parvenir à un accord. L'issue de la question jusqu'à la rédaction de ces lignes paraît encore incertaine.

⁴⁸ Pour la remise en question de celle-ci, E. Gounot, *Le principe d'autonomie de la volonté, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. Rousseau Editeur, Paris, 1912. Pour « l'inexactitude historique de l'idée » (Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, spéc. p. 38 et s., n° 39 et s.), V. notamment X. Martin, *Nature humaine et Code Napoléon*, Revue Droits, 1985, n° 2, pp. 117 s. ; *L'insensibilité des auteurs du code civil à l'altruisme*, Rev. hist. dr. fr. et étranger 1982, p. 589 ; C. Jamin, *Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP 1996, I, 3959, spéc. n° 23 ; *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, op. cit., spéc. p. 902 ; J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?*, op. cit., spéc. p. 102 : « Jamais les auteurs du Code de 1804 n'ont conçu les conventions comme l'instrument d'un individualisme exacerbé ».

⁴⁹ Ph. Jestaz, *Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 243, spéc. p. 244 : « La vraie crise, la grande, la crise fondamentale est ailleurs, Et elle n'est pas nouvelle non plus. Il y a beau temps que le contrat se trouve écartelé entre une philosophie libérale, individualiste et une autre, d'inspiration sociale ou si l'on veut solidariste. Disons, pour passer de la philosophie au droit, entre une conception volontariste, qui privilégie le respect des volontés réelles ou supposées, et une conception *commutative*, qui privilégie l'équilibre du contrat. Saleilles, Demogue et bien d'autres partisans de la deuxième conception constataient déjà l'existence de ce clivage il y a cent ans ».

⁵⁰ V. sur ce point, C. Jamin, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, op. cit., spéc. p. 905).

⁵¹ V. sur ce point D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, op. cit., spéc. p. 609 : « cette vision individualiste et égoïste du rapport contractuel perd peu à peu du

Le contrat se transforme d'un lieu perçu comme terrain d'affrontement de deux volontés libres et égales, à un lieu où la liberté devrait être limitée ou encadrée⁵², les intérêts équilibrés, ou même, un lieu de coopération entre les parties.

Le constat est donc aujourd'hui, celui d'une évolution de la théorie classique des obligations et du contrat.

Toute la doctrine s'y est attelée, et les fondements les plus divers ont été avancés pour donner assise à l'évolution du contrat.

La liberté se voit concurrencée par d'autres valeurs au sein du contrat. La plus notoire est la solidarité⁵³, qui a donné naissance dans son sillage au solidarisme contractuel⁵⁴, doctrine essentiellement élaborée à partir des idées du solidarisme social, et initiée en droit contractuel par Demogue.

terrain » ; *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, LPA 6 mai 1998, p. 8, n°5 : « Cette vision idyllique du contrat n'a pas résisté à la marche du temps; les réalités économiques et sociales ont sensiblement infléchi l'idéologie quelque peu angélique de jadis. On est bien loin, aujourd'hui, des incantations de Cambacérès qui proclamait, dans son rapport sur le deuxième projet de Code civil, "Le droit de contracter (...) n'est que la faculté de choisir librement les moyens de son bonheur" » ; Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., spéc, p. 36, n° 33 : « Pour séduisants qu'ils soient, les postulats sur lesquels se fonde la théorie de l'autonomie de la volonté ne sont pas adaptés à la marche contemporaine des affaires ». Certains ont même pu parler de « crise (...) de la conception individualiste et libérale du contrat (...) [qui trouve] sa traduction juridique dans l'idée de l'autonomie de la volonté » (C. Jamin, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 7, spéc. p. 8).

⁵² Dans ce sens F. Terré, *Introduction générale au droit*, précis Dalloz, 9^e éd., 2012, n° 85, p. 74 : Le code civil « a fait (...) de la liberté contractuelle un dogme trop absolu, laissant ainsi s'établir, dans le commerce des hommes, une concurrence sans frein et la primauté du seul intérêt matériel, ce qui risque d'aboutir à l'écrasement du faible par le fort. L'égalité de droit, qui était reconnue, aboutissait souvent à l'inégalité de fait ». V. égal. C. Jamin, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, op. cit., spéc. p. 8 : « Les individus sont pris dans un réseau de relations qui ne permet plus de penser le droit en termes purement individualistes. Il n'est plus possible de limiter sa fonction à la seule recherche d'une harmonie des libertés ».

⁵³ Demogue affirme : « Le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés. On reviendra du fétichisme de la volonté individuelle qui a encombré le droit civil au XIX^e siècle. Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine » (*Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, RTD civ. 1907, p. 245, spéc. p. 246).

⁵⁴ Pour la littérature essentielle sur ce thème, v. notamment J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport 2003, p. 215 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec, Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006 ; L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), *Le solidarisme contractuel*, Économica, Paris, 2004 ; C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, op. cit. ; D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, op. cit. ; *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...*, in *Mélanges Jean Hauser*, Lexisnexus Dalloz, Paris, 2012, p. 905 ; C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357.

D'autres valeurs sont aussi avancées, telles la loyauté, l'utilité sociale ou la justice contractuelle⁵⁵.

Il serait impossible de recenser l'intégralité de ces théories ou propositions, d'ailleurs ce n'est pas l'objet de notre travail. Notons simplement qu'elles relèvent d'ordres de réflexion les plus variés ; la morale, les objectifs d'efficacité économique du contrat, ou la pérennité contractuelle⁵⁶ ont pu être avancés⁵⁷.

15. L'essentiel pour nous demeure que l'individualisme se construit autour d'idées majeures, « l'individu est la valeur suprême (...). L'homme est par nature égoïste et le contrat se présente comme un antagonisme d'intérêts »⁵⁸. Nous percevons donc que la remise en question de la philosophie individualiste au sein du contrat passe par les concepts de relation à autrui qui tempore la primauté de la place donnée à l'individu, et de souci de l'intérêt d'autrui, qui contre l'égoïsme et l'antagonisme des intérêts.

16. Nous nous interrogeons donc si une partie de cette évolution de la théorie classique des obligations et du contrat ne se matérialise pas par l'incitation du droit contractuel contemporain, à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Existe-t-il des manifestations de telle prise en compte ? Si tel est le cas, ceci poserait une

⁵⁵ V. sur ce point M. Mekki, *Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire*, RDC 2006, p. 297 : « Quelle que soit la conception philosophique, le contrat est le champ d'une dialectique incessante entre liberté contractuelle et loyauté contractuelle. Le monde des affaires, dans le même esprit, ne peut se passer d'une certaine éthique qui atteste de la conciliation permanente entre liberté et loyauté », et D. Alland et S. Rials (sous la dir. de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003, V^o Contrat ; *La notion de contrat*, Revue Droits 1990, n^o 12, p. 7, spéc. p. 12 : « Il faut se demander ce qui justifie cette autonomie, en tant qu'octroi d'une certaine compétence reconnue aux volontés individuelles dans l'agencement de leurs relations. De là se déduiront les limites d'une liberté qui ne peut plus être que limitée. Pour préciser le fondement et les justes limites de l'exercice de cette liberté des volontés individuelles, puisque celle-ci n'est plus par définition souveraine, il est permis de se référer alors à des valeurs traditionnelles et fondamentales et d'affirmer que *le fondement de la force obligatoire reconnue au contrat par le droit objectif se déduit de son utilité sociale et de sa conformité à la justice contractuelle* ». Pour M. Chazal, c'est la justice et l'équilibre qui fondent la force obligatoire, V. J.-P. Chazal, *Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants : les contrats de distribution et la détermination du prix*, JCP G 1999, II, 10018 : « Le contrat est obligatoire non parce qu'il a été voulu, mais parce qu'il est juste, équilibré. Ainsi la force obligatoire (art. 1134, al. 1er) est indissociable de la bonne foi (art. 1134, al. 3) et de l'équité naturelle (art. 1135) ».

⁵⁶ A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, préface C. Thibierge, LGDJ, Paris, 2005.

⁵⁷ Cf. P. Ancel, *La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 163, spéc. p. 166.

⁵⁸ M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, op. cit., spéc. n^o 13.

question primordiale de manière concomitante : quel serait le fondement capable de rendre compte de cette dynamique ?

Mais avant de nous attaquer aux difficultés de la recherche, comment identifier les contours précis de la notion

59

?

IV. Théorie pure de la « prise en compte de l'intérêt du contractant »

17. La prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel, n'est en effet pas une notion dont les contours ou le domaine sont faciles à cerner.

Elle peut être entendue de manière très large, et couvrir un domaine très vaste. Le risque serait de la voir partout. Dans un contrat synallagmatique, le débiteur qui exécute l'obligation ne prend-il pas en compte l'intérêt du créancier ? Plus que ça, n'est-il pas en train de réaliser cet intérêt ? Dans un contrat de mandat, ou de consultation juridique, n'y a-t-il pas plus que prise en compte de l'intérêt du cocontractant, le mandataire ou l'avocat se trouvant en charge de l'intérêt de celui-ci ? Dans un contrat d'intérêt commun, œuvrer dans le sens du contrat, et même de son propre intérêt égoïste, ne revient-il pas à prendre en compte l'intérêt du cocontractant, même plus, à œuvrer dans le sens de la réalisation de l'intérêt de l'autre partie ? Dans un contrat de société, œuvrer dans le sens de l'intérêt social ne revient-il pas à prendre en compte l'intérêt du cocontractant, l'associé ?

Il apparaît donc essentiel de déterminer avec précision le domaine de notre étude, pour dégager une utilité réelle à notre recherche, en lui assignant des contours clairs, en distinguant la notion d'autres voisines, en évitant sa confusion avec d'autres, et en examinant sa réelle portée et incidence en droit positif contractuel.

Si celle-ci est interchangeable avec une autre notion, ou si son existence est impossible à établir, il n'y aurait aucune utilité au sujet.

⁵⁹ En effet, « il est difficile de considérer que le droit positif attache des conséquences à une notion qui ne peut être strictement définie, identifiée » (J. Theron, *De la « communauté d'intérêts »*, RTD civ. 2009, p. 19, spéc. n° 3).

Il s'agira pour nous de poser comme objectif l'établissement d'une théorie pure de cette prise en compte. Seule une théorie pure de la notion rendrait compte de l'existence réelle de celle-ci, de sa particularité, ainsi que de son incidence en droit contractuel, lui évitant de n'être réduite qu'à un récipient aux contours imprécis contenant une multitude d'autres notions n'ayant aucun lien fondamental ou solide entre elles.

Quelles sont donc les caractéristiques d'une telle prise en compte, ayant une particularité conceptuelle?

Avant de les déterminer, il est essentiel de nous arrêter d'abord sur la notion d'intérêt⁶⁰.

A. Notion d'intérêt

18. L'intérêt est une notion difficile à définir⁶¹. Elle reste, sur un plan philosophique, l'« une des notions fondamentales nécessaires à l'étude de l'activité humaine, et des jugements de valeur »⁶². Elle est aujourd'hui au cœur de nombreux débats en droit.

L'intérêt est une notion ambivalente, et comporte plusieurs dimensions à la fois. Elle renvoie à ce qui est utile, mais aussi à ce qui est important pour une partie.

Le Vocabulaire juridique dirigé par M. Gérard Cornu⁶³ définit l'intérêt comme suit : « ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification) : considération d'ordre moral (affection, honneur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès...) concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe) », ou comme « ce qui est bon, ce qui est opportun, avantageux, bénéfique, (avantage d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial, individuel, ou social, etc.) », et plus spécifiquement, sur le plan économique, comme « ce qui est

⁶⁰ Sur laquelle, A. Tribes, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse Paris II, 1975 ; Ph. Gérard, F. Ost et M. Van De Kerchove (sous la dir. de), *Droit et intérêt*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990. V. égal. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, Paris, 1999, n° 77, spéc. p. 73, et n° 95 spéc. pp. 89-90, A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, n° 50 s. et les notes, spéc. pp. 38 s.

⁶¹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, Paris, 3^e éd., 1996, p. 344, n° 80 ; R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, Paris, 1990, p. 35, n° 69 ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Paris, 1985, préface G. Cornu, p. 184, n° 283.

⁶² A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige/P.U.F., Paris, 3^e éd., 2010, V° Intérêt.

⁶³ Auquel il sera fait référence par la suite, par Vocabulaire juridique Cornu.

économiquement utile ; rapport pécuniaire, profit, avantage patrimonial en nature ou en argent »⁶⁴.

Pour le contrat, c'est certes la troisième de ces définitions qui est la plus adéquate, parce qu'elle rend l'intérêt d'une partie au contrat plus mesurable, même si celui-ci peut être conçu plus largement que le simple intérêt pécuniaire ou matériel. Toujours est-il qu'au sein du contrat, l'*intérêt de la partie* doit être rapproché de l'*utilité* que porte pour elle le contrat, pour la satisfaction d'un besoin. L'intérêt y est donc conçu plus strictement comme une utilité d'ordre matériel ou économique. Mme Rochfeld affirme elle plus explicitement, pour cerner la notion d'intérêt, qu'« il ne s'agit pas seulement de se positionner par rapport à un besoin, mais d'établir un lien entre un besoin et un bien ou un service propre à le satisfaire. Intervient alors la notion d'utilité qui exprime l'adéquation, au sein de ce rapport, entre le bien et le besoin, entre le bien et la fin qu'il sert à réaliser. L'intérêt représente donc une utilité spécifique entre une personne et un bien. Du côté de la chose ou de la prestation, on parlerait d'utilité (la chose est utile à l'homme) ; du côté de la personne, d'intérêt (l'homme a un intérêt à la chose). Ainsi, l'intérêt et l'utilité constitueraient les deux faces, les deux points de vue (de la personne ou de la chose) du même phénomène »⁶⁵. La personne a un intérêt au contrat, constitué par l'utilité que présente pour elle ce dernier.

Pour Bentham « c'est l'utilité du contrat qui en fait la force »⁶⁶, et il définit le contrat comme « un acte d'investissement »⁶⁷. Certains auteurs réduisent d'ailleurs la volonté de contracter à l'intérêt : « la “volonté juridique” n'est que l'expression de l'intérêt »⁶⁸.

⁶⁴ G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014, V^o Intérêt. V. égal. pour la définition usuelle le *Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse*, V^o Intérêt. L'intérêt, du latin « *interest* » signifiant « il importe », y est défini comme « ce qui importe, ce qui convient, est avantageux pour qqn ou qqch ».

⁶⁵ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, *op. cit.*, n^o 95, spéc. pp. 89-90.

⁶⁶ *Traité de législation civile et pénale*, trad. E. Dumont (1802), t. 1, Bossange, Masson et Besson, Paris, 1849, p. 30, cité in P.-Y. Gauthier, *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, RTD civ. 1995, p. 797, spéc. n^o 2. Bentham ne fait ici qu'appliquer sa théorie de l'utilitarisme au contrat, V. sur ce point P.-Y. Gauthier, *eod. loc.* : « Jérémie Bentham, (...) est le père de la doctrine de “l'utilitarisme” ; celle-ci part de la philosophie d'Epicure, c'est-à-dire le culte du plaisir, que Bentham a adapté à la science juridique ; les bases du droit, l'adhésion de l'homme aux règles de la vie en société, seraient fondées sur le plaisir et l'utilité qu'il peut en tirer ; c'est donc la satisfaction de son intérêt, son bonheur maximal, que l'être social rechercherait avant tout ».

⁶⁷ *Ibid.*, p. 286.

⁶⁸ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., 2 vol., Paris, 1965, n^o 172, cité in Ph. Jacques, F. Chabas, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, Paris, 2005, n^o 193 p. 387, V. égal. Ph. Jacques, F. Chabas, *eod. loc.*, n^o 194, pp. 389-390 : « la volonté de

En définitive « [notion] juridique ou non, fonctionnelle ou relationnelle (...), l'intérêt renvoie à une idée préconçue : celle de l'égoïsme, de l'individualisme et du matérialisme »⁶⁹. Cependant, la dimension relationnelle de l'intérêt ne doit pas être occultée ; « cette valeur ne peut être appréciée que dans un rapport à l'autre, son contenu n'étant donc, dès l'origine, déterminable que par rapport au type de relations établies (...). Cette "assise minimale commune" s'exprime dans une logique relationnelle, dans un rapport entre l'individuel et le collectif, déjà présente dans le verbe latin "interesse"⁷⁰. Sa racine latine « *interesse* » ou « *quod inter est* » signifie « ce qui est entre », « ce qui est parmi »⁷¹, et accole à la notion d'intérêt une dimension relationnelle certaine en montrant que celle-ci ne relève pas exclusivement du registre de l'égoïsme. Cette dimension restaure au terme un rôle de « lien entre l'individuel et le collectif, entre le public et le privé, entre le matériel et le moral »⁷².

L'« intérêt » ainsi identifié, revenons à notre interrogation primordiale : comment identifier une théorie pure de cette prise en compte ?

B. Identification d'une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant

19. Une théorie pure de telle prise en compte nous incite d'abord à rejeter du champ de notre étude, toute celle interchangeable avec une autre notion⁷³, c'est-à-dire, toute prise en compte n'ayant aucune particularité conceptuelle.

20. En effet, d'abord, celle-ci est à distinguer de l'exécution pure et simple du contrat.

contracter peut s'entendre de la représentation individuelle d'un intérêt, arbitré (de l'extérieur) par le droit ».

⁶⁹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, n° 73, p. 62.

⁷⁰ M.-H. Frayssinet, *La notion d'intérêt en droit administratif*, thèse Toulouse I, 2000, p. 30.

⁷¹ Institut national de la langue française, *Trésor de la langue française*, éd. C.N.R.S., Paris, 1971-1994, V° Intérêt.

⁷² M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.*, n° 73, p. 63.

⁷³ V. sur ce point la méthode de M. Supiot, qui s'interrogeant sur l'existence d'un principe de fraternité en droit social, s'emploie « d'abord de manière positive, [à rechercher] si il existe des notions, de type rationnel et objectif, qui permettent au droit social, et plus précisément au droit du travail, de faire l'économie de la référence à la fraternité » (*La fraternité et la loi*, Dr. Soc. 1990, n°1, p. 118, spéc. p. 120).

En pratique, dans un contrat synallagmatique, l'intérêt du créancier au contrat se manifestera dans l'objet de sa créance, c'est-à-dire dans l'objet de l'obligation du débiteur, ou encore dans la cause (objective) de l'obligation dont il est débiteur. L'exécution par le débiteur est le mode normal d'extinction de l'obligation. L'objet de cette obligation traduisant l'intérêt du créancier au contrat, « l'exécution de cette obligation (...) équivaut à la réalisation de l'intérêt »⁷⁴.

Telle prise en compte doit se distinguer de l'exécution pure et simple de l'obligation par le débiteur⁷⁵. Retenir une telle conception élargirait par trop la notion, et lui ôterait toute utilité.

Ceci nous conduit en même temps à distinguer notre notion de celle de « prise en charge de l'intérêt de l'autre partie »⁷⁶ telle qu'établie par Mme Courdier-Cuisinier dans sa thèse sur le solidarisme contractuel⁷⁷. Celle-ci soutient en effet que « [la] solidarité découle de la proposition selon laquelle chaque contractant prend en charge l'intérêt au contrat de l'autre (...) [et] chaque partie contracte en vue de satisfaire son intérêt. La prise en charge de l'intérêt au contrat doit donc s'entendre non seulement comme la mission d'assurer la subsistance de l'intérêt du cocontractant mais aussi comme celle de le réaliser »⁷⁸.

Cette prise en compte doit donc être recherchée en dehors de l'idée que le simple consentement au contrat équivaut à une remise de l'intérêt au contrat à l'autre partie qui s'en charge⁷⁹.

21. La même logique nous conduit ensuite à exclure de notre champ de travail les contrats dont l'objet est, au sens propre, l'intérêt du cocontractant, tels que les

⁷⁴ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, pp. 74-75, n° 124.

⁷⁵ De même, la prise en compte de l'intérêt du cocontractant se distingue de la cause subjective. (La distinction entre cause objective et cause subjective, introduite par la théorie de la dualité de la cause, est reprise clairement dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 12 Juillet 1989 – n° 88-11443, Bull. civ. 1989, I, n° 293 –, qui définit la cause subjective comme le mobile déterminant qui a incité la partie à contracter, et qui n'est contrôlée que sous l'angle de la licéité. Rappelons que l'article 1133 C. civ. précise que « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »). Les mobiles sont en effet indifférents pour le Droit, notamment pour le droit contractuel, et l'utilité de notre propos se manifeste dans la prise en compte de l'intérêt du cocontractant « objectivement » exprimée.

⁷⁶ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, pp. 69 s., n° 107 s.

⁷⁷ Ce qui nous conduira en même temps à rejeter la théorie de Madame Courdier-Cuisinier, et du principe de solidarité tel qu'elle l'entend.

⁷⁸ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 70, n° 108.

⁷⁹ Ou, tel qu'exprimé par Madame Courdier-Cuisinier, en dehors de « l'idée que l'intérêt de chaque partie est pris en charge par l'autre. En consentant au contrat, chaque partie exprime son intérêt au

contrats de mandat, ou de services tels que la consultation. Le débiteur ne doit pas simplement ici réaliser l'objet de la prestation présentant une utilité pour son cocontractant, mais cet objet est en lui-même la défense ou la prise en charge de son intérêt.

22. De manière plus dynamique, une théorie pure de cette prise en compte pose celle-ci comme un mouvement vers l'autre, indépendant de l'intérêt égoïste.

23. Dans un premier temps, telle prise en compte est un mouvement vers autrui, et présente donc une *dimension relationnelle* nécessaire.

Étant un facteur de limitation de la théorie classique des obligations et du contrat et notamment de la liberté individuelle, le rapprochement de la notion avec de nombreux concepts peut être établi. Cependant la dimension relationnelle de la notion conduit à exclure de notre champ de travail, toute limitation de l'autonomie de volonté, de la liberté et de l'intérêt individuels, non fondée sur une dynamique relationnelle, et toutes les institutions qui en relèvent. La notion relèverait donc d'une morale particulière, celle relationnelle.

24. C'est d'abord la moralité individuelle, introduisant des valeurs d'honnêteté, de civisme, de droiture, de décence, ou de retenue, qui doit être écartée de notre étude. En effet, ces valeurs permettent d'apprécier le comportement du contractant *en soi*, indépendamment de toute attention aux intérêts du cocontractant, et le regard porté à l'intérêt d'autrui n'est pas le vecteur principal de ces valeurs, la prise en compte de l'intérêt du cocontractant n'en est pas la notion cardinale⁸⁰.

25. De même, la déontologie⁸¹, doit être écartée. Ces règles de comportement dont se dote habituellement une profession obéissent à une logique différente de celle

contrat et le remet à l'autre : elle consent que l'autre prenne en charge son intérêt » (*Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Paris, Litec, éd. du Juris-Classeur, 2006, p. 71, n° 114).

⁸⁰ V. *supra* n° 11.

⁸¹ Conçue comme un ensemble de règles comportementales dont se dote une profession, qui « n'a pas pour finalité le bien de l'autre, son intérêt, ou encore la solidarité entre contractants, (...), mais l'intérêt bien compris de l'intervenant lui-même ; c'est-à-dire un profit à la fois individuel et collectif » (L. Aynès, *Vers une déontologie du contrat ?*, Conférence à la Cour de cassation le 11 mai 2006, accessible sur le site de la Cour de cassation, 2006, spéc. n° 8).

de la prise en compte dont nous traitons. Leur objectif n'est pas le souci d'autrui, mais de maximiser l'utilité contractuelle, « de permettre au contrat d'être individuellement et socialement profitable »⁸², et à la réputation d'une profession d'être protégée. Dans l'optique déontologique, le comportement de la partie est assujéti à l'efficacité contractuelle et non à une valeur de souci d'autrui, ou au service de son intérêt.

26. La même dynamique relationnelle consubstantielle à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant conduit à exclure de notre champ de travail la dignité, qui a pourtant pour fonction de limiter la liberté individuelle.

La dignité de la personne humaine est un concept récent du droit⁸³. C'est un concept qui se développe à tous les niveaux de la hiérarchie des normes, au niveau constitutionnel, dans les conventions internationales et la loi (art. 16 C. civ.).

Dans son sens retenu, la dignité fondamentale serait cette qualité inhérente à l'homme, « ce qui qualifie l'appartenance de l'homme à l'humanité »⁸⁴, « cette caractéristique, propre à l'être humain d'être, précisément, de l'ordre de l'humanité »⁸⁵. Cette qualité est indisponible et se soustrait à l'emprise de la volonté individuelle. Sous cet angle, la dignité serait une composante de l'ordre public qualifié de « philanthropique »⁸⁶, aux côtés d'autres valeurs comme la sécurité et la liberté. Elle se présente donc comme une valeur supérieure capable d'évincer la liberté individuelle⁸⁷, et c'est ce rôle limitatif de la liberté individuelle qui justifie le rapprochement établi entre la prise en compte de l'intérêt du cocontractant et le concept de dignité.

Pourtant, la dignité comporte un référent individuel, et la limitation de la liberté individuelle y procède donc d'une autre valeur inhérente à l'individu, et non d'une norme de comportement externe, essentiellement collective ou relationnelle⁸⁸.

⁸² L. Aynès, *Vers une déontologie du contrat ?*, *op. cit.*, spéc. n° 3.

⁸³ Au moins a-t-elle été formellement consacrée récemment, puisque certains auteurs soutiennent son existence depuis longtemps dans les tréfonds de nombreuses règles juridiques.

⁸⁴ B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF le monde, Paris, 2005, p. 147.

⁸⁵ D. Fenouillet, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, in Mélanges Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, p. 487, spéc. p. 513.

⁸⁶ *Ibid.* p. 512.

⁸⁷ CE. Ass. 27 oct 1995, D. 1996, 177, obs. Lebreton ; JCP 1996, II, 22630, obs. Hamon.

⁸⁸ Ce phénomène est indicatif de l'individualisme croissant, et de la difficulté de raisonner aujourd'hui par rapport au bien commun, au collectif, pour ne raisonner que par le biais de la catégorie de « l'individu ». Pour convaincre l'individu de la limitation apportée à sa liberté, il paraît nécessaire de lui prouver que celle-ci sert une autre de ses caractéristiques individuelles, et d'établir

Le droit s'adapte à son temps, et développe des techniques nouvelles, en phase avec l'individualisme régnant, pour pouvoir ramener dans le contrat un respect minimum d'une certaine moralité.

La dimension relationnelle faisant défaut au concept de dignité humaine, elle demeure fondamentalement différente de telle prise en compte, et est incapable d'en constituer le fondement.

La dignité et son rôle en droit du contrat seront donc écartés du domaine de notre étude⁸⁹.

27. Enfin, c'est cette dimension relationnelle qui conduira, dans l'entreprise de délimitation du sujet, à exclure la limitation de la liberté individuelle fondée sur les notions d'équilibre contractuel, ou d'économie générale du contrat, dont l'instrument phare est la cause⁹⁰.

La confusion avec notre sujet peut être opérée puisqu'il y a également, par ces instruments d'équilibre, limitation de l'autonomie individuelle et examen de l'utilité du contrat pour les parties.

En effet, certains avancent l'économie générale du contrat, ou la notion d'équilibre contractuel, via le support de la cause, comme fondements de la limitation de la liberté individuelle. Le comportement du contractant est apprécié au regard de l'utilité du contrat pour l'autre partie, ainsi que de la réalisation de son objectif. Ainsi, par exemple pour un auteur, « le motif-cause, qui se rapporte à l'utilité intrinsèque du contrat, est celui qui a trait à l'économie du contrat [et] exprime l'idée

donc une pesée entre liberté et dignité. La justification de la limitation par le bien commun, celui de la société, du collectif ne suffit plus. On s'interroge ici sur la pertinence de la consécration en droit de cette tendance contemporaine de l'individualisme croissant, ou si au contraire le droit ne devrait pas jouer son rôle organisateur des rapports en société, en ramenant donc d'abord la valeur du collectif, et en rétablissant le lien social. Cette montée de la dignité atteste néanmoins que la moralisation du contrat demeure une préoccupation du droit, qui résiste même à une époque caractérisée par la montée en puissance de la liberté individuelle. V. sur cet « individualisme qui circule à couvert » (M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, RDC 2010, p. 383, spéc. n° 19), C. Jamin, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, 2003, p. 7, spéc. p. 15.

⁸⁹ D'ailleurs, cette différence est mise en avant par M. Jamin lorsqu'il avance l'hypothèse que « que le débat à venir n'opposera peut-être pas tant les défenseurs du tout-Etat à ceux du tout-contrat que les tenants du couple Etat-social aux promoteurs d'un possible couple marché-droits de l'homme. Avec peut-être à la clé un changement de *paradigme*, celui qui avait réussi à s'imposer au début du XXe siècle » (*eod. loc.*).

⁹⁰ Institution aujourd'hui fortement controversée, dont la suppression est même à l'ordre du jour dans l'Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013.

que [l]’engagement [des parties] emporte une limitation de leur autonomie, en ce sens, que leur comportement se trouve contraint en vue de la réalisation du but contractuel (...). Cette obligation de ne pas faire interdit donc aux parties d’agir de telle façon que le contrat ne puisse plus réaliser ses effets ou que son utilité soit réduite ou supprimée »⁹¹.

Pourtant, ces instruments d’équilibre contractuel, ou de cause, sont à exclure de notre entreprise de recherche, parce que la dimension relationnelle en est absente⁹². En effet, le « principe d’équilibre contractuel (...) concerne non la personne des contractants mais le contrat lui-même »⁹³. C’est l’économie générale du contrat qui est ici appréciée, non la relation des parties. Même si cette approche peut également être rattachée à une vision morale dont le support serait les valeurs de justice (commutative) ou de mesure, elle reste essentiellement différente de telle prise en compte puisque lui manque la dimension de relation à autrui⁹⁴. C’est pourquoi il est nécessaire de distinguer « deux idées bien différentes, qui se recoupent parfois mais qui ne se confondent jamais : aider un débiteur en difficulté, et assurer (ou restaurer) un certain équilibre contractuel »⁹⁵. Enfin, si le rapprochement peut être fait avec notre sujet au regard de la recherche de l’utilité du contrat, l’approche demeure différente. Dans la théorie pure de cette prise en compte, l’utilité du contrat est recherchée subjectivement pour l’autre partie, alors qu’avec la notion d’économie générale du contrat, c’est l’utilité objective du contrat qui est recherchée, au-delà de la situation particulière de chaque partie.

Pour une raison similaire, la notion d’abus de dépendance, qui a fait son entrée dans le Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013 sous la dénomination

⁹¹ G. Wicker, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in Les concepts contractuel français à l’heure des principes du droit européen des contrats. Actes du colloque du 30 et 31 janvier 2003, faculté Jean Monnet Paris XI. Institut Charles Dumoulin, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, (sous la dir. de), éd. Dalloz, Paris, 2003, p. 151, spéc. pp. 159, 162, et 165, n^{os} 10, 14 et 22.

⁹² D’ailleurs, la prise en compte de l’intérêt du cocontractant attire l’attention sur certaines solutions au-delà de toute idée de justice et participant d’ailleurs, pour certaines, beaucoup plus du domaine de la grâce.

⁹³ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357, n^o 29.

⁹⁴ D’ailleurs l’équilibre prôné paraît ressortir du registre de la justice commutative, et contredirait donc la prise en compte pure de l’intérêt du cocontractant qui, comportant nécessairement une dimension altruiste, s’allierait avec une certaine forme de déséquilibre consubstantielle au don, et relèverait donc beaucoup plus du domaine de la justice distributive.

⁹⁵ P. Ancel, *La force obligatoire. Jusqu’où faut-il la défendre ?*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 163, spéc. p. 172.

« abus de faiblesse », à l'article 50⁹⁶, et qui aurait *a priori* une connotation relationnelle et serait un regard sur la situation du partenaire, doit en fait également être exclue de notre champ de recherche. En effet, celle-ci est appréhendée soit comme un vice du consentement⁹⁷, et dans ce cas la raison d'être de la règle n'est pas l'attention à la situation du cocontractant mais à la qualité du consentement au service de l'autonomie de la volonté, ou comme un instrument d'équilibrage du contrat⁹⁸, et dans ce cas, elle est à écarter pour les mêmes raisons que la cause.

Ainsi, les instruments d'équilibrage du contrat découlant des notions d'équilibre, de proportionnalité et de cohérence seront exclus de notre travail de recherche.

28. Dans un deuxième temps, une théorie pure de telle prise en compte devrait nous pousser à exclure toutes les situations où telle prise en compte est en collusion avec l'intérêt propre de son auteur. Cette prise en compte doit être préservée de toute emprise de l'intérêt propre, et ne devrait pas se muer en favoritisme de l'intérêt personnel ; certes l'intérêt personnel peut être également servi, mais il faudrait que telle prise en compte soit effectuée ou *aux dépens de son intérêt*, ou *essentiellement et principalement dans l'intérêt de l'autre partie*.

Cette dernière remarque nous pousse à exclure toute prise en compte fondée sur l'intérêt commun, ou celle incitée par un objectif principal d'efficacité économique de maximisation de l'intérêt personnel.

29. Ainsi, et d'abord, c'est la prise en compte de l'intérêt du cocontractant qui ne peut être distinguée du service de l'intérêt personnel, qui doit être écartée. C'est donc la prise en compte fondée sur la notion d'intérêt commun, qui doit être exclue de notre champ de travail.

L'intérêt de l'autre partie est certes renfermé dans l'intérêt commun, et œuvrer pour l'intérêt commun serait œuvrer dans l'intérêt de l'autre partie. Mais

⁹⁶ L'article 50 dispose : « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse ».

⁹⁷ Comme dans le Projet de réforme où elle figure parmi les vices du consentement, ainsi que dans la jurisprudence la consacrant, Cf. Cass. civ. 1^{er}, 3 avril 2002, D. 2002, Som. com., p. 2844, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 2002, art. 37607, p. 1246, obs. E. Savaux ; RTD civ. 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

l'identification d'une telle prise en compte indépendante de l'intérêt personnel est impossible dans ce cas. Ici aussi, l'intérêt de l'autre se confond avec l'intérêt propre égoïste. Ensuite, telle prise en compte n'aurait aucune particularité conceptuelle. Elle doit donc être exclue de la théorie pure de la notion.

Ainsi, plus la divergence des intérêts des parties est grande, plus la prise en compte par l'une de l'intérêt de l'autre est nette et établie. Nous nous devons donc d'écarter, les contrats consacrant un degré d'altérité nul ou presque nul entre les intérêts des parties, les contrats où les intérêts des deux parties sont convergents ou même identiques, tels les contrats d'intérêt commun, ou le contrat-coopération⁹⁹, ainsi que les « associations, coopératives, mariages, mutuelles, sociétés ... »¹⁰⁰. Cette prise en compte, conçue dans une théorie pure, doit être particulièrement recherchée dans les contrats synallagmatiques dont l'un des traits caractéristiques est la dualité¹⁰¹ des intérêts (et non seulement dans les contrats-coopération). Dans ces contrats, les « rapports doivent être pensés sur le mode du conflit. Par définition, les individus sont des êtres irréductibles l'un à l'autre (...). Dans les opérations synallagmatiques telles que juristes et économistes les pensent, nulle mise en commun. Les prestations s'y croisent, elles ne se cumulent ni ne se complètent pour former cette masse commune (...). Quiconque prend part à une opération synallagmatique s'inscrit dans l'ordre de la dualité, non dans celui de la mutualité. Le *tertium quid* qui inspire sa conduite, le seul élément qu'il partage avec son vis-à-vis, c'est le duel »¹⁰². Telle prise en compte est ainsi inséparable de l'existence d'une *altérité des intérêts* entre son auteur et son destinataire. Elle pourra ainsi être envisagée, et devrait même être

⁹⁸ V. sur ce point, D. Mazeaud, *Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats*, in Mélanges Paul Didier, Economica, Paris, 2008, pp. 325 s.

⁹⁹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n° 78, spéc. p. 104 ; S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, Paris, 2012 ; M. Latina, Rép. civ. Dalloz, V^o Contrat, n° 233 ; F. Descorps-Declère, *Pour une obligation d'adaptation des contrats de coopération. Contribution à l'étude du contrat évolutif*, thèse Paris I, 2000 ; Y. Picod, *Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale*, in Mélanges Philippe le Tourneau, Dalloz, 2007, p. 805.

¹⁰⁰ A. Sériaux, *La notion de contrat synallagmatique*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 777, spéc. pp. 786-787.

¹⁰¹ V. sur ce point A. Sériaux, *La notion de contrat synallagmatique*, op. cit., spéc. pp. 786-787.

¹⁰² *Ibid.*

particulièrement recherchée, dans les situations où « l'absence de solidarité y serait une valeur »¹⁰³, comme en droit de la concurrence par exemple.

30. Ensuite, c'est telle prise en compte *au profit de l'intérêt personnel et égoïste* qui doit être écartée.

En soi, et sur le plan conceptuel, telle prise en compte est neutre. Elle peut se rattacher à des ordres de valeurs différents et même opposés, tels la morale ou l'utilité économique ou égoïste. Elle peut en effet intervenir au service d'une maximisation de l'intérêt personnel, égoïste.

Cependant, une théorie pure de la notion nous incite à écarter celle dont la finalité est la maximisation de l'intérêt personnel, celle qui sert principalement un objectif d'efficacité économique. Nous le constaterons, la finalité de la prise en compte sera primordiale pour l'établissement d'une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Telle prise en compte se mue dans certaines situations en moyen de renforcement de l'utilité pour soi, et de l'intérêt personnel égoïste au contrat. L'intérêt de celui qui prend en compte l'intérêt de l'autre partie peut être en définitive mieux servi – nous verrons que les deux ordres ne sont pas incompatibles – ou d'ailleurs, l'utilité du contrat peut être maximisée, mais pour identifier une théorie pure de telle prise en compte, il faut qu'il y ait prise en compte *aux dépens de son intérêt*, ou prise en compte *essentiellement* dans l'intérêt de l'autre partie. Une théorie pure de la notion rattache donc nécessairement celle-ci à un ordre moral, et à une morale spécifique : celle-ci est donc inséparable d'une *dynamique altruiste*.

31. Une théorie pure de telle prise en compte nous permet donc de dégager trois caractéristiques essentielles de la notion. Elle est d'abord un mouvement vers autrui, donc la *dynamique relationnelle* lui est fondamentale. Ensuite, la prise en compte devant être expurgée de l'intérêt égoïste, cette dynamique ne peut être fondée sur l'intérêt commun ; *l'altérité des intérêts* est donc essentielle, et elle comporte enfin une *dimension altruiste* nécessaire.

¹⁰³ J. Hauser, *Rapport de synthèse. Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 193, spéc. p. 195. Cf. M. Malaurie-Vignal, *Solidarisme, distribution et concurrence*, eod, loc., p. 95.

Dynamique relationnelle, altérité des intérêts, dimension altruiste. Voilà les éléments fondamentaux, facteurs de délimitation, d'une théorie pure de telle prise en compte.

V. Les difficultés de la recherche

32. Cette prise en compte pose deux difficultés majeures : d'abord, celle de l'existence sur le plan théorique d'une telle notion en droit du contrat ; c'est la question du fondement de la notion, ensuite, celle de son existence sur le plan matériel ; c'est la question de la réalité de la notion en droit positif contractuel.

A. L'existence conceptuelle : la question du fondement

33. Une première difficulté se pose donc, celle du fondement de la notion, capable de contenir et de mettre en jeu dans le contrat la triple dynamique de relation entre contractants, conservant l'altérité de leurs intérêts, et introduisant une moralité particulière, celle altruiste. Comment dépasser l'incompatibilité apparente avec la notion de contrat ?

34. Un pan de la doctrine a pu avancer la solidarité comme fondement d'une telle mouvance en droit du contrat. Le rapprochement est en effet possible avec le solidarisme contractuel dont « la fin consisterait à lutter contre les excès du libéralisme et la dictature du marché en limitant les méfaits de l'égoïsme contractuel au profit d'une plus grande collaboration entre les parties »¹⁰⁴.

Certes, notre travail s'inscrit dans la même veine que le solidarisme contractuel, à savoir, la limitation de l'individualisme, mais ce courant s'avèrera comme incapable de rendre compte de la dynamique de prise en compte. En effet, d'une part, les caractéristiques essentielles que nous avons pu dégager d'une théorie pure de la notion sont malmenées par le fondement de la solidarité telle que conçue et appliquée par le solidarisme contractuel. Ensuite, ce dernier présente, à notre avis, des écueils importants que notre proposition, qui doit en être clairement distinguée, doit tenter de dépasser.

Quel peut donc être le fondement adéquat de cette dynamique ?

¹⁰⁴ M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, op. cit., spéc. n° 8.

En droit du contrat, et contrairement à la notion de solidarité développée par le courant du solidarisme contractuel sus-évoqué, le principe de fraternité n'a été que très timidement reliée au monde du contrat¹⁰⁵. La fraternité pourrait-elle constituer le fondement de la prise en compte en droit contractuel?

Mais des obstacles conceptuels majeurs se présentent à l'esprit à la seule combinaison des termes fraternité et contrat et, nous demanderait-on : la fraternité dans le contrat ? Que veut d'ailleurs dire la fraternité ? N'a-t-elle pas un rapport suffisamment compliqué avec le droit pour venir aussi rechercher son lien avec le contrat ?

C'est donc à son tour la fraternité, qui souffre d'une double difficulté : celle de sa définition d'abord, celle-ci se présentant comme une notion floue aux contours imprécis, et celle de sa juridicité ensuite, n'étant pour certains, qu'un vague sentiment qui ne peut avoir aucun rôle en droit, et en droit du contrat en particulier.

C'est pour tenter de répondre à ces questions difficiles que l'étude approfondie, dans un premier temps, du fondement de cette prise en compte sera primordiale.

B. La réalité de la notion

35. Ensuite, c'est la difficulté de l'existence matérielle de cette prise en compte qui se pose, l'intérêt de l'étude théorique d'une notion ne présentant aucune réalité, étant mineure. Le droit contractuel positif présente-t-il des exemples palpables de telle prise en compte? Est-ce simplement à titre exceptionnel, et quelle est l'étendue de cette existence ? C'est la difficulté de la réalité de la notion en droit contractuel qui se pose donc dans un second temps.

Si les caractéristiques de sa théorie pure : dynamique relationnelle, altérité de base des intérêts, et dynamique altruiste seront les indices utiles à son identification, ce dernier critère est particulièrement difficile à cerner, à cause de la neutralité

¹⁰⁵ V. notamment D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603 ; C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, op. cit., n° 32 : « L'admission du principe de fraternité contractuelle permettrait d'accueillir les nouvelles obligations que la jurisprudence ne cesse d'étendre en les ordonnant autour du souci du contrat et de l'autre partie (...) Ce principe de fraternité traduit enfin la possibilité d'un dépassement d'une conception plus individualiste et antagoniste du contrat, où chacun veillait à la seule défense de ses propres intérêts. Cette aspiration fraternelle a eu jadis ses précurseurs isolés ; aujourd'hui il est heureux qu'elle se déploie dans le droit des contrats grâce aux auteurs et aux juges, en un souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain ».

apparente de la prise en compte, celle-ci ne pouvant être automatiquement rattachée à un ordre de valeur précis, comme nous l'avons vu. C'est l'examen de la finalité de telle prise en compte qui nous sera nécessaire dans l'établissement de l'effectivité de son existence matérielle, telle que délimitée dans sa théorie pure.

1. Difficulté tenant à la neutralité de la notion

36. Ici, la recherche des différentes manifestations de telle prise en compte en droit positif, se heurte à une difficulté non négligeable : la neutralité apparente de la notion, quant à l'ordre de valeur auquel elle est rattachable.

Toute norme de comportement du contractant n'est pas assujettie à une valeur morale, et particulièrement au souci d'autrui. C'est ce que nous avons vu au sujet de la déontologie, par exemple.

La prise en compte est conceptuellement neutre, pouvant relever d'ordres de valeurs différents, soit économique soit moral. C'est pourquoi, en partant des différentes hypothèses de prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel, nous ne pouvons affirmer, qu'elles se rattachent automatiquement à une théorie pure de la notion. Toute prise en compte des intérêts du cocontractant n'intervient pas dans une dynamique relationnelle, dans une hypothèse d'altérité des intérêts, et avec une dimension d'altruisme. Il s'agira donc de vérifier, dans chacune des hypothèses, si une théorie pure de telle prise en compte peut être identifiée.

Ce processus passera nécessairement par l'examen de la finalité de chacune des manifestations de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Cette finalité est-elle principalement d'ordre économique (égoïste et utilitariste), ou morale (altruiste) ? Celle-ci se présente donc comme l'outil nécessaire, et l'indice principale, pour dépasser la difficulté de l'identification de l'existence matérielle de la notion.

2. Outil d'identification principal : la finalité de la prise en compte

37. Dans la théorie pure de telle prise en compte, cette dernière doit être purgée de la recherche principale de l'intérêt personnel.

Il sera donc nécessaire d'examiner la finalité de chacune de ses manifestations.

Cette prise en compte est en elle-même une notion neutre. Elle ne peut être automatiquement rattachée à une finalité morale, elle peut tout aussi bien servir une finalité égoïste ou un objectif d'efficacité contractuelle.

Si nous avons déjà pu jusqu'à présent, spécifier ce que nous entendons par moralité relationnelle et altruiste, il nous reste donc à cerner la notion d'efficacité contractuelle afin de pouvoir examiner la finalité de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, lorsqu'elle se manifestera.

38. L'efficacité contractuelle est la production par le contrat de ses effets escomptés, c'est-à-dire la réalisation par celui-ci de ses objectifs. L'efficacité ne renvoie pas seulement à l'idée de réalisation du but, mais à la réalisation de celui-ci par les moyens les plus adéquats. En effet, « [la] définition juridique la plus compréhensive de l'efficacité peut être trouvée dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* qui la définit comme “un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent” (A.-J. Arnaud (sous la dir. de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, V^o “Efficacité”). L'efficacité juridique renvoie à la recherche d'une meilleure adéquation des moyens aux fins poursuivies »¹⁰⁶.

Dans cette optique, l'efficacité contractuelle peut être rapprochée de l'efficacité économique qui est la maximisation des profits, accompagnée d'une réduction des coûts ; « [tout] système peut être évalué en termes de coût. Le meilleur des systèmes est celui dont les coûts sociaux sont au plus bas »¹⁰⁷. Dans ce cas, l'efficacité ne serait mesurée qu'à l'aune d'une analyse économique du contrat¹⁰⁸. Cependant, faire correspondre l'efficacité contractuelle à l'efficacité économique serait réducteur, puisqu'il y aurait présupposition que le contrat n'a qu'une dimension strictement économique. Or « les raisonnements économiques, obligatoirement partiels et subjectifs, ne sauraient dans tous les cas dicter la solution juridique à adopter. Le droit doit prendre en compte des considérations bien plus larges et variées que les seuls arguments d'efficacité et d'utilité »¹⁰⁹.

¹⁰⁶ M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, op. cit., spéc. n° 3.

¹⁰⁷ M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, op. cit., spéc. n° 16.

¹⁰⁸ Dans l'approche économique « ces principes conduisent les économistes à l'envisager (le contrat) comme un instrument de maximisation des utilités individuelles et de l'utilité sociale. Les contractants poursuivent leur intérêt égoïste en concluant le contrat. À cette fin, selon les économistes, les individus rationnels vont tenter de minimiser les coûts de transaction et les effets externes nuisibles. Aussi est-ce dans ce souci d'efficacité que les règles de droit doivent être édictées et appliquées : elles doivent avoir pour effet de maximiser les intérêts des parties et de limiter les effets externes nuisibles » (A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, p. 52, n° 74).

¹⁰⁹ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1994, p. 85, n° 115. V. dans le même sens, M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du*

39. Posons, à partir de ce qui a précédé, les quelques points de méthode qui nous permettront d'avancer, avec le discernement nécessaire, dans notre entreprise de recherche.

VI. Quelques précisions de méthode

40. La rigueur de la recherche nous impose d'oser nommer le fondement que nous avons trouvé le plus adéquat à cette dynamique : le principe de fraternité, aux dépens de celui de solidarité. Ce principe se montrera tout aussi essentiel que les autres se disputant le terrain contractuel.

41. Notre travail ne prétend pourtant pas avancer un seul principe – la fraternité en l'occurrence – comme fondement général de la théorie générale des obligations et du contrat, capable de rendre compte de toute l'évolution de la théorie classique, en remplaçant l'autonomie de la volonté. Notre recherche a pour but au contraire, de centrer le regard sur une dynamique particulière et exceptionnelle : la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, pour en démontrer le fondement, et pour en examiner la réalité et la portée effectives en droit contractuel.

La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, fondée sur un principe de fraternité, demeure pourtant un facteur d'évolution de la théorie classique des obligations et du contrat, par l'introduction d'aménagements au principe d'autonomie de volonté et à son corollaire, la force obligatoire du contrat.

contrat en période de crise, op. cit., spéc. n° 17 : « L'homme, tout d'abord, n'est pas pourvu d'une raison unique. Sa raison est culturelle, elle dépend de son vécu familial et social, des mœurs, de la société concernée. Il y a probablement autant de raisons qu'il y a d'hommes. La rationalité de l'homme est nécessairement contextualisée. L'homme, ensuite, ne se réduit pas à des choix rationnels mais agit souvent par passion. En outre, les choix individuels sont motivés par des intérêts individuels si différents les uns des autres qu'il est illusoire de penser qu'un intérêt collectif puisse être la somme de ces intérêts individuels (...) Enfin le droit est avant tout humaniste ». Par ex. aussi, quant au droit social, V. A. Supiot, *La fraternité et la loi*, Dr. Soc. 1990, n°1, p. 118, spéc. p. 126 : « Une rationalisation du droit social qui nie, ou méconnaît la part du sentiment, de l'histoire, et de la morale, dans les processus de socialisation, ne peut prétendre, en vérité, être tout à fait rationnelle ».

Elle ne se présente guère comme fondement global et général capable de rendre compte de toute l'évolution, mais d'une partie du paysage contractuel renouvelé, qu'il n'est pas scientifiquement justifié d'ignorer¹¹⁰.

42. L'objectif est de démontrer simplement, que le phénomène d'une telle prise en compte, et avec lui son fondement de fraternité, sont réels en droit contractuel, et ne relèvent pas de « l'inflation verbale dont le contrat est aujourd'hui l'objet (...) signe d'une nouvelle tendance attachant aux mots un sens symbolique et une force incantatoire, souvent au détriment de la rigueur juridique »¹¹¹. Nous tenterons de mettre en évidence les manifestations, en droit contractuel, de la dynamique de prise en compte incitée ou spontanée de l'intérêt du cocontractant dans sa théorie pure, qui constituent autant de tempéraments à la liberté contractuelle et d'aménagements à la force obligatoire du contrat.

Notre travail répond donc à un double souci, de tenter de découvrir le fondement d'une telle dynamique en droit contractuel, dans un contexte traditionnellement hostile à de telles idées, et de mettre en évidence et de systématiser toutes les hypothèses où se manifeste telle prise en compte, en « [regroupant] sous une même rubrique ce qui apparaît de manière éparsée et désordonnée »¹¹².

¹¹⁰ Dans le même sens, mais quant à la portée du solidarisme contractuel, v. D. Mazeaud, *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...*, in Mélanges Jean Hauser, Lexisnexis Dalloz, Paris, 2012, p. 905, spéc. n° 16 : « On insistera, d'une part, sur le fait que cette proposition d'intensifier l'exigence d'éthique contractuelle non seulement n'a pas pour ambition de révolutionner la théorie générale du contrat, mais simplement de l'adapter, de l'enrichir, pour qu'elle appréhende la réalité contractuelle contemporaine, mais encore, n'a pas pour objet de substituer, de façon générale, les idées d'altruisme et de fraternité aux principes de liberté et de prévisibilité contractuelles. Ce n'est que de façon exceptionnelle, pour faire face à une situation contractuelle de crise, que le législateur ou le juge sont fondés à imposer à un contractant de prendre en considération les intérêts de son partenaire et de lui imposer des « sacrifices », sous forme de modification du contrat ou de renonciation à une créance. En somme, l'exigence d'éthique contractuelle que nous défendons ne consiste pas à exiger de chaque contractant qu'en tous temps et en tous lieux il aime son partenaire, comme un frère ».

¹¹¹ M. Mekki, *Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire*, RDC 2006, p. 297.

¹¹² C. Jamin, *Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 159, spéc. p. 169, n° 13. Sur le rôle de la doctrine qui dépasse la systématisation, v. M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, op. cit.*, spéc. n° 4 : « Classiquement, la doctrine française remplit une fonction dogmatique, de systématisation. Elle classe, elle définit, elle rend plus cohérent Elle a pour objet le Sein, et se contente de dire ce qui est. Une telle vision de la doctrine serait réductrice. Cette dernière désigne également un ensemble de projets, de programmes, parfois d'idéologies. Elle est en ce sens normative et a alors pour objet le Sollen, ce qui devrait être. En somme, en droit, la doctrine ne se contente pas de récolter (le droit positif), elle se charge aussi de semer (le droit prospectif) ».

43. Nous devons certes consacrer des développements consistants et indépendants, à chacune de ces techniques du droit contractuel introduisant à notre avis la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, parce que c'est dans la compréhension du fonctionnement de la technique, et très souvent dans son évolution, que se manifesterait la prise en compte, objet de notre étude. Mais, vu la complexité de l'entreprise, il s'est vite avéré impossible de procéder à des développements transversaux entre ces techniques contractuelles. Nous tenterons donc de consacrer des développements successifs à chacune de ces manifestations, en tentant pourtant de systématiser leur présentation, pour faire ressortir en filigrane l'incidence de telle prise en compte sur la théorie classique des obligations et du contrat.

44. Notre travail se place nécessairement dans une optique refusant les oppositions franches, les raisonnements cloisonnés, ou les « tranchées intellectuelles » si l'on peut dire, présentant les ordres de réflexions différents – en l'occurrence la morale et l'utilité –, ou les valeurs à l'œuvre dans le contrat¹¹³, comme nécessairement exclusifs l'un de l'autre, comme n'ayant aucun point de contact¹¹⁴.

D'ailleurs, une tendance actuelle va même jusqu'à soutenir l'efficacité économique des comportements coopératifs, fraternels, bref, la valeur marchande du souci de l'autre ; l'« idée de fraternité, de collaboration, fait l'objet d'un intérêt croissant dans de nombreuses disciplines (...). En marge de cet intérêt sociologique, l'intérêt économique est tout aussi frappant, notamment dans le formidable

¹¹³ V. à titre d'exemple sur la non contradiction nécessaire entre liberté et loyauté, D. Mazeaud, *Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel »*, LPA 7 mai 2004, p. 47, spéc. n° 25 : « Pas plus qu'ils n'opposent loyauté et sécurité, les Principes (du droit européen du contrat) n'envisagent en termes antagonistes la liberté et la loyauté contractuelles, puisqu'ils prévoient que celle-là ne peut s'épanouir que dans le respect de celle-ci c'est (...) en termes de complémentarité que sont appréhendés les impératifs de liberté, de sécurité et de loyauté », ou encore sur la non contradiction nécessaire entre le solidarisme et l'efficacité économique, N. Mathey, *L'obligation de contracter de bonne foi s'invite dans la cession d'actions*, Rev. sociétés 2005, p. 587.

¹¹⁴ Dans notre sens, J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin?*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 99, spéc. p. 116 : « la morale et l'économie sont inextricablement imbriquées, de sorte qu'il est artificiel de les opposer juridiquement » ; *eod. loc.* p. 117 : « le jugement moral du comportement des contractants n'est pas économiquement indifférent ». Contra D. Mainguy, *À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter »*, JCP 2012, I, p.808, spéc. n° 17 : « Le moins qu'on puisse en dire c'est que les valeurs ainsi identifiées, morale ou utilité, sont difficilement compatibles ». Celui-ci poursuit sur la difficulté d'appréhender d'ailleurs certaines notions qu'il considère techniques comme des valeurs proprement dites : « La question de la sécurité juridique des transactions ou du respect des engagements sont des éléments techniques trop vagues pour être

développement de la théorie dite des jeux qui révèle l'intérêt économique des situations de coopération sur celles de non-coopération ou dans la présentation de la confiance en tant que concept économique »¹¹⁵.

Notre souci humble sera surtout de présenter certains éléments qui permettent de dépasser des contradictions jugées comme insurmontables.

45. Au regard de l'étendue du domaine de la recherche qu'il nous est impossible de couvrir entièrement, nous nous devons de circonscrire notre champ de recherche.

Nous travaillerons sur le contrat interne de droit commun, synallagmatique, et onéreux.

Le sujet étant la prise en compte de l'intérêt du partenaire *contractuel*, ceci nous mène d'abord à exclure toutes les institutions extra-contractuelles, telles la gestion d'affaire, les conventions bénévoles, ou l'obligation naturelle, qui sont pourtant des supports nets de la prise en compte de l'intérêt d'autrui.

Ensuite nous travaillerons sur le contrat interne de droit commun, sur la théorie générale des obligations et du contrat française, puisque nous nous interrogeons sur la réalité de la notion rattachée au concept de contrat lui-même, et non à titre exceptionnel concernant certains contrats spéciaux. Ceci ne nous empêchera pas d'avoir recours à certains exemples de droit comparé, ou tirés des contrats spéciaux, notamment le droit des affaires, le droit de la consommation et le droit du travail, souvent pour démontrer la particularité de notre hypothèse par rapport aux solutions qui y sont adoptées.

véritablement tenus pour de telles valeurs qu'on pourrait attacher à la "morale" comme à "l'efficacité économique" » (*eod. loc.*).

¹¹⁵ S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Étude particulière aux contrats de distribution*, préface Pédamon, av-propos J. Monéger, Litec, 2002, p. 227, n° 159. V. égal. Ph. Jestaz, *Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain in La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 243, spéc. p. 253 « Car si le contractant trouve normal, comme l'enseignait l'utilitarisme, que son partenaire envisage exclusivement son intérêt propre, et si par conséquent il en fait de même pour ce qui le concerne, le contrat qui étire ses effets dans le temps risque fort de manquer son but. Ainsi le bon sens, joint à un calcul économique vrai, incite plutôt les contractants à coopérer et les théoriciens à voir dans le contrat un mode de coopération », mais aussi la notion de « Bien relationnel », sur laquelle par ex. G. Benedetto, *Bene relationale*, in *Dizionario di economia civile*, L. Bruni, S. Zamagni (a cura di), Citta' nuova editrice, Roma, 2009, pp. 89-101.

Enfin, l'intérêt de la recherche se présente dans l'examen de la réalité de la notion dans le contrat synallagmatique et onéreux. En effet, si telle prise en compte est exclusivement rattachée à l'intention libérale ou à la notion de gratuité, elle n'aurait aucune particularité, et partant aucun intérêt. L'enjeu se trouve justement dans l'examen de l'existence de celle-ci en dehors des situations où l'intention libérale, ou la gratuité sont en jeu¹¹⁶.

Nous nous intéresserons à toutes les phases de la vie du contrat, de sa formation à son extinction, en passant par son exécution, telle prise en compte n'étant pas liée à une phase précise de la vie contractuelle.

VII. Annonce du plan

46. Pour répondre à la double difficulté de la recherche, se succéderont l'étude du fondement, ensuite, des manifestations de la notion. L'approche ne sera pas celle d'exposés étanches théorique puis pratique, mais plus une approche synchronique où développements et déductions théoriques s'allieront aux démonstrations et inductions de la pratique, pour mettre en avant l'existence conceptuelle, la réalité, et le rôle¹¹⁷ d'une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

47. Notre travail se fera donc en deux temps.

Une première phase sera consacrée à l'existence conceptuelle de la notion. Nous avons en effet vu la difficulté de cerner une théorie pure de telle prise en compte qui ait une réelle existence et particularité conceptuelles, et donc une possible action en droit du contrat. Il sera donc nécessaire de partir du fondement de celle-ci, à savoir le principe de fraternité (Partie 1).

¹¹⁶ Nous reviendrons dans la première partie sur la distinction entre la prise en compte de l'intérêt du cocontractant et les notions de gratuité et d'intention libérale.

¹¹⁷ Pour une méthode similaire appliquée à la recherche d'une notion d'intérêt commun, v. Th. Hassler, *L'intérêt commun*, RTD com. 1984, p. 584, spéc. pp. 584-585 : « L'avenir de l'intérêt commun est en fait lié à la preuve indiscutable de son existence : cela suppose, d'une part, de démontrer l'originalité du concept au sein de la famille des intérêts collectifs et, d'autre part, de reconstituer le puzzle des différentes hypothèses dans lesquelles notre droit fait appel à cette notion afin de vérifier si elle a un contenu unitaire et précis. Une fois l'existence établie on pourra tenter de mesurer l'influence de l'intérêt commun en examinant quel est son rôle, faste ou néfaste, en droit positif et quelles sont les perspectives qui s'offrent à lui de lege ferenda ». Par contre, nous nous proposons de révéler le rôle de la notion de manière simultanée avec la démonstration de son existence matérielle en droit contractuel, après en avoir démontré l'existence et le fondement conceptuels.

Une deuxième phase sera consacrée à la réalité de celle-ci. Nous tenterons d'identifier les manifestations de cette prise en compte, pour examiner si elles sont réellement rattachables à une théorie pure de la notion (Partie 2).

Partie 1 : Fondement de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant : un principe de fraternité

48. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant est une notion difficile à cerner, elle pose donc, avant celle de son existence matérielle en droit contractuel, la difficulté de son existence sur le plan théorique.

Une telle notion, ayant une particularité conceptuelle suffisante, se présente comme une dynamique relationnelle et altruiste entre contractants, maintenant l'altérité de leurs intérêts. Elle appelle donc nécessairement l'évolution de la théorie classique des obligations et des contrats.

Quel serait alors le fondement capable de rendre compte de l'introduction d'une telle dynamique en droit contractuel ?

Si la solidarité a pu être avancée comme fondement, donnant naissance à un large courant – le solidarisme contractuel – qui reste débattu¹¹⁸, nous verrons que les caractéristiques essentielles d'une théorie pure de la prise en compte justifient de rejeter ce fondement, et de retenir celui de fraternité.

Or nous avons déjà évoqué la double difficulté dont souffre à son tour la fraternité : celle de sa définition d'abord, et celle de sa juridicité ensuite.

C'est de manière synchronique à l'étude du concept de fraternité, en tentant de surmonter cette double difficulté, que nous démontrerons qu'elle est le support conceptuel de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant (Titre 1), et qu'elle en constitue le véritable fondement juridique (Titre 2).

¹¹⁸ V. *infra* n^{os} 119 s.

TITRE 1 : FRATERNITE, SUPPORT CONCEPTUEL DE LA PRISE EN COMPTE DE L'INTERET DU COCONTRACTANT

49. Il paraît particulièrement difficile de cerner le contenu de la fraternité, tellement a-t-elle été « livrée à un grand vagabondage idéologique »¹¹⁹, d'autant plus qu'elle se présente comme une notion transversale à différents plans de pensée à savoir la religion, la morale, et la philosophie politique ou juridique.

Toute tentative de définition d'une notion se joue en deux temps : « [soit] on tente de la cerner en montrant du doigt un objet ou un ensemble de pratiques déterminés auxquelles on entend la faire correspondre – mais comment être sûr que le terme est bien choisi ? – soit, on la définit par la série des différences qu'elle entretient avec des notions proches. Mais comme ces dernières sont également définies de manière purement différentielle et aussi par rapport à celle qu'il s'agit de définir, il subsistera toujours dans la définition une part inéliminable de flou, de spéculatif et d'indétermination »¹²⁰. Dans notre tentative de déterminer la notion c'est-à-dire de la préciser, de l'établir et de la définir avec suffisamment de précision¹²¹, un mouvement en deux temps s'impose donc.

Une approche négative est nécessaire dans un premier temps, pour distinguer la fraternité de sa concurrente la plus sérieuse, la solidarité, qui la supprime à partir du 19^e siècle¹²², afin de démontrer la particularité du concept de fraternité (Chapitre 1).

Dans un deuxième temps, nous tenterons une approche positive essayant grâce à la définition du contenu de la notion de fraternité, de démontrer que la correspondance du celui-ci aux caractéristiques d'une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Approche négative : particularité du concept de fraternité

¹¹⁹ A. Supiot, *La fraternité et la loi*, op. cit.

¹²⁰ A. Caillé, *De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement)*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 27, spéc. p. 35.

¹²¹ *Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse*, V° Déterminer.

50. Avant de procéder à la comparaison des deux notions, nous verrons dans une section préliminaire comment la solidarité réussit, à partir du 19^e siècle, à supplanter la notion de fraternité.

Si plusieurs similitudes peuvent être notées entre la fraternité et la solidarité (Section 1), la différence demeure essentielle et justifie la particularité du concept de fraternité (Section 2).

Section préliminaire : Remplacement de la fraternité par la solidarité

51. Un bref aperçu sur le cheminement du concept de fraternité dans la pensée religieuse, philosophique et politico-juridique sera tout d'abord nécessaire (§1). Nous examinerons rapidement ensuite comment le renouveau dans la pensée et dans l'approche des rapports entre individu et société favoriseront l'avènement de la solidarité à partir de la fin du 18^e mais dès le 19^e surtout, « lorsqu'[elle] devient en France le maître mot du vocabulaire sociologique (...) et politique »¹²³ (§2). Nous verrons enfin comment sera développée une théorisation des effets socio-juridiques de ce dernier concept dans la doctrine dite du solidarisme (§3).

§1. Aperçu sur le cheminement du concept de fraternité dans la pensée

52. C'est dans les révélations juive puis chrétienne¹²⁴ que le concept de fraternité trouve son origine¹²⁵. Dans la religion juive d'abord, qui proclamera Dieu

¹²² La fraternité est par exemple définie dans le Vocabulaire juridique dirigé par M. Cornu comme « principe de solidarité entre concitoyens consacré par certaines constitutions » (G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014, V^o Fraternité).

¹²³ A. Supiot, *La fraternité et la loi*, *op. cit.*, spéc. p. 122.

¹²⁴ À noter cependant que « [la] fraternité, représentée généralement à travers des récits autour de duos fraternels, est présente dans l'histoire originelle de toutes les grandes cultures. Citons, pour la région qui deviendra l'occident, Caïn et Abel pour la tradition hébraïque, Romulus et Remus pour la tradition romaine, et Belloc et Sigovèse pour la tradition celto-française. Mais les duos fraternels occupent également une place fondamentale dans la civilisation de l'Égypte ancienne, chez les Indiens du Mexique, chez les Iroquois ou chez les Piaroa de l'Orénoque, et l'on pourrait en ajouter bien d'autres. Les duos fraternels originels constituent de véritables "modèles relationnels", autrement dit des "archétypes" qui renferment une certaine vision de l'homme et de la société. Les diverses interprétations de la fraternité qui se trouvent à l'origine des différentes civilisations sont autant d'interprétations bien précises, sans équivoque, des relations humaines, mais aussi des relations spécifiquement politiques », A.-M. Baggio, *La fraternité, un défi politique*, Revue Nouvelle Cité 2012, n^o 553, p. 24, spéc. p. 26.

¹²⁵ V. cependant C. D. Gonthier, *Liberty, Equality, Fraternity : The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity : The Unspoken Third Pillar of Democracy*, McGill Law Journal 2000, vol. 45, p. 567, spéc. pp. 570-571 : « on retrouve déjà la notion de fraternité dans les écrits des philosophes grecs, plus particulièrement Platon et Aristote. Pour eux, la fraternité constituait une composante essentielle de la vie politique. Ils voyaient la démocratie d'un mauvais œil, car ils croyaient que la notion de

comme Unique¹²⁶ et Père de toute l'humanité. En découle nécessairement un lien de fraternité unissant tous les hommes entre eux. Mais c'est surtout avec la religion chrétienne ensuite, que le concept acquerra une place et importance fondamentales. Issue de la tradition juive, la religion chrétienne reprendra ce dogme de Dieu Père Unique¹²⁷, et donc de la fraternité entre tous les hommes¹²⁸, mais développera ce dernier concept d'une façon toute particulière en affirmant avec force les conséquences qui s'y attachent. La fraternité entre tous les hommes veut dire concrètement et activement l'amour du prochain¹²⁹, jusqu'à l'amour de l'ennemi même¹³⁰, sans distinction de races, cultures, ou nations entre les hommes¹³¹.

Jusqu'à la fin du 16^e siècle, le concept de fraternité est essentiellement construit et développé sur la base du dogme religieux. Au 17^e, l'école janséniste récupérera le concept de fraternité, mais opérera sa laïcisation et sa rationalisation en le dissociant de son support religieux et en lui donnant un nouveau fondement ; « ce qui ne se fondait jadis que sur la religion et la foi repose aussi désormais sur la

liberté supplanterait le concept de fraternité si elle devenait le principe premier. Ils pensaient également que la fraternité était une nécessité de la vie, laquelle pouvait être considérée comme étant une hiérarchie de fraternités : la fraternité du sang devant céder à celle de l'association, et la fraternité de l'association devant céder à la fraternité de la cité ».

¹²⁶ « Écoutes, Israël : Le Seigneur notre Dieu est l'Unique » (*La Bible de Jérusalem, éd. du Cerf, 1998, V^o Ancien Testament, Dt 6, 4*).

¹²⁷ V. Association de la Concordance française de la Bible, *Concordance de la Bible Nouveau Testament*, éd. du Cerf - Desclée de Brouwer, 1970, V^o Père, p. 415. Jésus en parlant de Dieu l'évoque comme « votre Père » (*La Bible de Jérusalem, éd. du Cerf, 1998, V^o Nouveau Testament, Matthieu, 5, 16, 45, 48 et 6, 1, 8, 14, 15, 26, 32 et 7, 11 et 10, 20, 29 et 18, 14, et 23, 9, Marc 11, 25, 26, Luc 6, 36, et 12, 30, 32, Jean 8, 41, 42 et 20,17*), « ton Père » (*eod. loc.*, V^o Nouveau Testament Matthieu 6, 4, 6, 18), ou « notre Père » (*eod. loc.*, V^o Nouveau Testament, Matthieu 6,9 et Luc 11,2) et affirme même « Nous n'avons qu'un Père : Dieu » (*eod. loc.* V^o Nouveau Testament, Jean 8, 41), ou « Ne donnez à personne sur Terré le nom de père, car vous n'avez qu'un seul Père, celui qui est aux cieux » (*eod. loc.*, V^o Nouveau Testament, Matthieu, 23, 8, 9).

¹²⁸ V. *La Bible de Jérusalem, éd. du Cerf, 1998, V^o Nouveau Testament, Matthieu, 23, 8, 9* : « vous n'avez qu'un seul enseignant, et vous êtes tous frères. Ne donnez à personne sur Terré le nom de père, car vous n'avez qu'un seul Père, celui qui est aux cieux ». V. égal. G. Goyau, *Solidarisme et christianisme*, éd. 48, rue de Venise, 1906, p. 21 : « En disant (...) *Pater noster, adveniat regnum tuum*, le chrétien s'associe à tous ses frères, fils du même père, pour réclamer le règne de la paternité divine, c'est-à-dire la réalisation de la fraternité humaine et pour promettre, personnellement, de travailler à cette réalisation ».

¹²⁹ V. notamment *La Bible de Jérusalem, éd. du Cerf, 1998, V^o Nouveau Testament, Jean, 13, 34* : « Aimez-vous les uns les autres comme je vous ai aimés », et *eod. loc.* Nouveau Testament, Marc, 12, 29-31 : « Tu aimeras ton prochain comme toi-même ».

¹³⁰ V. *La Bible de Jérusalem, éd. du Cerf, 1998, V^o Nouveau Testament, Matthieu, 5, 44,45* : « Aimez vos ennemis (...) afin d'être vraiment les fils de votre Père qui est dans les cieux ».

¹³¹ Saint Paul écrit aux Galates, dans un contexte historique de fortes discriminations entre juifs et non juifs, et contre les étrangers : « Il n'y a plus ni juif ni païen, il n'y a plus ni esclave ni homme libre, il n'y a plus l'homme et la femme, car tous, vous ne faites plus qu'un dans le Christ », in *La Bible de Jérusalem, éd. du Cerf, 1998, V^o Nouveau Testament, Galates, 3, 28*.

Nature et la Raison »¹³². Ainsi la fraternité humaine sera désormais fondée sur le constat de l'identité de la nature humaine donc sur la simple « qualité d'homme »¹³³. Le concept conservera certes toute son éminence dans la pensée religieuse chrétienne, mais apparaîtra avec le jusnaturalisme une nouvelle approche de celui-ci.

Cette mouvance de rationalisation et de laïcisation du concept de fraternité se poursuivra avec force au 18^e, traduction de l'évolution générale de la pensée durant le siècle des Lumières, avec le recul du religieux et la montée en puissance de la Raison et de la Nature. Elle aura pour mérites l'« approfondissement sensible de la dimension et du caractère universels de la fraternité »¹³⁴, permettant ainsi à ce dernier une plus grande diffusion dans la pensée. Et cette universalisation de la fraternité s'accompagnera d'un emploi plus effectif de la notion avec l'essor de la franc-maçonnerie, où la fraternité – même si entendue de manière différente – ne sera plus une idée abstraite désignant seulement le rapport entre tous les hommes, mais se traduira, pour la première fois¹³⁵, en critère organisateur d'un corps social spécifique et laïc¹³⁶.

Cette évolution affectant le concept de fraternité, son fondement et sa portée, facilitera la sortie de l'idée de fraternité des seuls champs du religieux ou du philosophique, lui permettant ainsi l'exploration de nouveaux domaines tels celui de la politique et puis du droit. La fraternité, entendue de manière différente que chez les chrétiens et les jusnaturalistes, passera d'une fraternité originaire issue de la Paternité commune de Dieu, ou du constat de l'identité de l'humanité dans la nature, à une fraternité-idéal et sera posée sous la Révolution comme but à atteindre par la

¹³² M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Paris, 1993, p. 20.

¹³³ « Pour être engagé à rendre un service de cette nature, il ne faut d'autre motif que la qualité d'homme, dans la personne à qui on le rend » (Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, Livre III, Chap. III, & III, Tome I), cité in M. Borgetto, *op. cit.*, p. 111 ; « Les devoirs particuliers renfermés dans la bienfaisance sont compris par les jurisconsultes sous la détermination ... des devoirs communs de l'humanité, parce que les hommes se les doivent les uns aux autres en qualité d'hommes » (Burlamaqui, *Principes de droit de la nature*, p. 397), cité in M. Borgetto, *op. cit.*, p. 111.

¹³⁴ M. Borgetto, *op. cit.*, p. 22. Remarquons pourtant que la fraternité ayant déjà une portée universelle chez les chrétiens, ceux sont les fondements du concept qui acquerront un caractère universel puisqu'ils seront rendus indépendants de toute référence à une foi quelconque

¹³⁵ Certes, la fraternité avait été mise en œuvre pour organiser la vie des premières communautés chrétiennes ainsi que de certains ordres religieux ; c'est en effet avec le terme de « frères » que les premiers chrétiens s'appelaient, et c'est ce même terme qui apparaît au début des lettres du Nouveau Testament. Cependant, c'est la première fois que cette notion est employée pour organiser la vie d'une entité sociale laïque.

¹³⁶ M. Borgetto soulève, en ce qui concerne la franc-maçonnerie, que « [la] fraternité, en effet, sert à la fois à désigner l'institution et ses membres, à limiter l'étendue de leurs devoirs, à légitimer leur existence » (M. Borgetto, *op. cit.*, p. 25).

construction politique nouvelle, et constituera donc un moteur pour les idées révolutionnaires. Elle empruntera cependant au sens chrétien le rôle unificateur, pour être employée par les révolutionnaires comme facteur de cohésion nationale¹³⁷. La fraternité figurera ainsi aux côtés de la liberté et de l'égalité dans le notable triptyque révolutionnaire français, mais elle sera absente des premiers textes révolutionnaires (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 et les constitutions de 1791 et de 1793)¹³⁸. Il faudra attendre 1848 pour lire dans la Constitution du 4 novembre 1848 « à l'article IV : "Elle [la République française] a pour principe la liberté, l'égalité et la fraternité", et (...) à l'article VIII : "La République doit [...], par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessaires", et (...) à l'article VII : "Les citoyens [...] doivent concourir au bien-être commun en s'entraidant fraternellement les uns les autres" »¹³⁹.

À partir de là, la fraternité poursuivra son cheminement dans la pensée politico-juridique française, avec certes des fluctuations dans son sens¹⁴⁰ et son contenu selon ce qu'on désirait lui faire dire. Elle oscillera entre fraternité universelle associée à l'idéal de paix, ou fraternité plus restreinte justifiant la cohésion d'un groupe seulement (les compatriotes) et l'exclusion d'autres¹⁴¹, ou entre fraternité idéal à atteindre résultant de l'état de liberté et d'égalité, et fraternité originaire « à

¹³⁷ M. Ozouf, *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, Gallimard, Paris 1989, p. 9.

¹³⁸ Excepté une « entrée timide [...] dans la constitution de 1791 au détour d'un article additionnel relatif aux fêtes » (M. Ozouf, *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, op. cit., p. 159).

¹³⁹ G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 135.

¹⁴⁰ J. Boulad-Ayoub, *Contre nous de la tyrannie...: Des relations idéologiques entre Lumières et Révolution*, Hurtubise HMH, Québec, 1989, p. 58 : « On fera appel aux hommes comme citoyens pour défendre, au nom de l'humanité, et jusqu'à la mort, la communauté qui se trouve menacée et les valeurs sur lesquelles celle-ci s'est fondée : la liberté et l'égalité. On sera ainsi, selon les variations des enjeux idéologiques, tantôt frères parce que l'on est tous enfants de Dieu, tantôt parce que l'on est tous les enfants de la Raison, tantôt parce que l'on est tous enfants de la Patrie ».

¹⁴¹ V. sur ce point G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 141. L'intensité et l'échelle à laquelle est appliquée cette fraternité peuvent et ont varié au cours de la révolution, selon que l'on entende la fraternité comme universelle, ou exclusive unifiant le « nous » contre « les autres ». Pour certains, la fraternité doit être confinée à un groupe donné, à une entité particulière, pour avoir une effectivité quelconque ; « le sentiment de l'humanité (...) s'évapore et s'affaiblit en s'étendant à toute la Terre (...) il en est de même du sentiment de fraternité, il faut en quelque manière le borner et le comprimer pour lui donner une activité utile » (B. Barère, Convention nationale, séance du 28 messidor an II, cité in M. Ozouf, op. cit., p. 176). Cette fraternité s'accommoderait parfaitement, contrairement à la fraternité chrétienne, de l'exclusion des étrangers par exemple, si elle est appliquée à l'entité nationale uniquement, comme ceci a été défendu parfois sous la révolution. Il suffit cependant d'appliquer la fraternité sur le fondement de l'appartenance au genre humain, pour retrouver l'universalité du concept (V. sur ce point M. Borgetto op. cit., p. 597). En 1848, et « après un long purgatoire » (M. Borgetto, op. cit., p. 339), la fraternité ressurgit. « Elle se veut fraternité des Français, mais aussi des peuples : à la fois conjuration de l'individualisme des droits et de l'antagonisme des nations » (M. Ozouf, op. cit., p. 180).

retrouver plus qu'à inventer [précédant] la liberté et l'égalité »¹⁴², ou encore sera entendue comme fraternité sociale, « principe direct qui permet de fonder en droit l'intervention de l'Etat dans un certain nombre de domaines notamment dans le domaine social »¹⁴³.

Dès le 19^e, avec le progrès que connaissent les sciences ainsi que la laïcisation de la pensée se poursuivant, la notion de fraternité sera mise à l'écart ou, au moins, disparaîtra du langage et des débats idéologiques, supplantée peu à peu par une notion plus dans l'air du temps, plus compatible avec la pensée de l'époque¹⁴⁴, à savoir la solidarité.

Malgré cela, la fraternité a été réaffirmée depuis à plusieurs occasions, et elle figure toujours dans le préambule de la constitution de 1958 et dans son article 2¹⁴⁵.

§2. *Avènement de la solidarité*

53. Plusieurs raisons expliquent cette perception de la solidarité comme concept plus adéquat, plus à même d'accompagner l'évolution intellectuelle à partir de la fin du 18^e siècle.

D'une part, le lien du concept de fraternité considéré trop étroit avec la religion, nombreux n'y voyant « finalement, qu'un simple avatar de la vieille notion de charité chrétienne »¹⁴⁶, la rendra incompatible avec la pensée de l'époque marquée par le « mouvement de laïcisation progressive de l'État et, bientôt, du combat anti-clérical »¹⁴⁷. Au contraire, la solidarité perçue comme un concept n'ayant aucun lien avec la pensée religieuse, comme la « variante modernisée et laïcisée »¹⁴⁸ ou

¹⁴² M. Ozouf, *op. cit.*, p. 165 et 166.

¹⁴³ M. Borgetto, *op. cit.*, p. 340.

¹⁴⁴ Effectivement, « [le] terme, d'apparence scientifique comme le voulait l'époque, a été préféré à "charité" (connoté religieusement) ou à "fraternité" (sentimental et daté) » (J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport Cass., 2003, p. 215).

¹⁴⁵ *Constitution française du 4 octobre 1958*. V. Préambule, al. 2 : « En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-Mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique » ; art. 2, al. 4 : « La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité" ». L'article 1 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, statue à son tour : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ».

¹⁴⁶ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, *op. cit.*, p. 349.

¹⁴⁷ M. Borgetto, *La devise Liberté Égalité Fraternité*, PUF, Paris, 1997, p. 80.

¹⁴⁸ M. Borgetto, *La devise Liberté Égalité Fraternité*, *op. cit.*, p. 90.

l'« habillage laïc »¹⁴⁹ du concept de fraternité, parut susceptible de donner une assise plus universelle car laïque aux effets juridiques que l'on tentait de lui donner¹⁵⁰.

La solidarité est ensuite, issue du langage juridique¹⁵¹ et plus spécifiquement du terme « solidaire » qui seul existait dans la plupart des dictionnaires et encyclopédies de la langue française avant le 18^e siècle¹⁵², et qui « se dit des obligations que passent plusieurs personnes ensemble, lorsque chacune promet de payer la somme totale »¹⁵³. Le terme de solidarité évoluera et sera employé dans un sens plus courant, celui de « responsabilité mutuelle qui s'établit entre deux ou plusieurs personnes »¹⁵⁴, donc d'une qualité de lien - « lien de dépendance mutuelle »¹⁵⁵ - entre deux ou plusieurs personnes.

Mais surtout, la solidarité parut plus compatible avec le développement des découvertes scientifiques, et biologiques, et de la tendance nouvelle à transposer ces découvertes en sciences sociales¹⁵⁶. Elle a surtout connu son essor dans son emploi comme terme du lexique scientifique¹⁵⁷, puisqu'elle a d'abord été un « vocable

¹⁴⁹ F. Gaudu, *La fraternité dans l'entreprise*, Dr. Soc. 1990, n°1, p. 134.

¹⁵⁰ Dans ce sens A. Supiot, *La fraternité et la loi*, op. cit., spéc. p. 122: « Cette idée de solidarité (...) aujourd'hui (...) véritable héritière de la vieille notion de fraternité (...) désigne la cohésion sociale, mais [elle] la fonde sur l'observation d'une interdépendance générale, et non pas sur la foi en une ascendance déterminée. Ainsi peut-elle substituer à l'effet d'exclusion inhérent à la fraternité, un effet d'intégration à vocation universelle ».

¹⁵¹ Le terme « Solidaire » est présenté comme un terme de « Pratique » ou de « Palais » par le Dictionnaire de l'Académie française qui ignore dans sa première édition le terme de solidarité. Cité in G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 149. Pierre Leroux, lui, affirme : « J'ai le premier emprunté aux légistes le terme de solidarité pour l'introduire dans la philosophie (...) J'ai voulu remplacer la charité du christianisme par la solidarité humaine » (P. Leroux, *La grève de Samarez*, Dentu, 1859, Paris, I, p. 254).

¹⁵² Il faut attendre la fin du 18^e pour voir le substantif « solidarité » introduit dans le Dictionnaire de l'Académie française.

¹⁵³ P. Richelet, *Dictionnaire de la langue française ancienne et moderne*, t.2, 1728, V° Solidaire.

¹⁵⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 6^e éd., 1835, V° Solidarité, cité in G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 149.

¹⁵⁵ E. d'Eichtal, *Solidarité sociale, solidarisme et dévouement social*, in Pages sociales, Alcan 1909, p. 121, cité in M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 8, note 1.

¹⁵⁶ M. David, *La solidarité comme contrat et comme éthique*, in Institut international d'études sociales (Genève), éd. Berger-Levrault, Paris, 1982, p. 18, spéc. p. 21.

¹⁵⁷ V. dans ce sens A. Croiset, préface, in A. Croiset, L. Bourgeois, École des hautes études sociales, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Alcan, Paris, 1902, pp. 9-10 : « la fortune du mot *solidarité* s'explique (...) sans peine. Si les individus ne sont (...) que les cellules de la société, le mot par lequel les biologistes expriment l'interdépendance des cellules est celui même qui doit exprimer dorénavant l'interdépendance des individus. Les termes de justice, de charité, de *fraternité* ont semblé insuffisants. La *fraternité* même, si chère à la démocratie sentimentale de 1848, a le tort justement de n'être qu'un sentiment, et nos générations modernes avides de science objective et positive, avaient besoin d'un mot qui exprimât le caractère scientifique de la loi morale. Le mot de solidarité, emprunté à la biologie, répondait merveilleusement à ce besoin obscur et profond (...). On recueillit ainsi peu à peu, sous le titre de *solidarité*, à peu près toutes les idées morales qu'on trouvait conforme à l'idéal présent ».

(...) d'homme de science, physiciens et biologistes surtout ; puis des traités de philosophie et de sociologie ; enfin des textes de caractère socio-politique au sens le plus large »¹⁵⁸. La solidarité désignera de plus en plus l'interdépendance des membres d'un groupe social, dans ses deux variantes organiciste ou humaniste¹⁵⁹, ainsi que le devoir moral, laïc, qui s'en dégage¹⁶⁰. Ce caractère « scientifique » que la solidarité confèrerait à la loi morale, justifiera l'essor du concept aux dépens de celui de fraternité.

§3. Doctrine du solidarisme : effets juridico-politiques de la solidarité

54. La fin du 19^e siècle verra, dans la mouvance de critique de l'autonomie de volonté, l'élaboration d'une nouvelle théorie sociale politique et juridique ayant pour clef de voûte le concept de solidarité, et pour objectif de fonder l'entité sociale¹⁶¹.

Voulant rompre avec toute connotation religieuse ou morale, les solidaristes revendiqueront « dès l'abord, pour leur système moral, un caractère strictement scientifique »¹⁶². Pour apporter une solution au rapport entre l'individu et la société,

¹⁵⁸ G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris 1981, p. 151. Durkheim insiste : « L'étude de la solidarité relève donc de la sociologie. C'est un fait social que l'on ne peut bien connaître que par l'intermédiaire de ses effets sociaux » (É. Durkheim, *De la division du travail social*, Quadrige/PUF, Paris, 7^e éd., 2007, p. 31).

¹⁵⁹ V. sur ce point J. Chevallier et D. Cochart-Coste, *Présentation*, in J. Chevallier, C. Haroche, D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 5, spéc. p. 6. : « Dès l'origine (...) deux conceptions de la solidarité apparaissent. La première, illustrée par A. Comte, est de type organiciste (...); la solidarité est ainsi conçue comme l'expression d'une interdépendance objective résultant de l'appartenance du même organisme. La seconde, illustrée par P. Leroux (...) est au contraire de type humaniste : (...) la solidarité (...) est avant tout de type relationnel ; elle permet de concilier le sentiment d'appartenance à la collectivité et l'exigence d'épanouissement de l'individu ».

¹⁶⁰ « 2. Rapport de dépendance réciproque existant (...) en particulier entre les membres d'un même groupe social. (...) 4. Devoir de solidarité, ou simplement solidarité, devoir moral fondé sur l'interdépendance des membres d'un groupe social. », Grand Larousse de la langue française, cité in G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris 1981, p. 149.

¹⁶¹ Certes, l'idée que les hommes forment les membres d'une même entité n'était pas nouvelle et remontait à l'Antiquité, et avait été développée ensuite par les penseurs chrétiens (V. ce qu'écrivait Saint Paul : « Nous sommes tous membres d'un seul corps ... De même que c'est par la chute d'un seul que tous les hommes sont tombés dans la condamnation, de même c'est par la justice d'un seul que tous les hommes reçoivent leur justification. De même que tous meurent en Adam, tous revivent en Christ. », cité in C. Bouglé, *Notes sur les origines chrétiennes du solidarisme*, Revue de métaphysique et de morale, p. 251, spéc. p. 254), mais elle sera reprise avec vigueur et approfondie dès le 18^e, mais surtout avec le début du 19^e, par les penseurs et philosophes (M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 351).

¹⁶² C. Bouglé, *Notes sur les origines chrétiennes du solidarisme*, op. cit., spéc. p. 256. Leur entreprise était celle de « donner une assise sûre et incontestable au devoir de solidarité (...) censé reposer désormais "non plus sur la charité et l'amour, comme un sentiment subjectif et libre, mais sur une idée, un principe scientifique et rationnel, propre à justifier l'intervention de la force publique" (Boutroux, intervention in Séances et Travaux de l'A.S.M.P., 1903, T. 60, p. 399) » (M. Borgetto, op. cit., p. 378).

ils adoptent la même méthode que toutes les autres sciences, en partant de l'observation des faits, et pour eux « l'élément premier (...) n'était autre, finalement, que le fait naturel de l'interdépendance et de solidarité sociale »¹⁶³. Les récentes découvertes biologiques de l'interdépendance des organes ainsi que l'application de ce parallèle avec la société aboutissent à ce constat premier de l'interdépendance des membres de la société.

Nombreux furent les précurseurs de la doctrine¹⁶⁴, mais c'est avec Léon Bourgeois et son ouvrage *Solidarité*¹⁶⁵, que sera portée le plus loin la théorisation de l'idée de solidarité, dans la doctrine dite du solidarisme qui, du constat premier de l'interdépendance des individus en société, dégagera l'existence d'une dette à l'égard de chacun envers la société et, en faisant appel à la notion de Justice, une obligation de s'en acquitter. Ainsi, « l'homme ne pouvant vivre sans la société, dit Bourgeois, il est débiteur envers elle. Il y a dette de l'homme envers ses semblables »¹⁶⁶.

Le principal avantage du solidarisme, aux yeux des tenants de cette théorie, est son caractère purement scientifique. C'est cette qualité majeure qui leur ferait préférer la solidarité à la fraternité. Mais ce caractère scientifique est à remettre en question.

Le point de départ du solidarisme est donc la loi de l'interdépendance : l'homme est un être social et « [son] état naturel n'est pas la liberté, c'est l'interdépendance et la solidarité sociale : il bénéficie des avantages d'une société préconstituée, il a envers ses membres une dette de solidarité »¹⁶⁷.

¹⁶³ M. Borgetto, *op. cit.*, p. 364.

¹⁶⁴ Au nombre desquels Auguste Comte, Charles Secrétan, Charles Renouvier ou Alfred Fouillée. La solidarité sera, de plus en plus, présentée comme une donnée scientifique, censée « correspondre à un fait d'observation » (M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 607, et les notes 2 et 3, p. 395), dégagée du constat dans la Nature de l'interdépendance des membres de la société humaine, par application de la méthode positiviste en sociologie, initiée par Auguste Comte (M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 353.), et par la tendance accrue à transposer dans la pensée politique et sociale les données biologiques et chimiques issues des découvertes récentes réalisées dans le domaine scientifique. V. sur l'évolution et les différentes inspirations de la théorisation de l'idée de solidarité M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 356 et s. ; C. Bouglé, *Notes sur les origines chrétiennes du solidarisme*, *op. cit.*, p. 251, spéc. p. 254 ; et D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment politique ?*, in J. Chevalier, C. Haroche, D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 100.

¹⁶⁵ L. Bourgeois, *Solidarité*, Armand Colin, Paris, 1896, rééd. en 1998 aux Presses universitaires du Septentrion.

¹⁶⁶ D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment politique ?*, *op. cit.*

¹⁶⁷ J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport Cass., 2003, p. 215.

55. À supposer que l'interdépendance soit réellement un fait premier scientifiquement observable, elle ne suffit nullement à fonder ni la dette – non identique d'ailleurs pour tous – envers ses semblables, ni l'obligation de s'en acquitter¹⁶⁸. Il faut un passage nécessaire par nombres de postulats et d'idéaux.

D'une part, il faut passer par certains postulats, à savoir le caractère bénéfique de la solidarité et l'existence de la dette. En effet, le fait de l'interdépendance n'est pas un fait positif en soi, mais simplement neutre ; « c'est une matière d'où la volonté peut, à la rigueur, tirer le mal comme le bien »¹⁶⁹, et « la constatation de l'interdépendance sociale n'impliquerait nullement que celle-ci fût nécessairement bonne pour tous ou que tous fussent nécessairement tenus de la respecter ou de s'y soumettre »¹⁷⁰.

D'autre part, il faut un recours nécessaire à l'idéal et à la morale pour fonder l'obligation de s'acquitter de sa dette. En effet, il faut nécessairement passer par la notion de Justice, pour rendre les hommes tenus de s'acquitter de leur dette envers leurs semblables et la société. À l'affirmation que « [les] hommes seraient moralement solidaires parce qu'ils sont naturellement interdépendants »¹⁷¹ manquerait une étape du raisonnement ; « du fait à la règle, de la constatation au commandement, il n'y a point de passage logique. La nature nous déclare-t-on, a créé les hommes solidaires les uns des autres ; ils doivent donc vouloir la solidarité. Mais pourquoi notre volonté s'astreindrait-elle à suivre docilement la nature ? »¹⁷² Impossible donc de s'affranchir du recours à la conscience et à la morale pour fonder cette obligation de solidarité. « Un fait naturel, par lui-même, ne produirait que d'autres faits. Il ne se transformerait pas en devoir, car le devoir est d'un autre ordre. L'esprit juge la réalité d'après sa "norme" à lui qui est celle de l'Idéal »¹⁷³.

¹⁶⁸ V. sur ce point G. Goyau, *Solidarisme et christianisme*, op. cit., p. 10 : « Tout ce que l'on est et tout ce que l'on possède, disait en substance M. Léon Bourgeois, dans son livre : *Solidarité*, (...) est un don, et doit être donné de nouveau (...). – "Est un don", lui riposta M. Fouillée, voilà, selon nous, la solidarité naturelle ; "doit être donné de nouveau", voilà la solidarité morale ; mais l'une ne découle pas de l'autre, tant qu'on ne fait point intervenir des raisons supérieures »

¹⁶⁹ L. Fleurant, *Sur la solidarité : le fait et ses principales formes, son exacte valeur morale, la solidarité dans l'éducation à la démocratie*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1907, p. 181.

¹⁷⁰ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, op. cit., p. 370.

¹⁷¹ M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, RRJ 2004, n° 4, p. 2153, spéc. p. 2161.

¹⁷² L. Fleurant, op. cit., p. 173.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 174. Ainsi, « Bourgeois aurait commis, en tirant une obligation morale et juridique d'un simple fait d'observation, sinon une confusion totale entre la solidarité-fait et la solidarité-devoir, du

Le solidarisme échoue donc dans sa tentative de se présenter comme une théorie parfaitement scientifique et logique, et préférer la solidarité à la fraternité parce qu'elle reposerait sur un fait scientifiquement observable n'est plus, dans cette optique, satisfaisant.

56. La substitution progressive de la fraternité par le concept de solidarité, constatée à partir du 19^e siècle, conduirait-elle cependant à les considérer comme identiques et interchangeable ? Procédons à la comparaison au niveau conceptuel entre solidarité et fraternité, en examinant les similitudes et les différences.

Section 1 : Similitudes entre concepts de fraternité et de solidarité

57. Solidarité et fraternité paraissent avoir la même nature (§1) et la même fonction (§2).

§1. Même nature

58. La fraternité comme la solidarité sont des principes appartenant d'abord aux domaines de la morale ou de la philosophie puisqu'elles supposent, l'une et l'autre, une certaine vision de la société, des rapports qu'elle entretient avec les individus, ainsi que des rapports entre les individus eux-mêmes. Ces deux concepts sont donc apparus dans la pensée morale, religieuse et philosophique, pour ensuite tenter d'avoir une incidence dans les domaines politique et juridique. De plus, les deux idées comportent une certaine forme d'idéalisme puisque supposent une prise de position initiale quant aux rapports en société, et la qualité dont devraient être dotés ces rapports, ainsi que l'adhésion à certaines valeurs (le Bien pour la fraternité, la Justice pour la solidarité). Sur ce point, la solidarité rejoint totalement la fraternité. Contrairement à ce que soutient la majorité de ceux qui l'invoquaient comme « assise objective et "*scientifique*" -, force est de constater qu'(...) entre l'observation de ce fait (l'interdépendance) et l'affirmation de ce principe (la solidarité) s'intercalèrent à l'évidence un certain nombre d'idées, de représentations ou de croyances qui rendirent ce dernier aussi au moins subjectif (...) que le principe ancien de

moins une erreur et une faute certaines sur le plan de la logique et du raisonnement » (M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français....op. cit.*, p. 370).

fraternité »¹⁷⁴. D'ailleurs, en quelque sorte, fraternité et solidarité comportent toutes deux en elles, le point de départ et l'arrivée, revêtant ainsi une double signification : « la situation (...) [mais] aussi le principe éthico-politique qui fonde précisément ces situations »¹⁷⁵. La fraternité, qu'elle prenne pour point de départ la situation des hommes issue de la paternité commune de Dieu ou de la maternité une de la Nature, traduit en même temps l'idéal auquel les rapports entre individus doivent tendre. De même, la solidarité prenant comme point de départ le constat de la solidarité qui unit les hommes appartenant à une même société, traduit en même temps l'idéal que doivent tenter d'incarner les rapports entre eux.

59. Ensuite, une part de flou, d'imprécision semble inhérente aux deux notions qui ne sont - ou ne devraient pas être - strictement définies ; « elles relèvent l'une et l'autre de l'éthique et de la philosophie politique et ont dès lors un contenu relativement imprécis »¹⁷⁶. Il est important de noter dès à présent que la solidarité, contrairement à ce qui est parfois soutenu, n'est pas en tant que telle plus précise que la fraternité parce qu'elle a été avancée pour la revendication de droits extrêmement divers¹⁷⁷.

60. La nature identique partagée par les deux concepts affecte certes leur mode de fonctionnement juridique. Les deux sont, en effet, des principes éthico-politiques non initialement juridiques, qui ne pourront être directement appliqués par le juge – qui peut cependant en consacrer directement certaines manifestations ou concrétisations –, ou revendiqués par les parties, et leur mise en jeu dépend de la volonté politique donc de la volonté du législateur de les introduire en droit, en les consacrant dans les textes comme principes juridiques directement applicables¹⁷⁸. Les deux concepts, dont la conception de base et celle d'« idéal, [d'] aspiration philosophique ou politique »¹⁷⁹, ne deviennent juridiques que par ricochet en quelque sorte, après un passage obligé par le législateur et la volonté de les consacrer comme

¹⁷⁴ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, op. cit., p. 399.

¹⁷⁵ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, op. cit., p. 11.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹⁷⁷ V. M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, op. cit., p. 399.

¹⁷⁸ En dehors d'une telle volonté, ils ne sont pour le législateur que des principes d'inspiration, des principes « d'action politique », et non des principes juridiques à part entière. V. *infra* n^{os} 139 s.

¹⁷⁹ C. D. Gonthier, *La fraternité comme valeur constitutionnelle. Rapport général*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 715, spéc. p. 718.

tels. La solidarité n'a donc pas en soi une capacité différente que celle de la fraternité, plus effective, de se traduire juridiquement et de s'imposer au législateur¹⁸⁰.

C'est dans un deuxième temps une similitude de fonction qui existe entre solidarité et fraternité.

§2. Même fonction

61. La fraternité comme la solidarité, même si par des parcours de pensée très différents, ont été finalement avancées dans un même objectif : justifier le lien à autrui et fonder une certaine ligne de comportements attachée à ce lien. Elles procèdent toute deux du même désir d'asseoir dans la réalité juridique ce qui relevait de la simple morale ou de la religion, et spécifiquement l'idée d'altruisme. Même si la teneur et l'intensité du rapport qu'elles fondent peuvent sensiblement varier entre les deux, « toutes deux visent cependant à aider et à assister autrui et à créer des liens d'union entre les membres du groupe »¹⁸¹. Elles ont donc la même fonction ; celle de légitimer certaines obligations ou devoirs ayant pour objet l'assistance, l'aide à autrui, et participent du même esprit d'« abdication de l'individualisme et de l'égoïsme et oblige(nt) à travailler avec d'autres (...) »¹⁸².

62. Si une identité de nature et de fonction semble faire coïncider fraternité et solidarité, certaines différences essentielles demeurent, permettant de les distinguer clairement.

Section 2 : Différences entre concepts de fraternité et de solidarité

63. Deux types de différences, l'un conceptuel (§1), l'autre de domaine (§2), nous permettent d'affirmer que solidarité et fraternité ne sont point interchangeables.

§1. Différences conceptuelles

64. C'est d'abord essentiellement au niveau conceptuel, que fraternité et solidarité se distinguent clairement.

¹⁸⁰ Nous reviendrons sur cette question plus particulièrement dans le titre second.

¹⁸¹ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸² J.-L. Baudouin, *Introduction*, in *Droits de la personne : solidarité et bonne foi*, actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, éd. Y. Blais, Québec, 2000, p. 15.

65. Une première différence conceptuelle apparaît dans le fait que la fraternité comporte une dimension intrinsèque affective et sentimentale, que la solidarité ne suppose pas dans son essence¹⁸³, et « elle [postulerait] et [impliquerait] nécessairement, dans son sens dérivé et figuré, [ce] sentiment d’amour et d’amitié envers autrui »¹⁸⁴. Certes la solidarité peut déboucher sur la fraternité si se greffe sur elle une dimension sentimentale lors de sa mise en œuvre¹⁸⁵, mais l’essentiel est que cette dimension ne lui est ni consubstantielle ni indispensable. La solidarité, empruntée au langage juridique puis scientifique, a d’ailleurs été avancée par ses défenseurs en réaction contre l’échec de la fraternité perçue comme un simple sentiment, la rendant subjective et inapte à être un support à des solutions juridiquement efficaces, comme nous avons pu l’exposer plus haut. Elle fait beaucoup plus référence à un système qu’à un sentiment. Pour la solidarité ce n’est pas le sentiment qui l’anime, ou qui fonde d’aller vers autrui, mais le constat scientifique de l’interdépendance entre membres d’un groupe social. D’ailleurs on a pu critiquer la dimension « idéale » ou sentimentale dont a été dotée le concept de solidarité, et pu affirmer : « on l’a gâté (ce mot de solidarité) en y mettant ce qui dans le vocabulaire chrétien est “charité”. (...) Cette solidarité n’implique nécessairement aucune “humanité”, aucune “justice” (...). Sur quoi il (Barrès) propose, lorsqu’on veut désigner des liens d’association marqués affectivement, de parler plutôt d’“affinités” ou, parfois, d’“amitiés” »¹⁸⁶. Nous aurions dit, de « fraternité ».

66. Contrairement à M. Borgetto, le spécialiste de la fraternité, qui considère dans sa comparaison de celle-ci avec l’idée de solidarité, qu’« elles ne diffèrent, en définitive, (...) que par le supplément d’Amour que recèle la fraternité »¹⁸⁷, nous pensons que d’autres différences conceptuelles apparaissent entre les deux notions, différences qui vont s’avérer déterminantes pour notre étude comme nous le verrons.

¹⁸³ V. sur ce point D. Rakotondrabao, *Rapport de synthèse. Le principe de fraternité dans les Constitutions (Définition de la Cour d’arbitrage de Belgique)*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 651, spéc. p. 661 : « La notion de fraternité renvoie à l’idée d’amitié, de partage de sentiments, alors que la solidarité et la justice sociale peuvent être organisées en dehors de toute motivation de type sentimental », et J.-L. Baudouin, *op. cit.*, p. 14 : « La fraternité relève plus du cœur, de l’émotion, de l’élan intuitif ; la solidarité davantage de l’intellect, du calcul et de la raison ».

¹⁸⁴ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 12.

¹⁸⁶ Barrès, cité in G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d’une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 158.

67. Une seconde différence conceptuelle apparaît dans le fait que pour que la solidarité joue, il faut nécessairement un support soit un « système » de relations, d'intérêts interdépendants sur lequel elle puisse s'appliquer. La théorisation de la solidarité s'est faite à partir du constat de cette interdépendance des membres de l'entité sociale ; celle-ci « exige comme condition *sine qua non* une communauté d'intérêts (...). Sont donc solidaires les personnes liées entre elles par la poursuite d'un but commun, qui partagent une vision identique de la réalité et poursuivent à travers un mouvement concerté un objectif commun »¹⁸⁸. D'ailleurs les définitions du mot solidarité témoignent du lien entre celle-ci et l'identité initiale des intérêts¹⁸⁹. La fraternité elle, n'a pas besoin conceptuellement de tel système. Elle joue différemment puisqu'elle se présente comme une « qualité » du rapport entre deux ou plusieurs. Il faut donc certes mais il suffit, pour que la fraternité joue, un rapport donc une altérité, puisqu'on ne peut pas être frère tout seul, mais sans nécessairement une interdépendance de base qui se traduirait par une imbrication des intérêts. La principale conséquence de ceci se vérifiera dans l'appréciation de la relation respective des concepts de fraternité et du solidarisme contractuel¹⁹⁰ avec la notion de prise en compte de l'intérêt d'autrui, autour de la notion d'intérêt commun, et nous aurons d'ailleurs la possibilité de développer cette idée, à cette occasion¹⁹¹.

68. Une troisième différence conceptuelle entre solidarité et fraternité peut être relevée. La solidarité telle qu'elle a été théorisée et mise en œuvre, l'a été par une construction triangulaire : la relation d'interdépendance des membres de la Société fait naître une dette envers cette dernière. Et l'obligation d'entraide qui en découle a

¹⁸⁷ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁸ J.-L. Baudouin, *op. cit.*, p. 14. Alain Supiot évoque clairement cette idée en droit du travail, lorsqu'il affirme qu'entrerait en jeu la « fraternisation entre salariés (...) lorsqu'ils s'unissent sur un simple sentiment de solidarité qui ne correspond à aucune communauté objective d'intérêts » (*La fraternité et la loi*, Dr. Soc. 1990, n°1, p. 118, spéc. p. 124)

¹⁸⁹ V. *Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse*. V° Solidarité : « 1. Rapport existant entre des personnes qui, ayant une communauté d'intérêt, sont liées les unes aux autres (...). 2. Litt. Rapport d'interdépendance entre les choses (...). Sentiment d'un devoir moral envers les autres membres d'un groupe, fondé sur l'identité de situation, d'intérêts ».

¹⁹⁰ V. *infra* nos 119 s.

¹⁹¹ Précision dès à présent, qu'en effet, la fraternité jouera surtout, et de façon non équivoque, toutes les fois où les intérêts des parties contractuelles seront divergents, alors que c'est plus la solidarité qui entre en jeu lorsque les intérêts se rejoignent. Cette différence est primordiale, elle nous permettra d'identifier réellement les hypothèses où une prise en compte pure de l'intérêt du cocontractant,

été organisée via une entité tierce : l'État. C'est l'État, sous l'image d'un État-Providence qui est en dernier lieu responsable de la redistribution juste des ressources entre tous. Seuls sont régis les rapports de l'homme avec l'ensemble du corps social, via l'État, mais le « solidarisme ne nous enseigne rien et ne nous commande rien au sujet des rapports d'homme à homme »¹⁹². La solidarité a été donc conçue en quelque sorte comme une relation verticale d'entraide entre le fort et le faible, maintenant une position de subordination de l'assisté, avec un risque de paternalisme et d'assistanat plus marqué. Elle n'organise pas le rapport directement entre les deux parties (les citoyens en l'occurrence). Contrairement, la fraternité, sans besoin de passer par l'État ou par une entité tierce, s'adresse directement à la qualité du rapport entre les deux ; la fraternité serait conçue beaucoup plus comme un lien horizontal, comme « un lien étroit entre les individus d'une société (...), la solidarité étant définie comme une attitude légale de certains individus devant la société »¹⁹³. D'ailleurs M. Borgetto traduit cette idée en droit public, lorsqu'il note que c'est dans la mouvance d'un « désir de moins d'État » et de « responsabilisation accrue du citoyen »¹⁹⁴, que l'idée de solidarité est en recul aujourd'hui au profit de celle de fraternité. Cette caractéristique conceptuelle de la fraternité nous intéresse au plus haut point en droit privé aussi, puisque nous verrons que c'est elle qui nous permettra de considérer la fraternité comme beaucoup plus adéquate que la solidarité pour fonder les solutions de prise en compte de l'intérêt d'autrui dans le contrat.

C'est ensuite la différence du domaine que couvre chacune des deux notions qui est source de distinction entre les deux.

§2. Différence de domaine

69. La solidarité a été forgée, en droit public, pour fonder les droits sociaux, pour justifier l'octroi de certaines aides financières, « toutes les lois d'aide et de sécurité sociale [étant] fondées sur le postulat que l'ensemble du groupe doit juridiquement assumer les conséquences pécuniaires d'un devoir moral d'entraide et

purgée de la poursuite de l'intérêt personnel, est en jeu. Cette prise en compte pure participe beaucoup plus d'un raisonnement de fraternité.

¹⁹² G. Goyau, *Solidarisme et christianisme*, op. cit., pp 17-18.

¹⁹³ D. Rakotondrabao, *Rapport de synthèse. Le principe de fraternité dans les Constitutions (Définition de la Cour constitutionnelle de Moldavie)*, op. cit., spéc. p. 660.

¹⁹⁴ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, op. cit., p. 586.

de solidarité envers les plus démunis »¹⁹⁵. C'est pourquoi « le concept (...) a été progressivement et quasi-exclusivement associé, (...) à tout ce qui est susceptible de se traduire en forme monétaire »¹⁹⁶. La solidarité a donc été cantonnée au domaine des relations pécuniaires et monétaires, et il semble difficile qu'elle puisse aujourd'hui s'en détacher pour inclure dans son champ d'application d'autres formes de relations.

Au contraire la fraternité, comportant cette « dimension d'amour indispensable à l'acceptation de l'Autre »¹⁹⁷, couvre donc aussi dans son essence la qualité du rapport à l'Autre, en dehors du domaine strictement pécuniaire. Elle a donc un champ d'application plus riche et plus large. Elle refuse toute forme d'exclusion qu'elle soit matérielle ou pas. Elle apparaît ainsi, beaucoup plus compatible pour forger des comportements relevant de la tolérance, de la bienveillance, de l'empathie, de l'acceptation de l'Autre ou de sa prise en compte, à côté de l'entraide matérielle et pécuniaire. Certes la fraternité aussi suppose l'aide à autrui, donc la solidarité¹⁹⁸, mais elle ne saurait s'y réduire. Elle engloberait donc la solidarité qui n'en serait finalement qu'une composante¹⁹⁹. Certaines définitions de la fraternité révèlent d'ailleurs clairement cette inclusion de la solidarité par la fraternité, cette dernière étant définie comme « union intime, solidarité entre les hommes, entre les membres d'une société »²⁰⁰ ou comme « sentiment de solidarité et d'amitié ».²⁰¹

Conclusion du chapitre 1

70. Ainsi, dans cette tentative de déterminer la notion de fraternité en adoptant une approche négative la distinguant de celle voisine de solidarité, nous pouvons conclure que si elles présentent des similitudes quant à la nature et à la fonction de

¹⁹⁵ J.-L. Baudouin, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹⁶ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français..., op. cit.*, p. 596.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 594.

¹⁹⁸ V. sur ce point *Rapport du Conseil constitutionnel français*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 250, spéc. p. 266 : « la fraternité est « inévitablement amenée – dans la mesure où elle implique (...) [l'] aide portée à autrui en cas de besoin (...) – à déboucher sur une forme plus ou moins raffinée de solidarité et de justice sociale ».

¹⁹⁹ La solidarité ne fonde en définitive qu'une partie des comportements que suppose la fraternité, elle devrait donc, pour M. Borgetto « se saisir, en dernière analyse, non pas tant comme une simple variante ou un simple substitut de la fraternité que comme une simple composante de celle-ci » (M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français..., op. cit.*, p. 612).

²⁰⁰ Larousse universel, mot Fraternité, 2 vol., 1922, cité in M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français..., op. cit.*, p. 11.

principes éthico-politiques, vagues, non directement applicables juridiquement, des différences conceptuelles – la fraternité comportant une charge affective sentimentale, et étant une qualité de rapport n’ayant pas besoin comme la solidarité d’un système de relations et de l’intervention de l’état pour être mise en œuvre –, et de domaine – la fraternité couvrant la qualité du rapport à autrui, au-delà du strict domaine pécuniaire – permettent d’affirmer que la fraternité conserve une particularité conceptuelle par rapport à la notion de solidarité.

Dans notre entreprise de recherche d’un fondement à la prise en compte de l’intérêt du cocontractant, tentons maintenant, en déterminant positivement le contenu de la notion de fraternité, de démontrer que la prise en compte de l’intérêt du cocontractant relève du concept de fraternité.

Chapitre 2 : Approche positive : Correspondance du contenu conceptuel de la fraternité aux caractéristiques d’une théorie pure de la prise en compte

71. Il paraît particulièrement difficile de cerner le contenu de la fraternité. Ensuite ce contenu pose des difficultés particulières quant au droit contractuel. Cependant une ébauche de systématisation des principales valeurs ou dynamiques comportementales²⁰² rattachées à la notion, est nécessaire à la poursuite de notre étude²⁰³.

Nous avons déterminé en introduction que dans sa théorie pure, la prise en compte de l’intérêt du cocontractant présente trois caractéristiques : la dimension relationnelle, l’altérité des intérêts et l’altruisme.

Nous révélerons les traits essentiels du contenu du concept de fraternité pour mettre en évidence la correspondance de celui-ci aux caractéristiques d’une théorie pure de la prise en compte de l’intérêt du partenaire. L’étude de ce contenu se fera autour de couples de problématiques, d’abord le rapport entre relation et altérité au

²⁰¹ Institut national de la langue française, *Trésor de la langue française*, éd. C.N.R.S., Paris, 1971-1994, V^o Fraternité.

²⁰² Notons que nous nous contenterons dans cette partie de relever le contenu conceptuel, les principales valeurs ou dynamiques comportementales rattachées à la notion de fraternité, indépendamment de si elles ont ou non été dotées d’une application juridique effective.

sein du concept (Section 1), et ensuite entre altruisme et sacrifice, révélant l'intensité de l'attention devant être portée à l'intérêt d'autrui (Section 2).

Section 1 : Relation et altérité au sein du concept de fraternité

72. Si la fraternité suppose dans son concept une dynamique relationnelle (§1), qui serait donc aussi appelée à jouer entre contractants, l'altérité initiale est aussi consubstantielle à la fraternité, une relation n'étant pas concevable sans cette altérité. En droit contractuel, cette question de l'altérité se traduit spécifiquement par la problématique du rapport entre concept de fraternité et altérité des intérêts (§2).

§1. Dynamique relationnelle

73. Seul le principe de fraternité, parmi les grands principes révolutionnaires, « exprime nos rapports avec autrui (...) ou devrait l'exprimer »²⁰⁴. Le concept, « dont la vocation est de lier »²⁰⁵, se présente, entre les termes du triptyque, comme celui qui ne s'adresse pas uniquement à l'individu, mais à la qualité du rapport²⁰⁶ qui l'unit aux autres²⁰⁷.

²⁰³ Toujours est-il que cette entreprise modeste, démontre en même temps, la non réticence absolue de la notion à être définie, et que si une volonté existe en ce sens, celle-ci est capable de s'y prêter.

²⁰⁴ P. de Saint-Robert, *Et la Fraternité*, Le Monde daté du 17 avril 1982. V. sur ce point égal. A. Supiot, *La fraternité et la loi*, op. cit., spéc. n°1 : « Tandis que la liberté et l'égalité s'adressent aux individus, la fraternité vise au contraire les liens qui les unissent : son objet n'est pas l'individu, mais la communauté. Dans cette trilogie républicaine, elle seule représente l'idée de lien social » ; C. D. Gonthier, *Liberty, Equality, Fraternity : The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity : The Unspoken Third Pillar of Democracy*, McGill Law Journal 2000, vol. 45, p. 567, spéc. pp. 569-570 : « ... fraternity is simply the forgotten element of democracy which, although rarely identified, is nevertheless present throughout our legal system. It is the glue that binds liberty and equality to a civil society. It is intuitive. It is the forging element of a community. It advances goals of fairness and equity, trust and security, and brings an element of compassion and dedication to the goals of liberty and equality. It bonds individuals (...) but also provides a sense of continuity with the past and the future (...) Liberty and equality are, in a way, antithetical to fraternity. Whereas liberty and equality emphasize the rights of the individual, fraternity emphasizes the rights of the community. Whereas liberty protects the right to live free from interference, fraternity advances the goals of commitment and responsibility, of making positive steps in the community ».

²⁰⁵ M. Ozouf, op. cit., p. 158. V. égal. Lacordaire, *51^e Conférence de Notre-Dame* : « De l'homme en tant qu'être social », p. 406, cité in G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 136 : elle s'inscrit parmi les « droits nécessaires à "l'homme en tant qu'être social" (...) pour qu'un sentiment de confiance et d'amour élargisse les liens étroits de l'ordre social ».

²⁰⁶ La fraternité implique un autre genre de comportements que l'aide matérielle. Elle « suppose confiance, respect, estime, [et] tolérance réciproque » (M. Bedjaoui, *La « fraternité », concept moral ou principe juridique ?*. Introduction générale, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 11, spéc. p. 20), et renvoie aux idées d'« affection, [d'] amitié, [de] chaleur d'âme, [d'] enthousiasme de bonté, [de] sacrifice » (L. Fleurant, *Sur la solidarité : le fait et ses principales formes, son exacte valeur*

Dans la morale chrétienne, l'amour, matrice du comportement fraternel, implique ouverture sur l'autre et non discrimination, et englobe même l'ennemi²⁰⁸. La fraternité chez les chrétiens a donc nécessairement un caractère universel, elle ne peut tolérer aucune forme d'exclusion, fût-ce celle de l'ennemi.

Avec la révolution, la dimension unificatrice de la fraternité sera mise en exergue puisqu'elle semble avoir été employée comme « conjuration des menaces de divisions »²⁰⁹. En effet, la fraternité se situe à l'opposé de l'individualité²¹⁰, et participe du dépassement de l'égoïsme²¹¹. La fraternité participe donc de ce comportement de dépassement de soi, de dépassement de l'individualisme pour faire l'espace à l'Autre et prendre en compte son point de vue, son intérêt, sa situation²¹².

morale, la solidarité dans l'éducation à la démocratie, Société française d'imprimerie et de librairie, 1907, p. 245).

²⁰⁷ De là, une certaine difficulté de l'assimilation de cette idée par la Révolution qui « définit des individus autonomes, alors que la fraternité est organiquement liée à la vie de l'unité » (M. Ozouf, *op. cit.*, p. 158). Malgré la contestation de la fraternité avec la révolution, par la montée en flèche de l'individualisme, ainsi qu'à cause des « puissantes racines chrétiennes » (*Ibid.*, p. 160) de celle-ci, elle réussit à demeurer indispensable, dans sa dimension unificatrice, à l'héritage révolutionnaire, pour la lutte contre les divisions que connaît la période révolutionnaire.

²⁰⁸ L'amour de l'ennemi (« Aimez vos ennemis (...) afin d'être vraiment les fils de votre Père qui est dans les cieux », cf. *La Bible de Jérusalem, éd. du Cerf, 1998, V^o Nouveau Testament, Matthieu, 5, 44-45*), commandement important pour les chrétiens, traduit la portée qui se veut sans limites de l'amour. L'amour est ouverture sur tout prochain même l'adversaire ou l'ennemi, ouverture qui élimine donc en les dépassant, les distinctions de races de cultures ou de nations entre les hommes (*La Bible de Jérusalem, éd. du Cerf, 1998, V^o Nouveau Testament, Galates, 3, 28*).

²⁰⁹ La Révolution a eu quelque difficulté à l'assimilation de cette idée, puisqu'elle « définit des individus autonomes, alors que la fraternité est organiquement liée à la vie de l'unité » (M. Ozouf, *op. cit.*, p. 158). Malgré la contestation de la fraternité avec la révolution, par la montée en flèche de l'individualisme, ainsi qu'à cause des « puissantes racines chrétiennes » (*Ibid.*, p. 160) de celle-ci, elle réussit à demeurer indispensable, dans sa dimension unificatrice, à l'héritage révolutionnaire, pour la lutte contre les divisions que connaît la période révolutionnaire. V. M. Ozouf, *op. cit.*, p. 160. V. égal. sur ce point, C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, in J. Chevalier, C. Haroche, D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 11, spéc. p. 13 : « comment, devant le recul de la religion, les progrès d'une raison critique, d'un esprit libre-penseur, préserver néanmoins le lien social ; comment "prévenir la dissolution" d'une société composée d'individus qui bientôt vont devenir "libres et égaux" ». La réponse sera donnée par le rôle joué par la fraternité.

²¹⁰ Il existe en effet « au cœur de l'homme [un] double mouvement, l'un le tirant vers l'individualité, l'autre vers la fraternité » (Michelet, cité in G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 138).

²¹¹ V. sur ce point M. Ozouf, *op. cit.*, p. 174 : « rien ne dit mieux la contestation du moi personnel que cette disposition, qui manifeste l'antécédence de la fraternité sur toute volonté individuelle ».

²¹² V. sur ce point C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, *op. cit.*, p. 11 : « [L]'invocation de la fraternité, la condamnation de l'égoïsme renvoient fondamentalement à la question de l'amour du semblable, et au problème de la compassion (...) cette capacité de souffrir avec autrui, cette sensibilité à la souffrance d'autrui ».

Puisqu'elle assure donc le maintien du lien à autrui, elle ne tolère point la passivité devant une situation de détresse ou d'exclusion²¹³ sous quelque forme que ce soit - notamment sociale ou économique - de ceux qu'elles considèrent comme frères. Sa vocation à maintenir le lien entre la communauté des frères est ainsi mise en avant, et elle apparaît compatible pour forger des comportements qui « manifestent amitié et collaboration »²¹⁴.

La fraternité suppose donc une dynamique relationnelle. Pourtant, la relation n'est pas concevable sans altérité. En droit contractuel, cette question de l'altérité se traduit spécifiquement par la problématique du rapport entre fraternité et altérité des intérêts, donc entre fraternité et intérêt commun.

§2. L'altérité des intérêts

74. Il est commun de voir la fraternité définie comme une œuvre ou une coopération en vue de la réalisation d'un intérêt commun ; le modèle du contrat où opèrerait un tel principe serait donc le contrat de société. Arrêtons-nous sur cette tendance à associer fraternité, *affectio societatis* et intérêt commun (A), avant de nous en démarquer en distinguant intérêt commun et fraternité (B).

A. Fraternité, *affectio societatis*, et intérêt commun

75. La doctrine classique établit un lien entre l'esprit de fraternité et l'*affectio societatis*, lui-même relié à l'intérêt commun.

76. MM. Ripert et Roblot soutiennent en effet que l'*affectio societatis* caractéristique du contrat de société, impose aux associés de « se présenter au contrat non comme des adversaires discutant leurs intérêts, mais comme des collaborateurs, animés d'un esprit de fraternité. On trouve dans un texte romain, et d'ailleurs dans un seul, l'expression de *jus fraternitatis* (*Dig.*, 17, 2, fr. 63, *princ.*), sans doute par

²¹³ M. Borgetto relève fort justement qu'au-delà du concept de solidarité, c'est la fraternité, comportant cette « dimension d'amour indispensable à l'acceptation de l'Autre » (*La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 594) que ne connaît pas la solidarité, qui est invoquée le plus couramment pour « condamner (...) plus particulièrement certaines attitudes de rejet et d'intolérance envers l'Autre », ou que le dernier terme du triptyque révolutionnaire est doté d'une « aptitude toute particulière (...) à lutter contre certaines formes d'intolérance et d'exclusion sociales » (*Ibid.*, p. 637).

²¹⁴ D. Rakotondrabao, *Rapport de synthèse. Le principe de fraternité dans les Constitutions (Définition de la Cour constitutionnelle de Moldavie)*, *op. cit.*, spéc. p. 660. « Inclusion (...), coopération (...), empathie » (*eod. loc. (Définition de la Cour suprême du Canada)*, spéc. p. 663) sont donc au cœur du concept de fraternité, dans son versant relationnel.

souvenir de l'ancien consortium entre frères (Monier, *Droit romain*, 3^e éd., II, n° 136) »²¹⁵.

77. À leur tour, les notions d'*affectio societatis* et de *jus fraternitatis*²¹⁶, sont reliées à celle d'intérêt commun.

En effet cet « esprit de fraternité » devant régner entre associés, est présenté comme un esprit de collaboration²¹⁷, une volonté de travailler en commun. Cependant, et dans un deuxième temps, pour mieux cerner ces concepts, le passage est opéré par les notions d'intérêt commun ou d'objectif commun.

Le contrat de société, ainsi que les contrats-organisation « ne traduisent pas seulement une certaine communion entre parties – l'*affectio societatis*, où l'on peut voir une forme première de bonne foi contractuelle –, mais visent aussi à permettre une mise en œuvre concrète, progressive, des objectifs contractuels (...) Grâce à la notion d'intérêt commun, la jurisprudence a progressivement élaboré une situation contractuelle spécifique, fondée sur la réduction de l'antagonisme entre les parties et la nécessité d'une coopération asservie à la poursuite d'un projet commun »²¹⁸.

C'est donc dans un deuxième temps le concept d'intérêt commun²¹⁹ qui est présenté comme rattaché à celui de fraternité. Relevons par exemple l'affirmation de M. Guyon : « [dès] ses plus lointaines origines, c'est à dire en droit romain, le contrat consensuel de société a fait une large place à l'intérêt commun, c'est-à-dire à une notion voisine de la fraternité (...) On parle encore aujourd'hui de "jus fraternitatis" pour désigner la communauté d'intérêt qui doit toujours et dans tous les cas unir les associés »²²⁰.

²¹⁵ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2, Les sociétés commerciales*, par M. Germain, LGDJ, Paris, 19^e éd., 2009, n° 1056-34, p. 25. V. égal. G. Cornu, *Du sentiment en droit civil*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71, spéc. pp. 73-74 : « Sans doute pourrait-on retenir concrètement, dans l'*affectio societatis*, une intention de se traiter comme des égaux, ou marquer l'esprit de fraternité qui, dans ce *jus fraternitatis*, doit régner entre associés ».

²¹⁶ Définie comme « Expression latine signifiant littéralement droit de fraternité, encore employée pour caractériser certaines relations, principalement les rapports entre associés, comme lien de fraternité, et faire naître l'idée d'une union fraternelle d'intérêts » (G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014, V° Jus fraternitatis).

²¹⁷ Y. Guyon, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, Economica, Paris, 12^e éd., 2003, n° 124, pp. 130-132 : « La théorie classique voyait dans l'"*affectio societatis*" une collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire ».

²¹⁸ R. Libchaber, *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 21, spéc. n° 21 p. 229.

²¹⁹ Th. Hassler, *L'intérêt commun*, RTD com. 1984, p. 581 s.

²²⁰ Y. Guyon, *La fraternité dans le droit des sociétés*, Rev. sociétés 1989, n° 1, p. 439, spéc. n° 4, p. 440. V. égal. G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2, Les sociétés*

Remarquons que c'est aussi la communauté d'intérêt qui est au cœur de la notion de solidarisme contractuel, mais nous y reviendrons²²¹.

L'intérêt commun est une notion centrale en droit. Elle est en lien étroit avec le domaine des intérêts particuliers et privés, mais sa définition demeure difficile à préciser, tellement a-t-elle pu être rapprochée ou confondue avec des notions voisines, telles que l'intérêt général, l'utilité commune²²² ou le bien commun²²³. Elle participe d'une logique refusant la conception exclusivement égoïste de l'intérêt particulier que ce soit sur le plan social²²⁴, ou sur le plan économique²²⁵.

L'essentiel demeure que « le caractère commun de l'intérêt repose soit sur une complémentarité, soit sur une identité, soit enfin sur une certaine convergence des intérêts particuliers »²²⁶. M. Hassler précise cependant que l'intérêt commun n'existe que lorsqu'il y a au moins convergence des intérêts ; « l'intérêt commun apparaît dès lors qu'il existe une *convergence d'intérêts* entre les parties, Le terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne faire plus qu'un ; en réalité, chacun poursuit son intérêt propre, mais il se

commerciales, op. cit., n° 1056-35, p. 26 : « En vérité, la recherche d'un intérêt commun confère à l'acte de société une originalité incontestable. Inspirée des travaux de Duguit et Hauriou, la doctrine civiliste moderne analyse volontiers l'engagement des associés comme un *acte collectif*, qui s'oppose à l'accord d'intérêts antagonistes tel qu'il se rencontre dans le contrat synallagmatique. La société repose sur un concours de déclarations dont l'interdépendance résulte en règle générale, non pas de ce qu'il fait naître des obligations réciproques dont chacune trouve sa cause dans l'existence des autres, mais de ce que les volontés en concours poursuivent une fin commune ».

²²¹ Nous reviendrons plus particulièrement sur la distinction entre les fondements de fraternité et celui de solidarisme contractuel dans le titre 2. La distinction s'établit particulièrement grâce à ce critère de l'altérité des intérêts. V. *infra* n° 127 s.

²²² M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, n° 43, p. 39.

²²³ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.*, n° 44, pp. 39-40.

²²⁴ V. sur ce point E. Durkheim, *Œuvres et lettres*, Gallimard, 1953, p. 1206 : « Il faut toujours préférer les intérêts du tout dont on est partie, à ceux de sa personne en particulier », et M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, n° 73, p. 63 : « L'homme est un animal social. L'homme ne se conçoit juridiquement qu'au sein d'une société organisée qui lui préexiste ».

²²⁵ V. sur ce point M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.*, n° 70, p. 58-59 : « Sur le plan économique, ensuite, le rejet du caractère purement égoïste de l'intérêt particulier préfigure déjà dans la pensée d'A. Smith qui développe sa théorie de la sympathie (...) L'agent économique est motivé par la sympathie d'autrui. Son comportement se fait donc dans un rapport intersubjectif et jamais dans un rapport purement égoïste. Une idée similaire se dégage de l'utilitarisme social de J. S. Mill ».

²²⁶ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.*, n° 41, p. 36.

trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie : *l'intérêt commun c'est la rencontre heureuse de deux égoïsmes* »²²⁷.

L'intérêt commun, convergence des intérêts, a pour fonction « de tempérer les intérêts individuels exclusifs au profit des intérêts des autres consorts. (...) [L]'intérêt commun implique le sacrifice des intérêts individuels lorsque ceux-ci divergent de la communauté d'intérêts »²²⁸. C'est à ce titre qu'il y aurait ainsi, de prime abord, un rapprochement nécessaire à établir avec le concept de fraternité impliquant aussi la limitation des intérêts propres.

78. Le concept de fraternité correspondrait-il ainsi aux concepts d'*affectio societatis*, et de *jus fraternitatis* ? La notion de fraternité serait-elle ainsi consubstantiellement liée, au sein du contrat, à celle d'intérêt commun, l'existence de l'une passant nécessairement par celle de l'autre ? Une tentative contemporaine a d'ailleurs été, pour fonder l'exigence de coopération dans tous les contrats, de généraliser la notion d'*affectio societatis* et donc, du modèle de contrat de société à tous les contrats, en la transposant par la notion d'« *affectio contractus* »²²⁹.

Cette extension de l'intérêt commun à tous les contrats paraît critiquable à plusieurs égards, mais nous y reviendrons²³⁰. Il est surtout nécessaire de distinguer les logiques de l'intérêt commun et de fraternité.

B. Distinction entre communauté d'intérêts et fraternité

79. Une différence de logiques existe entre l'intérêt commun²³¹ et la fraternité. Celle-ci apparaît dans la différence de genre entre la limitation que chacun apporte à

²²⁷ Th. Hassler, *L'intérêt commun*, op. cit., p. 584. V. égal. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, op. cit., n° 124, p. 131 : « Plus récemment le doyen Hamel a vu dans l'*affectio societatis* une *volonté d'union ou une convergence d'intérêts*. Tous les associés ont intérêt à la bonne marche de la société alors que, dans les contrats synallagmatiques, les intérêts de cocontractants sont souvent opposés. Ainsi le vendeur souhaite vendre le plus cher possible, l'acheteur acheter le meilleur marché. Au contraire tous les associés désirent la prospérité de la société et doivent faire preuve d'esprit d'équipe. Comme le prévoit l'art. 1833 du Code civil, la société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

²²⁸ Th. Hassler, *L'intérêt commun*, op. cit., spéc. p. 587.

²²⁹ J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, PUF, Paris, 1986, p. 51, et obs. RTD civ. 1986, p. 101 ; A.-S. Lavefve Laborde, *La pérennité contractuelle*, préface C. Thibierge, LGDJ, Paris, 2005, n°s 498-499 pp. 279-280 : « S'il existe un véritable "esprit d'équipe" au sein d'une société, des auteurs soulignent que cette collaboration active se retrouve également dans les contrats complexes à exécution successive. Ce constat semble alors faire de l'*affectio societatis* un concept particulièrement obscur. Ces propos posent la question de la spécificité de l'*affectio societatis* par rapport au consentement en droit des contrats. (...) L'*affectio societatis* perd ainsi de sa spécificité dans le droit des contrats en général ».

²³⁰ V. *infra* n° 128 s.

l'intérêt personnel (1), ensuite par un rapport inversement proportionnel entre ces deux notions (2).

1. Différence quant à la limitation qualitative et quantitative de l'intérêt personnel

80. Une différence essentielle est à faire entre intérêt commun et fraternité, puisque la limitation de l'intérêt personnel s'y opère de manière distincte.

Relevons une opinion qui nous éclairera à ce titre : l'intérêt commun c'est-à-dire « [la] “convergence d'intérêts particuliers” résulte du fait qu'il existe une situation juridique intéressant personnellement plusieurs individus. Aussi faut-il éviter qu'un seul n'y porte atteinte, dans la mesure où par incidence, il léserait l'intérêt des autres personnes parties à cette situation. Parce que l'intérêt de plusieurs l'emporte sur l'intérêt d'un seul, l'intérêt commun implique une limitation de l'activité individuelle de ses membres (...) En somme parce que l'intérêt commun n'est qu'imbrication d'intérêts étroitement liés, toute action d'une de ses parties suppose la prise en compte de l'intérêt des autres le composant. Il n'est dans cette mesure excipé par le droit positif que pour limiter l'activité de ses membres »²³².

Le sacrifice imposé par la notion d'intérêt commun nous paraît être d'ordre quantitatif : la situation juridique intéressant plusieurs personnes à la fois, il y a une sorte d'entité (l'addition des intérêts) dans laquelle si l'un pioche plus, l'autre aura moins, et c'est ce que l'on cherche à éviter. Par contre, le sacrifice contenu dans le concept de fraternité paraît être d'ordre qualitatif. En effet, le concept de fraternité incite au sacrifice, ou au moins à la limitation de l'intérêt individuel, en dehors de toute addition « quantitative » des intérêts, même lorsqu'il y a divergence de ceux-ci.

²³¹ Il manquerait d'ailleurs à l'*affectio societatis* cette part de sentiment consubstantiellement liée à la fraternité. V. sur ce point G. Cornu, *Du sentiment en droit civil, op. cit.*, spéc. pp. 73-74 : « l'*affectio societatis* ne se distingue pas du consentement au contrat de société, de l'*animus contrahendae societatis* qui n'est pas un sentiment, un mouvement de l'âme. (...) De toute façon, cet élément n'a pas la chaleur d'une fraternité véritable ». *Contra*, sur les liens entre l'*affectio* et la traduction française d'« affection », V. A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle, op. cit.*, n° 500, p. 280-281 : « Le sens du terme *affectio* corrobore à la fois l'idée de subjectivité et d'intersubjectivité. En effet, défini par Cicéron, le terme latin désigne “une modification soudaine de l'esprit ou du corps due à certaines causes comme la joie, le désir, la crainte, le chagrin, la faiblesse et d'autres qui relèvent du même genre”. La traduction française affection propose ainsi deux significations à ce terme. L'une traduit l'état psychique d'une personne, l'autre souligne le sentiment qui attache une personne à une autre. L'*affectio contractus* révèle (281) ainsi outre la subjectivité liée à la présence de chaque partie, l'intersubjectivité liée aux comportements de ces parties les unes à l'égard des autres ».

²³² J. Theron, *De la « communauté d'intérêts »*, RTD civ. 2009, p. 19, spéc. n° 12.

Lorsqu'il y a divergence des intérêts, les intérêts en jeu peuvent ne pas être mathématiquement liés. Malgré cela, la fraternité incite les parties à s'intéresser réciproquement aux intérêts de l'autre.

2. Communauté d'intérêts et fraternité : rapport inversement proportionnel

81. La fraternité opère donc différemment que l'intérêt commun. Elle ne nécessite pas de convergence d'intérêts et maintient avec cette dernière, au contraire, un rapport inversement proportionnel : plus la divergence des intérêts est importante, plus l'esprit de fraternité et la dynamique de dépassement de l'intérêt personnel sera intense²³³, et inversement, plus ces intérêts se rapprochent ou fusionnent, moins il sera fait appel à cette dynamique. Peut-être que la fraternité engendrerait comme résultat une réduction de ce degré d'altérité, mais toujours est-il qu'elle se révèle dans sa dimension d'altruisme plus le degré d'altérité de base est important²³⁴.

Justement c'est donc le critère de l'altérité des intérêts, consubstantiel au principe de fraternité, qui distingue celui-ci des notions d'*affectio societatis*, de *jus fraternitatis*, et de la doctrine du solidarisme, toutes fondées sur la notion d'intérêt commun.

82. Arrêtons-nous un moment sur l'exemple du droit du travail qui nous aidera à cerner cette idée encore plus. Alain Supiot²³⁵ montre clairement, lorsqu'il compare en droit du travail fraternité et solidarité, le rapport de ces notions avec celle d'intérêt commun.

Pour lui, la solidarité joue lorsque les personnes sont liées entre elles par la poursuite d'un but commun. Contrairement, « la fraternité relève d'une socialisation de type traditionnel et affectif – fondée sur le sentiment subjectif d'appartenance à une même communauté (*Vergemeinschaftung*) – et non pas d'une socialisation de

²³³ Dans ce sens la fraternité « ce lien ténu, à très forte dose d'altérité, est aussi celui qui peut devenir le plus fort » (A. Sériaux, *Le droit. Une introduction*, Éditions Ellipses, Paris, 1997, n° 29, p. 22).

²³⁴ Le degré d'altérité a certes une incidence sur le rapport juridique, notamment sur l'idée de justice ou sur les exigences d'altruisme, ou de bienveillance. Mais si pour certains « le droit semble donc admettre que le phénomène communautaire accroît les exigences de bienveillance réciproque qu'Aristote donnait comme un des sens de l'amitié (...) [et si les] considérations morales paraissent pénétrer le droit plus facilement lorsque le rapport d'altérité est moindre » (Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, 2000, n°s 243-244, pp. 212-213), nous pensons qu'en ce qui concerne la morale particulière de la fraternité, les choses se passent différemment. En effet il est plus aisé pour la fraternité de se révéler dans un comportement s'accompagnant d'un fort degré d'altérité entre les parties.

²³⁵ A. Supiot, *La fraternité et la loi*, Dr. Soc. 1990, n°1, p. 118, spéc. p. 122.

type rationnel et objectif – fondée sur un compromis, ou une coordination d'intérêts motivée rationnellement (Vergesellschaftung) »²³⁶.

Lier les intérêts, montrer les liens objectifs entre intérêts, ou renforcer « la notion d'intérêt de l'entreprise (...) intérêt supérieur aux intérêts individuels de ses membres »²³⁷ ; toutes ces dynamiques ne peuvent être considérées comme des dynamiques de fraternité, parce qu'elles demeurent focalisées sur l'intérêt personnel mais avec une lumière particulière mise sur sa combinaison avec l'intérêt d'autrui, ou avec un intérêt collectif supérieur. D'ailleurs elles ne peuvent être compatibles avec une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, purgée de la poursuite essentielle de l'intérêt personnel.

83. Nous avons relevé quelques critères possibles de l'intérêt commun : l'identité, la complémentarité, ou la convergence des intérêts particuliers.

Lorsqu'il y a identité des intérêts, nous pouvons conclure que l'intensité de la fraternité sera la moins grande. Lorsque les intérêts sont complémentaires ou convergents, leur différence est plus marquée, et l'intensité de la fraternité sera d'autant plus grande toutes les fois où l'attention à l'intérêt d'autrui est plus importante que celle portée à l'intérêt individuel. En effet, par exemple, la fraternité est parfois entendue par ricochet ; aider les autres pour se protéger soi-même²³⁸. Ici il

²³⁶ *Ibid.* spéc. p. 120. Il est encore plus clair, lorsqu'il évoque les outils d'harmonisation des intérêts divergents entre patrons et salariés, notamment « le concept de participation et d'intéressement [qui] procède du même souci pédagogique (...) de montrer les liens objectifs qui unissent employeurs et salariés. Ici encore l'idée de partage ne découle pas d'une relation de fraternité, mais d'un rapprochement des intérêts » (A. Supiot, *eod. loc.*, spéc. p. 123), ou quand il évoque comme considérées illicites en droit du travail, les grèves reposant « sur un pur lien de fraternité, exempt de toute idée d'intérêt personnel des grévistes » (A. Supiot, *eod. loc.* p. 124-125). Ce type de socialisation reliée à l'idée de fraternité est d'ailleurs responsable de la voir cantonnée par certains aux cercles familiaux, et totalement exclue des rapports économiques ; même en reconnaissant que la fraternité n'est pas étrangère aux rapports humains elle est pourtant confinée à « [déployer] habituellement ses effets au sein de (...) la "sociabilité primaire" » (Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mélanges Paul Didier, *Économica*, 2008, p. 247, spéc. p. 253). Or le contrat est un instrument de « sociabilité secondaire » (M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, RRJ 2004, n° 4, p. 2153, spéc. p. 2176 et s.) reliant des personnes n'ayant aucun lien personnel entre elles. Elle « suppose une affection qui n'est pas de mise dans les échanges économiques entre personnes qui n'appartiennent pas à la même famille » (J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 99, spéc. p. 121). Le marché est dans cette optique « radicalement étranger à toute forme de fraternisation » (Max Weber, *Économie et société*, Tome I, Plon, Paris, 1971, p. 634).

²³⁷ A. Supiot, *La fraternité et la loi*, *op. cit.*, spéc. p. 122.

²³⁸ V. par ex. M. Bedjaoui, *La « fraternité », concept moral ou principe juridique ?*. Introduction générale, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 11, spéc. p. 21 : « Le Plan Marshall des

y a une attention portée à l'intérêt d'autrui mais qui éventuellement assurera la sauvegarde de l'intérêt personnel. Ces deux logiques ne sont pas exclusives l'une de l'autre, mais la mesure de la fraternité sera plus grande si l'attention à l'intérêt d'autrui, complémentaire ou convergent, est plus importante que celle portée à l'intérêt individuel.

Une deuxième problématique se pose quant au contenu du concept de fraternité en lien avec la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Si la fraternité suppose nécessairement l'altruisme, ce dernier suppose-t-il le sacrifice de l'intérêt personnel, rendant celle-ci impossible au sein du contrat, et l'excluant comme support conceptuel possible de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant ?

Section 2 : Altruisme et intensité de l'attention portée à l'intérêt d'autrui

84. La prise en compte est-elle suffisante à caractériser la fraternité ?

La fraternité suppose certes l'altruisme (§1). Cependant cet altruisme suppose-t-il nécessairement le sacrifice de l'intérêt personnel ? Une réponse affirmative conduirait à conclure à l'impossibilité de toute forme de fraternité ou dans le contrat, et à l'exclure comme fondement à la prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel. Or, le sacrifice n'étant pas consubstantiel au désintéressement, la simple prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel, est suffisante à caractériser le concept de fraternité (§2).

§1. Dimension altruiste

85. La fraternité comporte une dimension altruiste²³⁹, et se place à l'opposé de l'égoïsme et de l'individualisme.

Américains, offert à l'Europe dévastée après la seconde guerre mondiale, c'était la solidarité ou la fraternité entendues au deuxième degré, pour se protéger soi-même en secourant les autres ».

²³⁹ Le terme de fraternité a été tout au long de son histoire, en étroite lien avec une série d'autres termes s'en rapprochant, « "amour", "charité" du côté chrétien, "entraide", "assistance", "philanthropie" sur le versant laïque. Le mouvement des idées sociales et politiques a ouvert à "solidarité" et "participation" » (G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 143). Toutes ces idées introduisent la dimension altruiste de la fraternité. Générosité et don (M. Bedjaoui, *La « fraternité », concept moral ou principe juridique ?*, *op. cit.*, spéc. pp. 20-21), partage (A. Supiot, *La fraternité et la loi*, *op. cit.*, spéc. p. 119), meilleure répartition des richesses, « justice, de solidarité et de réciprocité » (M. Bedjaoui, *eod. loc.*, spéc. p. 21), protection des plus faibles (V. C. Renouvier, *Manuel républicain de l'homme et du citoyen (1848)*, éd. Garnier frères, Paris, 1981, pp. 153-154) sont toutes des notions qui ont été rattachées au contenu de la fraternité.

La première valeur ou le premier comportement qu'implique donc la fraternité se trouve dans l'aide et l'assistance à autrui, la solidarité²⁴⁰.

Déjà, chez les chrétiens, la fraternité commande un comportement : l'amour²⁴¹, que l'on retrouve dans le double commandement de l'amour du prochain²⁴², et de celui de l'ennemi²⁴³.

Avec la révolution, le renouveau²⁴⁴ sera l'emploi de l'idée de fraternité pour fonder en droit l'intervention de l'État dans la mise en œuvre d'une politique d'aide et d'assistance, c'est-à-dire une politique de solidarité²⁴⁵.

La fraternité s'exprime donc en premier devant le frère qui se trouve en situation de besoin. Elle comporte une dynamique de « générosité ou gratuité c'est à dire à la limite le don sans mesure et sans espoir de retour »²⁴⁶. La fraternité

²⁴⁰ Rappelons que nous considérerons la solidarité comme distincte de la fraternité, mais surtout comme une composante de cette dernière.

²⁴¹ La fraternité originelle, qui découle de la paternité de Dieu, sera en même temps pour le chrétien une fraternité à édifier et à réaliser sur Terre par la voie de l'amour, en imitant l'amour de Dieu concrètement (V. sur ce caractère concret H. Küng, *Être Chrétien*, éd. du Seuil, 1978, pp. 289-290 : « L'amour des hommes reste une idée trop générale. (...) Il (Jésus) exige un amour pratique et donc concret. (...) L'amour ne signifie pas seulement l'amour des hommes, mais essentiellement l'amour du prochain (...) l'amour très concret de ceux qui nous sont proches et très proches »). La fraternité entre tous les hommes se réalise donc, pour le chrétien, par la voie de l'amour ; « c'est en aimant que les hommes se montreront fils et filles de ce père et, d'ennemis, deviendront frères et sœurs » (H. Küng, *eod. loc.*, p. 294).

²⁴² L'amour du prochain, dont la mesure est le « comme toi-même » (« Tu aimeras ton prochain comme toi-même », cf. *La Bible de Jérusalem*, éd. du Cerf, 1998, V^o Nouveau Testament, Marc, 12, 29-31) ; où « il s'agit, en effet, d'adopter le point de vue de l'autre, de donner à autrui précisément ce que nous estimons nous être dû, de traiter autrui comme nous souhaitons être traités par lui » (H. Küng, *op. cit.*, p. 290).

²⁴³ L'amour de l'ennemi traduirait aussi la nature de l'amour véritable caractérisé par le renoncement et la gratuité qui « ne spéculé pas sur un amour en retour, [qui] n'escompte pas un rendu pour un donné, [qui] n'attend pas de récompense » (H. Küng, *op. cit.*, p. 294). V. égal. p. 298 : « aimer c'est renoncer. (...) Le renoncement spontané et sans contrepartie (...) signifie concrètement : renoncer à mes droits au profit d'autrui ».

²⁴⁴ La fraternité dans le dogme chrétien et particulièrement dans les commentaires qui en seront donnés au 18^e siècle, affectera certes la conception révolutionnaire de la fraternité dans sa composante d'aide et d'assistance à autrui, qui sera également posée dans une logique de dette et de droit, mais les deux acceptions du concept sont loin d'être identiques.

²⁴⁵ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 341 : « cette idée (la fraternité) constitua en 1789-1793 puis en 1848, l'affirmation première ou le principe direct qui permit de fonder en droit l'intervention de l'État dans un certain nombre de domaines, notamment le domaine social (...) ». La nouveauté sera donc dans le transfert opéré de cette charge, de la sphère privée (obligation privée d'ordre religieux ou moral) à la sphère publique (obligation, rôle de l'État).

²⁴⁶ J. Lacroix, *Les sentiments et la vie morale*, PUF, Paris, 1965, p. 35. V. égal. le propos de M. Bedjaoui qui estime qu'elle implique un comportement de « l'homme [libre] de son égoïsme et qui [nourrit] son esprit de partage » (*La « fraternité », concept moral ou principe juridique ?*, *op. cit.*, spéc. p. 14).

« consiste pour l'essentiel à "vouloir le bien d'autrui" – altruisme qui s'oppose à la convoitise (...) moteur de l'ordre marchand »²⁴⁷.

Mais quelle pourrait être la définition de l'altruisme au sein du contrat?

Distinguons d'abord entre altruisme et notions de gratuité et d'intention libérale (A), avant de définir celui-ci autour de l'intérêt (B).

A. Distinction entre altruisme et notions de gratuité et d'intention libérale

86. Le Code civil ignore l'altruisme²⁴⁸, mais traite des contrats de « bienfaisance ». Les contrats de bienfaisance sont les contrats à titre gratuit²⁴⁹. Ils sont plus particulièrement une « sous-catégorie au sein des contrats gratuits »²⁵⁰.

La bienfaisance au sens propre, donc l'altruisme, se résume-t-elle à la gratuité²⁵¹ ou à l'intention libérale ? La réponse doit être négative.

87. Un auteur, considère que la gratuité suppose un élément psychologique, l'intention libérale, qu'il identifie à l'altruisme et au désintéressement²⁵².

Nous pensons en revanche que celle-ci, difficile à définir²⁵³, est un élément neutre et objectif, qui peut être présenté comme l'absence de contrepartie. Elle est à différencier de la bienfaisance, car elle ne dit rien de la motivation de la personne qui en est l'auteur. Il serait donc préférable de se débarrasser de l'appellation²⁵⁴ de contrats de « bienfaisance », de ce raccourci établi par le Code civil qui induit en

²⁴⁷ J. Chevallier et D. Cochart-Coste, *Présentation*, in J. Chevalier, C. Haroche, D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 5, spéc. p. 7.

²⁴⁸ V. sur la question, X. Martin, *L'insensibilité des auteurs du code civil à l'altruisme*, Rev. hist. dr. fr. et étranger 1982, p. 589.

²⁴⁹ V. art 1105 C. civ. : « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ».

²⁵⁰ C. Alleaume, *Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ?*, LPA 28 nov. 2012, p. 21, spéc. n° 10. V. sur la question L. Boyer, Rép. civ. Dalloz, V° Contrats et conventions, spéc. n° 71 : « Parmi les contrats à titre gratuit, il faut distinguer d'une part ceux qui impliquent l'appauvrissement du patrimoine d'une des parties : *donations* et *institutions contractuelles* ; d'autre part ceux dont ne procède aucun transfert de valeurs mais seulement un service rendu gratuitement ; ce sont les *contrats de bienfaisance* ou *contrats désintéressés* : ainsi le *commodat* ou la *prestation gratuite de travail* ».

²⁵¹ V. sur la question C. Alleaume, *Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ?*, *op. cit.*, et C. Bénos, *L'altruisme dans le contrat de prêt à usage*, D. 2013, p. 2358.

²⁵² C. Alleaume, *Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ?*, *op. cit.*, spéc. n°s 14-15.

²⁵³ V. L. Boyer, Rép. civ. Dalloz, V° Contrats et conventions, spéc. n°s 70 s.

²⁵⁴ C'est d'ailleurs dans ce sens que semble se diriger l'Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013. Puisque son article 5 consacré à la définition du contrat à titre onéreux et à titre gratuit dispose que le contrat « est à titre gratuit [et non de bienfaisance] lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie ».

erreur²⁵⁵.

Si la gratuité peut être un élément de preuve de l'altruisme ou de la bienfaisance, elle ne suffit pas à les caractériser. La gratuité, donc l'absence de contrepartie, peut en effet « être due à un mobile non altruiste »²⁵⁶, ou à une erreur²⁵⁷. Dans le contexte des affaires, elle « peut être utilisée comme un appât commercial par un professionnel »²⁵⁸.

Au contraire, le contrat à titre onéreux peut avoir un caractère altruiste²⁵⁹.

D'ailleurs, et plus généralement toute gratuité peut être considérée comme motivée par un intérêt, celui de la réciprocité ; « même dans un cadre familial, l'auteur de l'acte gratuit attend souvent une contrepartie morale »²⁶⁰. Ceci renvoie à la négation du don pur²⁶¹.

Il nous importe à ce stade simplement, de différencier la gratuité de l'altruisme, « la simple absence de contrepartie de la volonté de rendre service à autrui sans rien attendre en retour »²⁶², et de marquer l'insuffisance de la gratuité à

²⁵⁵ Dans ce sens, C. Bénos, *L'altruisme dans le contrat de prêt à usage*, *op. cit.*: « Cette dénomination de la catégorie des contrats purement gratuits est quelque peu trompeuse en ce sens qu'est utilisé un vocable représentant un jugement de valeur à propos d'un comportement. Or le critère servant à définir le contrat, que l'on appelle de bienfaisance, est seulement celui de la gratuité ».

²⁵⁶ L. Boyer, *Rép. civ. Dalloz*, V° Contrats et conventions, spéc. n° 70.

²⁵⁷ Pour qualifier un contrat de bienfaisance, « il ne suffit pas qu'en fait il y ait absence de contrepartie ce qui pourrait n'être dû qu'à une erreur. Il faut que ce déséquilibre ait été voulu » (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, Paris, 15^e éd., 2012, n° 85, spéc. p. 73).

²⁵⁸ C. Bénos, *L'altruisme dans le contrat de prêt à usage*, *op. cit.* Dans le contexte des affaires, « la notion de gratuité revêt une spécificité (...) car elle s'inscrit dans une politique d'enrichissement, l'intérêt étant immédiat ou différé. Au regard de cette onérosité secrète, on peut parler de gratuité économique, ou de mercantilisme des actes à titre gratuit. La seule volonté de bénéficier de répercussions économiques positives suffit d'ailleurs pour considérer que la gratuité est intéressée » (B. Lecourt, *La gratuité et le droit des affaires*, *RTD com.* 2012, p. 455).

²⁵⁹ V. sur ce point L. Boyer, *Rép. civ. Dalloz*, V° Contrats et conventions, spéc. n° 75.

²⁶⁰ B. Lecourt, *La gratuité et le droit des affaires*, *op. cit.*

²⁶¹ V. sur ce point C. Bénos, *L'altruisme dans le contrat de prêt à usage*, *op. cit.*: « La biologie (R. Trivers, *Natural selection and social theory : selected papers of Robert Trivers*, Oxford University Press, 2002) et la philosophie ont décrit une sorte d'altruisme intéressé, dénommé altruisme réciproque ou altruisme évolutionnaire. Selon ces théories, l'observation du comportement animal permet de décrire un comportement altruiste qui trouve toujours une réciprocité, que celle-ci fasse interagir deux individus ou plusieurs en cas de réciprocité indirecte. La philosophe Christine Clavier (*L'éthique évolutionniste : de l'altruisme biologique à la morale*, th. réalisée en cotutelle aux Institut de philosophie, Faculté des lettres et sciences humaines, Université de Neuchâtel et Institut d'histoire et de philosophie des sciences et des techniques, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, soutenue le 11 janv. 2008. V. égal. C. Clavier et C. El-Bez, *Morale et évolution biologique. Entre déterminisme et liberté*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2007, spéc. p. 36) a transposé cette observation aux sociétés humaines, dans lesquelles on retrouve cette même forme de coopération. L'acte initial est gratuit, c'est-à-dire non conditionné par un paiement, y compris en nature. Mais si la réciprocité n'apparaît pas dans l'engagement pris isolément, on la retrouve dans la relation plus globale entre les individus. Et il ne faut pas considérer que cette entraide est suspecte ».

²⁶² C. Bénos, *L'altruisme dans le contrat de prêt à usage*, *op. cit.*

caractériser l'altruisme. L'altruisme suppose un désintéressement, qui passe souvent par la gratuité, mais un désintéressement qui n'est pas nécessairement un sacrifice absolu ou un don pur²⁶³, mais nous y reviendrons.

88. De même, l'intention libérale²⁶⁴ est à distinguer de l'altruisme. Cependant, cette dernière affirmation suscite débat, certains soutenant une thèse subjective où la qualification de l'intention libérale nécessite le désintéressement²⁶⁵. Mais, la jurisprudence a tranché en faveur de l'exclusion de tout effet du mobile sur la qualification de l'intention libérale²⁶⁶.

Ni la gratuité, ni l'intention libérale ne sont suffisantes à caractériser l'altruisme. L'altruisme ne se confond donc pas avec ces deux dernières notions.

Celui-ci peut donc se retrouver dans le contrat classique synallagmatique et onéreux. C'est ce qui est également confirmé par la possibilité de définir l'altruisme autour de la notion d'intérêt.

B. Définition de l'altruisme autour de la notion d'intérêt

89. Rechercher l'altruisme au sein du contrat amène un refus catégorique de certains, le contrat étant principalement un outil au service de l'intérêt privé. L'altruisme est perçu par un vaste courant comme une notion floue et imprécise, qui n'aurait même aucune emprise sur la réalité, en particularité sur la réalité juridique. L'imprécision de la notion est donc un obstacle. Est-ce seulement un vague sentiment de moralité, de philanthropie, de bienfaisance ?

90. L'altruisme est une notion consubstantielle à toute société²⁶⁷, et selon « sa définition la plus courante, l'altruisme est ce comportement, teinté de dévotion, qui

²⁶³ Il y aurait d'ailleurs des degrés d'altruisme, « ordinaire », « tempéré », ou « sublimé ». V. sur ce point Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V^o Gestion d'affaires, spéc. n^{os} 12 s., 16 s., et 18 s.

²⁶⁴ Sur la finalité quelque peu équivoque de l'intention libérale, V. H. Bartleby, *Libérales intentions...*, Defrénois 2011, art. 40141, p. 1077.

²⁶⁵ V. sur ce point M. Grimaldi, *Le mobile est indifférent à l'existence de l'intention libérale*, RTD civ. 2011, p. 162 : « Suivant une thèse dite objective, l'intention libérale suppose simplement la conscience et la volonté de s'appauvrir (ou, pour le legs, d'appauvrir ses héritiers) : on ne va pas plus loin, on ne s'interroge pas sur les raisons de ce sacrifice voulu. Suivant la thèse dite subjective, l'intention libérale suppose que le sacrifice soit en outre désintéressé, c'est-à-dire consenti par pur altruisme : on recherche donc les mobiles du disposant et l'on exclut toute intention libérale de sa part si l'on découvre qu'il a poursuivi un intérêt matériel ou même purement moral ».

²⁶⁶ V. Cass civ. 1^{re}, 30 sept. 2009, n^o 08-17.919, Bull. civ. I, n^o 200 ; D. 2009, p. 2490 ; AJ famille 2009, p. 460, obs. F. Bicheron.

²⁶⁷ Selon Durkheim, il « n'est pas destiné à devenir ... une sorte d'ornement agréable à notre vie sociale ; mais il en sera toujours la base fondamentale. Comment, en effet, pourrions-nous jamais

pousse à agir pour le bien d'autrui en suivant une démarche désintéressée »²⁶⁸. Il est parfois réduit à un sentiment, rendant inopérant le concept en droit, ce dernier ne se souciant guère de la motivation derrière les actes juridiques²⁶⁹, restant à l'écart du for intérieur. Tout au plus, serait-il « conçu comme une source, sinon d'exonération, du moins d'allègement de la responsabilité »²⁷⁰.

Sans qu'il ne soit lieu de retracer le cheminement de ces idées d'altruisme et d'égoïsme dans l'histoire de la pensée, évoquons simplement le tiraillement de l'homme entre ces deux dynamiques opposées, relevé par certains auteurs tels Rousseau²⁷¹, ou Smith²⁷².

91. L'acte égoïste, traditionnellement visé comme le moteur du contrat, est celui « visant l'intérêt de celui qui l'accomplit »²⁷³. Il est « attachement excessif porté à soi-même et à ce que l'on fait à ses intérêts, au mépris des intérêts des autres »²⁷⁴. À l'opposé, l'altruisme avec sa racine latine « alter » qui veut dire « autre », est défini

nous en passer ? Les hommes ne peuvent vivre ensemble sans s'entendre et, par conséquent, sans se faire des sacrifices mutuels, sans se lier aux autres de manière forte et durable. Toute société est une société morale » (*De la division du travail social*, Quadrige/PUF, Paris, 7^e éd., 2007, p. 207).

²⁶⁸ C. Bénos, *L'altruisme dans le contrat de prêt à usage*, *op. cit.*

²⁶⁹ V. sur ce point par ex., G. Cornu, *Du sentiment en droit civil*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71 : « le sentiment n'est pas un élément constitutif de l'acte juridique » ; et C. Bénos, *L'altruisme dans le contrat de prêt à usage*, *op. cit.* : « Peu importe pour le droit que l'acte juridique soit la manifestation des bons sentiments d'un contractant à l'égard de l'autre ou d'un comportement altruiste ».

²⁷⁰ P. Puig, *Rapport de synthèse. Dossier Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ?*, LPA 28 nov. 2012, p. 56.

²⁷¹ Celui-ci « croit apercevoir deux principes, antérieurs à la raison, dont l'un nous intéresse ardemment à notre bien être et à la conservation de nous-mêmes, et l'autre nous inspire une répugnance naturelle à voir périr ou souffrir ... nos semblables » (Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, 1971 (1754), p. 153, cité in C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, in J. Chevalier, C. Haroche, D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 11, spéc. p. 19).

²⁷² Celui-ci « évoque l'existence de deux principes en tout homme : l'amour de soi et un principe d'intérêt pour autrui (...) principes inscrits dans la nature de l'homme, (...) qui font que l'homme est tourné vers le bien d'autrui et le bien commun » (A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, Guillaumin, Paris, 1860, p. 1, cité in C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, *op. cit.*, spéc. p. 18). Dans le même sens, M. Bedjaoui, *La « fraternité », concept moral ou principe juridique ?*, *op. cit.*, spéc. p. 21 : « deux exigences (...) contradictoires animent le rythme du monde contemporain. D'un côté rien n'échappe à la loi toute puissante de l'intérêt, à laquelle tous doivent se plier et devenir des 'calculateurs' impénitents. De l'autre, tout doit être entrepris pour échapper à cette loi et accéder à cette pleine générosité, à ce don pur et entier, que l'éthique de fraternité nous enjoint de rechercher ».

²⁷³ É. Durkheim, *L'éducation morale*, PUF, Paris, 1963 (1^e éd. 1934, Cours de Sciences de l'Éducation faits à la Sorbonne en 1902-1903), cité in D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment politique ?*, in J. Chevalier, C. Haroche, D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 100, spéc. p. 106.

²⁷⁴ *Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse*, V^o Égoïsme.

comme le « souci désintéressé du bien d'autrui »²⁷⁵, les actes altruistes étant ceux accomplis au-delà « de la poursuite des intérêts individuels »²⁷⁶. La notion d'« intérêt », qu'elle soit l'intérêt propre du sujet ou celle d'autrui, est donc au cœur des notions d'égoïsme et d'altruisme.

Nous avons évoqué en introduction la dimension relationnelle de l'intérêt, celle-ci ne relevant pas exclusivement du registre de l'égoïsme. Nous l'avons aussi déterminé comme « ce qui importe ou est utile ».

L'altruisme, notion essentielle au cœur de la fraternité, pourrait ainsi être défini autour de celle d'intérêt : il serait une double dynamique d'intérêt, d'une part d'*attention* à l'intérêt de l'autre, à ce qui lui est important, utile ou avantageux, et d'autre part de désintéressement, c'est à dire de *dépassement* de l'intérêt personnel, de ce qui est important, utile ou avantageux pour soi-même.

§2. Intensité de l'attention portée à l'intérêt du cocontractant

92. « L'altruisme induit une idée de générosité et de désintéressement. Il s'écarte à ce titre de l'idée de respect d'autrui qui peut fort bien se développer en présence d'une recherche d'intérêt personnel et de profit »²⁷⁷. Cette affirmation de Stéphane Darmaisin impliquerait que le désintéressement et la générosité ne pourrait coexister avec la recherche de l'intérêt personnel et de profit, et c'est pourquoi il refuse de confondre le respect d'autrui avec l'altruisme. Ceci est-il vrai ? Si une réponse affirmative s'impose, il faudrait alors conclure à l'impossibilité de toute forme de fraternité ou d'altruisme dans le contrat qui demeure l'outil principal de la recherche de l'intérêt personnel. De manière conséquente, la fraternité serait exclue comme fondement de la prise en compte qui nous intéresse.

L'étude de la proportion ou de la mesure entre attention à autrui et dépassement de soi, nous permettra d'exclure la notion de « sacrifice » de l'intérêt

²⁷⁵ *Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse*, V° Altruisme.

²⁷⁶ D. Rakotondrabao, *Rapport de synthèse. Le principe de fraternité dans les Constitutions (Définition de la Cour suprême du Canada)*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 651, spéc. p. 663. Nous avons relevé que le don, la gratuité, le dévouement sont inhérents aux notions de fraternité et d'altruisme. Or les « gestes (...) altruistes et désintéressés (sont ceux) sans véritable espoir de retour ou de rétribution autre que morale pour celui qui pose le geste » (J.-L. Baudoin, *Introduction*, in *Droits de la personne : solidarité et bonne foi, actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, éd. Y. Blais, Québec, 2000, p. 14) et « [l']homme capable de dévouement est désintéressé, il ne demande jamais rien, il est toujours prêt à donner sans rien exiger en retour. Le dévouement consiste à supporter longtemps des maux qui ne profitent qu'à autrui » (M. Block, *Dictionnaire général de politique*, éd. O Lorenz, 1873-1874, V° Dévouement).

²⁷⁷ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, note 105, p. 30.

personnel (A), et de parler de celle plus modeste et suffisante de « prise en compte de l'intérêt du cocontractant » (B).

A. Sacrifice non consubstantiel à la fraternité

93. La question se posant à ce stade est : le sacrifice est-il consubstantiel à un comportement fraternel, rendant la simple prise en compte de l'intérêt d'autrui insuffisante à caractériser la fraternité ?

« Comment concilier le souci de conservation de soi avec la compassion, l'amour de soi avec l'amour du semblable »²⁷⁸ ? Deux distinctions apparaissent comme fondamentales à ce stade, et nous aiderons à faire la lumière sur le rapport entre ces deux ordres d'idées.

94. D'abord le désintéressement n'est pas le sacrifice²⁷⁹.

« L'élément fondamental de l'amour est le désintéressement, c'est à dire l'affirmation de la valeur absolue de celui que l'on aime »²⁸⁰. Le sacrifice lui, est certes aussi lié à la dynamique fraternelle, mais il n'en est pas une condition *sine qua non*²⁸¹. Il ne s'impose que dans certain cas²⁸². Ainsi, la « fraternité est moins

²⁷⁸ C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, *op. cit.*, spéc. p. 13.

²⁷⁹ Sur la solidarité et le sacrifice, V. P.-Y. Gauthier, *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, RTD civ. 1995, p. 797, spéc. n° 68 : « la solidarité contractuelle et patrimoniale ne saurait raisonnablement conduire à étouffer tout plaisir et réalisation des intérêts de l'individu. Grâce en soit rendue au Tout-Puissant, la vie ne nous a pas été donnée seulement pour souffrir, en droit, pas plus qu'ailleurs ». *Contra*, M. David, *La solidarité comme contrat et comme éthique*, in Institut international d'études sociales (Genève), éd. Berger-Levrault, Paris, 1982, p. 18, spéc. pp. 24-25, cité in A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 17, n° 25 : « la solidarité pour mériter son nom, comporte un réel sacrifice de la part de l'individu ».

²⁸⁰ J. Lacroix, *op. cit.*, p. 44.

²⁸¹ Même chez les chrétiens, considérés comme ayant une conception très exigeante de l'altruisme, l'amour d'autrui n'est pas conçu exclusivement dans une logique de sacrifice, qui exclut tout intérêt propre dans tous les cas. PMême pour eux, l'amour ne s'exprime pas exclusivement en « hauts faits et (...) grands sacrifices. Par exemple : (...) le renoncement aux biens, exigé dans certaines circonstances ; le martyre, demandé éventuellement » (Hans Küng, *Être Chrétien*, éd. du Seuil, 1978, p. 297). Il est important de relever que « la communauté primitive (chrétienne) elle-même n'a pas connu de renoncement de principe à la propriété » (Hans Küng, *eod. loc.*, p. 305), et le partage des biens s'y faisait selon les besoins de chacun. Dans la dynamique de l'amour d'autrui pour les chrétiens, chez qui la problématique du renoncement est fondamentale, et où l'on a pu penser qu'« il y a antagonisme entre l'ascétisme chrétien et l'amélioration des destinées humaines » (G. Goyau, *Solidarisme et christianisme*, éd. 48, rue de Venise, 1906, p. 6.), « il ne s'agit pas de renoncer à la conscience de soi-même, ni d'étouffer son moi dans une pieuse évanescence ou dans une ascèse exténuante » (...) mais d'orienter son moi vers autrui : être attentif, ouvert, disponible à autrui, prêt à l'aider sans réserve » (Hans Küng, *eod. loc.*, p. 291).

²⁸² V. sur ce point, mais nous y reviendrons lors de l'étude des supports de la prise en compte de l'intérêt du partenaire, D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 620 n° 17 : « L'immixtion légitime dans les affaires d'autrui peut aller parfois lorsque le contrat ou un

contraignante que d'autres vertus familiales. Elle ne doit pas conduire au sacrifice suprême. Tous les frères ont un égal droit à la vie »²⁸³. Il s'agit donc beaucoup plus de tempérer l'amour de soi-même, de valeurs comme « la “modération”, l’“empire” sur soi »²⁸⁴, de trouver un équilibre entre ces deux dynamiques opposées ; et à cette fin « sentir beaucoup pour les autres et peu pour nous mêmes, réduire le plus possible l'amour de soi... »²⁸⁵.

95. Ensuite l'attention au moi n'est pas l'égoïsme ; « [par] là se résout le pseudo-problème de l'égoïsme et de l'altruisme. Certes le sentiment du moi est l'universel dans l'humanité, mais il ne faut pas le confondre avec l'égoïsme »²⁸⁶. Deux degrés dans l'altruisme et le dépassement de soi peuvent être distingués. Le premier est celui de la compassion chez Smith dans une version modérée ; le « juste équilibre entre amour de soi, sensibilité à soi et sensibilité à autrui ; qui se traduit par un comportement, une disposition d'esprit plus réservé : (...) de la modération qui exige un certain empire sur soi-même »²⁸⁷. Le second est celui de la compassion chez Rousseau, dans une version plus excessive ; « l'amour du semblable, (...) spontanéité (...) excès (...) débordement (...) enthousiasme et (...) générosité ; qui porte vers autrui, qui pousse à l'oubli et l'effacement de soi, qui conduit parfois à la rébellion contre soi-même »²⁸⁸.

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 » ; et *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, LPA 6 mai 1998, p. 8 : « Il est parfois demandé aux cocontractants « des sacrifices plus ou moins importants : il leur est ainsi demandé ou ordonné de faire preuve d'une patience qui peut être infinie [...] et d'abandonner tout ou partie de leurs créances quand la situation du débiteur malheureux l'exige ».

²⁸³ Y. Guyon, *La fraternité dans le droit des sociétés*, Rev. sociétés 1989, n° 1, p. 439, spéc. n° 10, p. 444.

²⁸⁴ C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, op. cit., spéc. p. 19. L'auteur y relève les propos de A. Smith (*Théorie des sentiments moraux*, Guillaumin, Paris, 1860).

²⁸⁵ A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, Guillaumin, Paris, 1860, p. 1, cité in C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, op. cit., spéc. p. 19.

²⁸⁶ J. Lacroix, op. cit., p. 46.

²⁸⁷ C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, op. cit., spéc. p. 20.

²⁸⁸ *Ibid.*

Mais l'amour désintéressé n'est pas incompatible avec l'intérêt éprouvé envers la personne aidée, ou envers l'acte accompli pour le bien d'autrui²⁸⁹.

Il s'agit donc plus que d'éradication complète de soi, de « savoir modérer l'amour de soi sans toutefois le nier, l'accompagner ainsi d'amour pour autrui. Sans pour autant s'obliger à l'effacement de soi en une communion fusionnelle »²⁹⁰.

Nous pouvons donc conclure que l'altruisme ne veut pas exclusivement dire sacrifice et négation de soi. Arrêtons-nous un peu plus sur les rapports complexes entre intérêt et désintéressement ; c'est à ce titre que la « prise en compte » de l'intérêt d'autrui va se révéler suffisante pour caractériser le comportement fraternel.

B. Caractère suffisant de la « prise en compte »

96. La question se posant ici est donc celle de l'intensité de l'attention portée à l'intérêt d'autrui, nécessaire pour pouvoir caractériser un comportement fraternel. Cette attention doit-elle être exclusive de tout intérêt personnel ?

Dans un article très intéressant²⁹¹, Alain Caillé revient sur les liens complexes entre les notions de don et d'intérêt ou de désintéressement (1), pour retenir une conception « modeste » du don (2). Arrêtons-nous un moment sur son analyse essentielle pour notre étude.

1. Dépassement de l'opposition franche entre intérêt personnel et désintéressement

97. L'opposition franche et radicale entre intérêt personnel et désintéressement, entre égoïsme et altruisme, se présente d'abord comme artificielle, et dans tous les cas elle rend le don impossible.

D'abord, revenant sur la forme du don archaïque, construit sur une « triple obligation de donner, recevoir et rendre »²⁹² et qui n'a nullement disparu, Caillé affirme que le don s'apparente beaucoup plus à l'échange ou au prêt²⁹³.

²⁸⁹ Bien sûr, « il y a une différence entre un amour de convoitise qui ne cherche que son bien propre, et un amour désintéressé qui cherche le bien d'autrui. (Mais) serait-ce donc que celui qui désire autrui ne peut en même temps se donner à lui ? Et qu'à l'inverse celui qui se donne à quelqu'un n'a pas le droit de le désirer ? » (Hans Küng, *Être Chrétien*, op. cit., p. 295).

²⁹⁰ C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, op. cit., spéc. p. 24.

²⁹¹ A. Caillé, *Don, intérêt et désintéressement*, Rev. europ. des sc. sociales 1994, tome XXXII, n° 99, pp. 253 s.

²⁹² A. Caillé, *Don, intérêt et désintéressement*, op. cit., p. 255.

²⁹³ *Ibid.*: « ce n'est qu'en apparence, dans le semblant (...) que les dons archaïques sont libres et désintéressés. À l'étude, ils se révèlent en réalité obligatoires et étroitement tributaires de l'intérêt personnel. (...) Ne sont-ils pas en fait des échanges (...), prêts plutôt que (...) dons ».

D'ailleurs, on ne peut penser le don hors de l'intérêt. « S'il n'existe pas d'intérêt, rien à sacrifier on voit mal quel don pourrait exister (...) le don n'est pas définissable sans l'intérêt mais contre lui. C'est pourquoi le don est en même temps (...) intéressé et désintéressé »²⁹⁴.

De même, Caillé identifie quatre sources à l'action humaine : le plaisir, l'intérêt économique, la spontanéité, enfin l'obligation. Et en analysant les imbrications de ces quatre pôles d'actions, il montre clairement le caractère artificiel de la séparation étanche entre eux. Il évoque qu'il « peut, en effet, se révéler intéressant d'être moral ou spontané. Ou bien, il est possible d'aller spontanément dans le sens de ses intérêts, de la morale ou du jeu. (...) L'intérêt matériel peut être sacrifié à l'obligation morale, au plaisir ou à la spontanéité »²⁹⁵. Il montre aussi, en revenant sur le *dilemme des prisonniers*²⁹⁶, que « la théorie des jeux établit que les égoïstes auraient tout intérêt à la confiance et à la coopération (...), que l'intérêt personnel, voire égoïste, n'est susceptible d'être pleinement satisfait qu'à courir le risque de se sacrifier »²⁹⁷.

M. Caillé remet en question les deux logiques opposées de l'égoïsme calculateur et individualiste d'une part, et du sacrifice et du dépassement total de soi au profit d'autrui d'autre part, en montrant que ces deux logiques extrêmes rendent le don impossible²⁹⁸. Il retient lui une conception plus modeste du don.

2. Conception modeste du don

²⁹⁴ A. Caillé, *Don, intérêt et désintéressement*, op. cit., p. 276.

²⁹⁵ A. Caillé, *Don, intérêt et désintéressement*, op. cit., p. 277.

²⁹⁶ V. son exposé in *Don, intérêt et désintéressement*, op. cit., pp. 260-261. Le dilemme du prisonnier est énoncé en 1950 par Albert W. Tucker à Princeton, et est caractérisé, dans la théorie des jeux (sur laquelle V. surtout les travaux de John Nash), par une situation de deux joueurs où de fortes incitations peuvent convaincre un joueur rationnel de trahir l'autre, mais où ils auraient intérêt à coopérer.

²⁹⁷ A. Caillé, *Don, intérêt et désintéressement*, op. cit., pp. 260-261.

²⁹⁸ D'une part, il remet en question l'affirmation de l'impossibilité pour l'homme de ne pas avoir un intérêt quelconque escompté du don qu'il opère, et le fait qu'il suffit que cette « once » de calcul existe pour anéantir l'existence même du don. Poser que la générosité pour exister doit être pure et libre de toute motivation ou considération, et qu'« il est impossible de s'extraire de l'univers du calcul » (P. Bourdieu, cité in A. Caillé, op. cit., p. 267), l'homme étant un être purement égoïste, rationnel et calculateur, incapable de tout geste altruiste, rend le don impossible car lui-même réduit à un calcul égoïste. D'autre part, même lorsque l'on soutient qu'un dépassement de la logique de calcul est possible sous la forme de l'Amour, de « l'agapè, définie par le don, (qui) n'attend pas de retour, ni sous la forme d'objets, ni même sous l'espèce immatérielle d'amour en retour » (L. Boltanski, cité in A. Caillé, eod. loc., p. 266), le don demeure impossible. Pour que le don ainsi défini soit possible, il faut que cet état d'agapè soit généralisé, ce qui est utopique. Dans cette logique, le don n'est don que s'il n'y a eu effectivement aucune sorte « de réciprocité, de retour, d'échange, de contre-don ni de dette » (J. Derrida, cité in A. Caillé, eod. loc., p. 269), ou même de reconnaissance du don comme tel. S'il y a eu, sous quelque forme ou degré que ce soit, un intérêt ou une obligation d'effectuer un don, ce don n'en est pas un.

98. Caillé distingue d'abord deux formes différentes de l'intérêt : *l'intérêt à*, qui serait « l'intérêt économique, (...) instrumental (...), un *intéressement* » et *l'intérêt pour*, qui ne serait autre que le plaisir, l'intérêt porté envers quelqu'un ou quelque chose. « Le désintéressement s'oppose à *l'intérêt à* comme le désintérêt s'oppose à *l'intérêt pour* »²⁹⁹, et pour lui, pour que le don existe, nul besoin d'atteindre l'authentique désintérêt pour la chose qu'on sacrifie, il suffit qu'un *intérêt à* soit susceptible d'être sacrifié.

Il retient, ainsi, une définition modeste du don, qu'il défend comme « conception médiocre du don »³⁰⁰. L'élément déterminant dans la définition du don est « le fait d'offrir sans attendre de retour déterminé »³⁰¹. Cependant, il est essentiel de préciser ce que veut dire ce défaut de retour ; « [ne] pas attendre de retour déterminé ne signifie pas ne rien attendre du tout, agir sans motivation et sans visée, sans pourquoi (sans *weil*) et sans pour quoi (*um zu*). (...) Le don existe aussitôt qu'est acceptée la possibilité d'un défaut de la réciprocité, et que cette acceptation constitue le signe suffisamment dénué d'équivoque de la générosité et du désintéressement »³⁰².

99. Cette approche du don nous paraît importante à plusieurs égards.

D'abord elle rend le don possible, et écarte la disqualification du don lorsqu'un retour effectif, ou un *intérêt à* est assuré. Le désintéressement effectif n'est pas la condition *sine qua non* du don, il suffit qu'il y ait eu prise de risque d'un défaut de retour, ou d'une perte d'un *intérêt à*, d'un intérêt économique, même si cette perte ne se réalise pas effectivement.

Elle écarte ensuite la notion de sacrifice, dans le sens mystique de perte de *l'intérêt pour* la chose « perdue » au profit d'autrui. Nul besoin d'atteindre cet état mystique de dépassement réel et profond, proche de la mortification, de tout intérêt envers la chose « sacrifiée ». Le don existe même si un plaisir dans ou un *intérêt pour* la chose donnée est maintenu.

Ainsi la notion de sacrifice total n'est d'abord pas consubstantielle au désintéressement qui peut en être un même lorsqu'il y a eu une forme de retour quelconque. Ensuite, si elle est avérée dans certains cas, lorsqu'aucun retour n'a été

²⁹⁹ A. Caillé, *Don, intérêt et désintéressement*, op. cit., p. 277.

³⁰⁰ A. Caillé, *Don, intérêt et désintéressement*, op. cit., p. 275.

³⁰¹ A. Caillé, *Don, intérêt et désintéressement*, op. cit., p. 258.

³⁰² *Ibid.*

assuré, elle ne l'est que dans le sens de perte d'un intérêt économique. Nul besoin d'avoir réellement perdu, dans le for intérieur, *l'intérêt pour* la chose donnée.

100. La simple prise en compte de l'intérêt du cocontractant, comportant un désintéressement sans nécessaire sacrifice de son intérêt personnel, est donc suffisante à caractériser générosité et altruisme constitutifs de la fraternité. D'ailleurs certains ont pu soutenir que « ni la fraternité ni la solidarité n'engendrent de la part des parties un altruisme destructeur de leurs intérêt. Dans le contrat, il s'agit d'un altruisme "tempéré" qui peut être résumé par la formule de M. Mazeaud "Aidez-vous les uns les autres, rien de moins, rien de plus" »³⁰³.

Conclusion du Chapitre 2

101. Nous avons déterminé en introduction qu'une théorie pure de l'intérêt du cocontractant avance celle-ci comme un mouvement vers l'autre, indépendant de l'intérêt égoïste. Trois caractéristiques s'en étaient dégagés donc : la dimension relationnelle, l'altérité des intérêts et l'altruisme.

Nous retrouvons ces éléments dans le contenu du concept de fraternité.

En effet, comme nous l'avons relevé dans ce chapitre, la fraternité introduit d'une part une dynamique relationnelle qui ne se traduit pas en communauté des intérêts, mais nécessite au contraire une altérité de base de ceux-ci, et d'autre part, une dimension altruiste qui ne doit pourtant pas être confondue avec le sacrifice, rendant la prise en compte de l'intérêt d'autrui suffisante à caractériser la fraternité. Ces éléments font correspondre la théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant au contenu du concept de fraternité.

CONCLUSION DU TITRE 1

102. Dans une approche négative de la notion de la fraternité, après avoir évoqué son remplacement par le concept de solidarité avec le 19^e siècle, nous avons vu qu'elle présentait une particularité certaine par rapport à lui, et que si les deux présentent des similitudes quant à la nature et à la fonction, leurs différences,

³⁰³ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 89, cf. D. Mazeaud, obs. sous Cass. civ. 1^e, 11 juin 1996, Defrénois 1996, p. 1007, spéc. p. 1010.

conceptuelles et de domaine, imposent de ne point les considérer comme interchangeables.

Dans une approche positive de celle-ci, nous avons vu d'une part qu'elle recèle dans son contenu conceptuel une dynamique relationnelle nécessitant pourtant une altérité de base des intérêts en question, et que le sacrifice n'étant point consubstantiel à la dynamique altruiste que recèle la fraternité, cette dernière est possible au sein du contrat, et la simple prise en compte de l'intérêt du partenaire, sans nécessaire renoncement à l'intérêt personnel, est suffisante à la caractériser. Ces éléments font correspondre le contenu du concept aux caractéristiques d'une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, telles que nous les avons posées.

Nous pouvons donc conclure que la fraternité se présente comme le support conceptuel à la notion de prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

Mais la fraternité peut-elle être plus qu'un support conceptuel ? Peut-elle avoir une incidence juridique, en droit du contrat en particulier ?

L'étude de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant révèle la fonction du principe de fraternité en droit contractuel, fondement rendant compte d'une telle dynamique.

TITRE 2: PRINCIPE DE FRATERNITE : FONDEMENT REEL DE LA PRISE EN COMPTE DE L'INTERET DU COCONTRACTANT

103. Au-delà de la détermination difficile du contenu du concept de fraternité, la difficulté essentielle se présente dans le rapport de celle-ci avec le droit en général, et contractuel en particulier³⁰⁴.

Nombreux affichent une réticence quant à l'introduction d'un tel principe en droit, la « cause [étant] entendue : la “fraternité” est affaire non de lois ni de décrets, mais de morale et de sentiment »³⁰⁵. L'étude de la prise en compte de l'intérêt du

³⁰⁴ La fraternité impliquant amitié et une part d'« affection gratuite, elle s'oppose à l'intérêt économique qui préside le plus souvent aux rapports d'obligations » (J. Bedoura, *L'amitié et le droit civil*, Thèse de doctorat, Tours, 1976, p. 5).

³⁰⁵ G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 135.

cocontractant révèle pourtant une fonction au principe de fraternité en droit contractuel.

En effet, avant de démontrer que la fraternité permet de dépasser les limites des différents fondements concurrents avancés de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant (Chapitre 1), et qu'elle se présente comme le principe premier constituant le fondement de celle-ci (Chapitre 2), nous nous trouvons dans l'obligation de tenter d'évacuer d'abord, le problème de juridicité du concept de fraternité (Chapitre préliminaire).

Chapitre préliminaire : Dépassement du problème de juridicité du concept de fraternité

104. Plusieurs griefs peuvent, *a priori*, être avancés pour alimenter la difficulté du rapport fraternité-Droit. D'abord le Droit serait impuissant à l'instaurer (Section 1), ensuite le règne de la fraternité entraînerait l'inutilité de celui-ci (Section 2).

Tentons de répondre à chacun de ces griefs.

Section 1 : Fraternité et impuissance du droit

105. Certes la dimension affective dont est porteuse la fraternité, ainsi que le flou de sa définition rendent difficile son instauration par le droit (§1). Cependant ce dernier pourrait inciter et former à certains comportements qui contribuent à la mise en place de la fraternité (§2).

§1. Difficulté de l'instauration par le Droit

106. D'une part, la fraternité comporte une dimension affective et une charge sentimentale qui lui sont intrinsèques, comme nous avons pu l'évoquer en détails lors de la comparaison entre les concepts de solidarité et de fraternité. Or les « sentiments – celui de l'amour universel comme les autres – se prêtent mal à la réglementation »³⁰⁶.

³⁰⁶ F. Gaudu, *La fraternité dans l'entreprise*, Dr. Soc. 1990, n° 1, p. 134. Il s'agit d'un « problème d'un ordre tout moral, d'un idéal qui résiste à prendre corps et pour lequel il n'y a pas de sanction dans l'organisation politique et civile » (M. Block, *Dictionnaire général de politique*, éd. O Lorenz, 1873-1874, V° Fraternité). Ce « supplément d'Amour » évoqué par M. Borgetto (*La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 12), et recelé par la fraternité, la rendrait inapte à toute entreprise de juridicisation, et nierait « aussi bien la vocation que la capacité même de l'idée de fraternité (...) à faire partie ou à être appréhendée, en tant que tel, par le monde juridique » (*eod. loc.*,

Quel intérêt pourrait présenter un sentiment pour le droit ? Le droit ne s'intéresse nullement ni aux pensées ni aux sentiments intimes qui par essence ne peuvent être généralisés ou décrétés³⁰⁷. Le sentiment d'amour envers l'autre ne peut être institué³⁰⁸. M. Cornu affirme qu'en droit, « le sentiment ne fournit jamais à la règle de droit qu'un fondement, toujours logé dans les profondeurs ou les lointains, et recouvert d'une armature technique, après une transposition (...). [Nos] sentiments ne sont jamais pris en considération qu'à travers un acte matériel qui les traduit, à l'occasion du fait de l'homme par lequel ils se sont réalisés. Le droit ne saisit jamais le sentiment lui-même, en tant que tel, isolément, indépendamment d'un acte qui en est la manifestation extérieure. Le sentiment reste sentiment, il échappe au droit. Il ne naît à la vie juridique que s'il passe en acte, et c'est l'acte que connaît le droit, non le monde intérieur, in mente *retentum*. (...) Je peux haïr de toutes mes forces mon prochain. Que la morale ou la religion me condamnent, le droit l'ignore »³⁰⁹.

p. 345). Étant de l'ordre des sentiments, la difficulté de la fraternité serait son incapacité à être définie ou imposée juridiquement ; « elle se ressent, elle se vit, elle se partage » (J. Bedoura, *L'amitié et le droit civil*, *op. cit.*, p. 3), mais elle ne pourrait certes être imposée. La fraternité a donc une dimension « privée, intérieure, psychologique et émotionnelle » (C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, *op. cit.*, spéc. p. 22) qui la rend difficile à décréter.

³⁰⁷ Dans ce sens M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Paris, 1993, p. 587 : « Si le Droit peut fort bien être inspiré et commandé par l'Amour, il ne saurait décréter et instituer, en revanche, ce qui lui est irréductible : à savoir des sentiments ou des liens d'amitié, d'échange et de respect mutuels » ; D. Mayer, *L'amitié*, JCP 1974, I, n° 2663, spéc. nos 2-3 : « Il existe, en effet, une opposition profonde, radicale, entre les deux notions d'amitié et de Droit, tant dans leur forme que dans leur fondement. L'amitié présente de contours indécis et un caractère diversifié. Cette indécision et cette diversité de forme transparaissent dans l'imprécision de sa définition : l'amitié est définie par le *Littré* comme le sentiment qui attache une personne à une autre. C'est donc une notion fort difficile à cerner, et cela parce que le même terme peut recouvrir des sentiments fort divers, jusqu'à des amitiés...particulières. Le Droit, au contraire, ne peut s'appuyer que sur des critères précis et certains, de telle sorte que certaines de ses branches ignorent totalement la notion d'amitié (...) En effet, le Droit présente essentiellement un caractère d'uniformité et de généralité. Or, ce caractère s'opposerait à l'appréhension juridique de sentiments comme l'amitié, liant plus particulièrement certains hommes entre eux » ; J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 36 : « À ses yeux (Aristote), les deux principaux facteurs de l'harmonie entre les hommes étaient la justice et l'affection (amitié, amour), la *diké* et la *philotes*. Traduisons librement en disant que la vie sociale peut s'ordonner sur l'un ou l'autre de ces deux axes, le droit et l'amitié, et qu'elle peut parfaitement fonctionner sans droit, par l'amitié réciproque des individus. Les philosophes n'ont pas toujours suffisamment noté l'antinomie de l'amitié et du droit (...) L'amitié, en effet, implique une volonté de se tenir en dehors du droit. Sinon, les amis auraient fondé une association selon le droit, une amicale. Et cela pourrait bien être la fin de leur amitié ».

³⁰⁸ Il serait d'ailleurs dangereux que le droit s'intéresse à « un devoir moral, insusceptible de se traduire par des obligations juridiques, sauf à risquer la tyrannie » (M. de Villiers et A. Le Divillec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, éd. Sirey, Paris, 9^e éd., 2013, V^o Fraternité).

³⁰⁹ G. Cornu, *Du sentiment en droit civil*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71, spéc. pp. 72 et 79. Dans le même sens G. Ripert, *Les forces créatrices du Droit*, LGDJ, Paris, 1955, p. 309 :

D’ailleurs, dans les sociétés modernes, on constate une « tendance inexorable à fonder le droit sur des considérations rationnelles, le privant ainsi de tout contenu affectif et sacré »³¹⁰, d’où le malaise dans l’approche juridique du concept de fraternité.

107. D’autre part, la fraternité conserverait toujours une part de flou, de vague, de mystique, comme une réticence consubstantielle à toute entreprise de définition. La fraternité aurait même besoin de cette part de flou qu’elle entretient.

La fraternité a pu être considérée de ces mots vagues « qui frappent l’imagination dans les moments d’ébranlement (...) mais le sens réel qu’ils contiennent, les conséquences positives qu’ils laissent entrevoir, les applications qui s’y attachent, qui en sont le corollaire dans l’ordre social ou politique, c’est là ce qui est plus difficile à définir »³¹¹.

Comparée aux autres principes tout autant mystiques qui forment avec elle le triptyque révolutionnaire, à savoir la liberté et l’égalité, une opinion soutient que la fraternité est comme marquée consubstantiellement par l’absence de définition, de précision, alors que l’égalité ou au moins la liberté seraient des concepts plus clairs³¹².

« pour l’homme même, la loi ne peut viser que ses actes et non ses pensées. La règle juridique n’a pas la portée de la règle morale : elle ne pénètre pas le for intérieur ».

³¹⁰ A. Supiot, *La fraternité et la loi*, Dr. Soc. 1990, n°1, p. 118, spéc. p. 119. Et l’auteur donne un exemple du constat de cette mouvance en droit du travail, par la « tendance à se passer des sentiments, de la morale, et des références à l’histoire, pour organiser juridiquement les rapports sociaux (...) de répudier toujours plus nettement ce qui dans le lien social participe de la chaleur de la foi, et non pas de la raison froide » (*eod. loc.*, p. 123).

³¹¹ M. Block, *Dictionnaire général de politique*, éd. O Lorenz, 1873-1874, V° Fraternité. Elle se présente même comme une notion par essence « abstraite et dépourvue de sanction » (L. Bourgeois, *Solidarité*, A. Colin, Paris, 1896, 12^e éd, 1931, p. 71, cité in M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français..., op. cit.*, p. 347), avec un « caractère consubstantiellement vague, flou et imprécis » (*eod. loc.*, p. 346), et le Droit serait « totalement impuissant (...) à exprimer toute la substance du concept » (*eod. loc.*, p. 4). Dans le même sens, G. Antoine, *Liberté, Égalité, Fraternité ou les fluctuations d’une devise*, Unesco, Paris, 1981, p. 134 : « L’idée même de fraternité a toujours souffert (...) de l’excès de ses ambitions et de l’ampleur vague qui en découle ».

³¹² M. Block, *Dictionnaire général de politique*, éd. O Lorenz, 1873-1874, V° Fraternité : « Quand on prononce le mot de liberté on sait ce que cela veut dire. (...) De même, quand on parle d’égalité, ce mot a une signification aussi claire et aussi déterminée pour l’instinct populaire que pour l’esprit (...) Il n’en est pas ainsi quand il s’agit de fraternité ; ici tout est vague et indéfini. Comment faire régner la fraternité parmi les hommes ? Comment la traduire en institution et en loi ? ». D’autres reprochent à l’égalité, comme à la fraternité, son caractère flou avec le risque d’arbitraire et d’insécurité juridique que cela comporte, et réservent seulement à la liberté une définition claire la rendant compatible à constituer un principe juridique à part entière. V. par ex J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L’acte juridique*, Sirey, Paris, 15^e éd., 2012, n° 67, spéc. p. 47 : « les principes

Cependant ces considérations ne devraient pas nous arrêter dans l'examen plus attentif d'un rôle que pourrait jouer le Droit quant à l'institution du principe de fraternité.

§2. Incitation à des comportements relevant du contenu moral de la fraternité

108. Il paraît nécessaire de se poser la question sur la réelle part de sentiment recelée par la fraternité ; « s'agit-il d'un comportement ou d'un sentiment ? S'agit-il d'un comportement et d'un sentiment ? De quel type de sentiment ? »³¹³.

Il existe une tendance affirmée chez certains de réduire la fraternité à un simple sentiment³¹⁴, la rendant totalement incompatible avec le Droit, et complètement inapte à être traduite juridiquement³¹⁵.

109. Cette approche réductrice de la fraternité paraît contestable. Elle n'est pas qu'un sentiment à l'instar de l'amitié, de l'amour, ou de l'attraction. Elle comporte certes une dimension sentimentale, mais elle est, au-delà de ceci, une certaine conception – basée sur une certaine morale – de la qualité du rapport à autrui, incitant

d'égalité, ou de fraternité constituent, par hypothèse, des directives vagues, dont la mise en œuvre ne peut qu'être abandonnée au juge, et dont le contenu concret ne se révélera donc qu'après coup, non sans risque d'arbitraire et au détriment de la sécurité des contractants ».

³¹³ C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, *op. cit.*, spéc. p. 23.

³¹⁴ Dans ce sens, E. Vacherot, *La Démocratie*, Bruxelles, 1860, p. 9, cité in M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 346 : « La liberté et l'égalité sont des principes, tandis que la fraternité n'est qu'un sentiment. Or tout sentiment, si puissant, si profond, si général qu'il soit, n'est pas un droit » ; J. Barni, *Manuel Républicain*, éd. Germer-Baillièrre, 1872, pp. 6-7 : « La liberté et l'égalité sont (...) de droit strict (...), la fraternité qui n'est (pas) une chose de droit strict, mais de bienveillance et d'amour, dépend plutôt des mœurs que de la législation : elle ne se décrète pas » ; L. Bourgeois, in *Congrès International de l'Education Sociale (C.I.E.S.)*, éd. Alcan, 1901, p. 350, cité in M. Borgetto, *ibid.* : « Le mot "fraternité" sera toujours le complément nécessaire de toute formule sociale vraiment humaine ; mais il correspond à un sentiment, non à une organisation légale » ; A. Croiset, *Préface*, in *Essai d'une philosophie de la solidarité (collectif)*, 1902, p. X : « la fraternité même, si chère à la démocratie sentimentale de 1848, a le tort justement de n'être qu'un sentiment » ; et G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, n° 68, spéc. p. 131 : « Le mot même a paru choquant dans la mesure où il peut rappeler la parole évangélique sur l'amour du prochain. En tout cas, il éveille l'idée d'un sentiment plutôt que d'une obligation et un sentiment n'est point susceptible d'une consécration légale. La démocratie moderne expulse la fraternité en tant qu'elle rappelle la charité ».

³¹⁵ M. Supiot affirme aussi que la fraternité est « trop riche de sens trop divers pour pouvoir se cristalliser dans un concept juridique rationnellement opératoire. Elle est ensuite trop liée à une conception mystique du lien social pour pouvoir être accueillie comme principe général du droit dans une société laïcisée » (*La fraternité et la loi*, *op. cit.*, spéc. p. 119). Cependant, il se montre plus nuancé en affirmant que la « fraternité est un lien à la fois juridique et affectif qui doit être ressenti pour exister » (*Ibid.*). Ceci n'est pas sans rappeler l'obligation naturelle.

à adopter certains comportements³¹⁶. C'est pourquoi on peut imaginer qu'elle puisse, en partie au moins, être imposée³¹⁷.

Le Droit coule en quelque sorte ce sentiment et cette conception de la qualité du rapport à autrui en comportements mesurables objectivement qu'il peut sanctionner³¹⁸. Du même coup, il y a stabilisation de ces comportements en leur donnant une indépendance par rapport à l'affect et au sentiment du sujet, « en les détachant des aléas personnels »³¹⁹. Les sentiments ne peuvent être imposés parce qu'ils appartiennent au domaine de l'intimité, au for intérieur. Mais les comportements eux, peuvent être décrétés et sanctionnés puisqu'ils s'expriment extérieurement, et sont objectivement observables et mesurables³²⁰. Le droit peut donc jouer le rôle d'éducateur, de formateur à certains comportements découlant du

³¹⁶ Dans ce sens, J.-J. Dupeyroux, *Quelques questions*, Dr. Soc. 1990, n°1, p. 9, spéc. p. 16 : « la notion est double : elle qualifie également les sentiments et comportements dont ces rapports sont normalement – mais pas toujours – générateurs. Fraternité-lien et fraternité-geste ? ».

³¹⁷ Ici aussi l'affirmation du doyen Ripert est primordiale : « le droit ne réclame qu'une seule chose : l'obéissance aux lois ; les raisons de l'obéissance restent le secret des âmes. L'autorité publique assure la sanction ; elle ne demande pas compte des motifs de la soumission » (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1949, n° 13, spéc. p. 22). Ici la problématique de la spontanéité nécessaire de la fraternité et du concours du droit pour sa mise en œuvre est en quelque sorte dépassée. Le droit est un instrument contribuant à faire naître le lien fraternel, mais ne se soucie que la manifestation externe de la fraternité : le comportement. La fraternité est à construire ou à retrouver dans un effort accompli pour sa mise en œuvre, et non seulement une donnée sentimentale ou un fait spontané qui dépend du seul affect des sujets. *Rappr.* Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, 2000, n° 236, p. 206 : « Forcer l'amitié n'est pas concevable. L'amitié vraie est hors du droit. Mouvement spontané qui n'a de valeur qu'autant qu'il est libre, il relève, en tout état de cause, du seul for intérieur. Il est, en revanche, envisageable de prescrire aux parties de se comporter *comme si* elles étaient amies. Seul ce semblant de fraternité est à la portée du droit ».

³¹⁸ V. par ex. la disposition en droit canadien sur le Bon Samaritain (Section 2 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec), cité in C. D. Gonthier, *Liberty, Equality, Fraternity : The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity : The Unspoken Third Pillar of Democracy*, McGill Law Journal 2000, vol. 45, p. 567, spéc. p. 579.

³¹⁹ D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment politique ?*, in J. Chevalier, C. Haroche, D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 100, spéc. p. 101.

³²⁰ Dans ce sens C. Haroche, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, *op. cit.*, spéc. p. 22 : « On peut légiférer des comportements : les interdire, y obliger sous peine de sanctions. On peut inciter à des sentiments. On ne saurait y contraindre ». Contraindre à un sentiment serait une atteinte inacceptable à la liberté, à l'intimité, au respect du for intérieur. Tout au plus le droit peut-il tenter de « pénétrer, former et guider, voire s'emparer du for intérieur de tout homme » (*Ibid.*), cette emprise ne pouvant se faire que par évocation et non par obligation.

concept de fraternité³²¹. Encore faut-il qu'il y ait une volonté du législateur ou du juge de définir ces comportements³²².

En droit contractuel, une tendance inexorable apparaît d'un juge qui forge les comportements³²³. Ainsi, la jurisprudence paraît de plus en plus accorder une importance à la qualité du comportement des parties, et non seulement aux solutions techniques se rapportant aux obligations essentielles formant l'armature du contrat ; les « normes jurisprudentielles de comportement, en effet, ne sont pas des solutions techniques qui gouvernent le fonctionnement des divers mécanismes contractuels : elles ont pour objet les attitudes concrètes des individus, leur façon de se conduire »³²⁴.

À l'instar de la liberté et de l'égalité, la fraternité peut se voir dotée d'une définition matérielle suffisamment précise – si une volonté en ce sens existe – rendant

³²¹ M Borgetto explique que le droit pourra ainsi « fort bien consacrer quelques-unes des manifestations ou conséquences susceptibles d'être tirées du concept (...), créer les conditions favorables sinon à la généralisation complète et définitive du sentiment de fraternité, du moins à son progrès et à son épanouissement continu... Il ne saurait cependant ni être assuré de faire naître ledit sentiment, ni être en mesure de vérifier son existence dans l'affect de chacun, ni surtout (...) en position de l'imposer » (*La notion de fraternité en droit public français..., op. cit.*, p. 4).

³²² Justement, « le défi (...) est celui d'aller au-delà de la fraternité conçue comme idéal, comme aspiration philosophique ou politique, pour en dégager une dimension proprement juridique susceptible d'inspirer l'action » (C. D. Gonthier, *La fraternité comme valeur constitutionnelle. Rapport général*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 715, spéc. p. 719) du juge ou du législateur. Cette « opération d'identification n'[est] (...) possible que pour autant que le juge accepte de procéder à un travail de construction préalable grâce auquel il sera en mesure de dégager ce que la fraternité commande ou à tout le moins interdit de faire et/ou que pour autant que le législateur (...) entreprenne de faire découler explicitement du principe de fraternité telle ou telle conséquence ou application positive » (*Rapport du Conseil constitutionnel français*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 250, spéc. pp. 258-259). Ou bien, ce qui interviendrait dans une étape préalable du processus de juridicisation, « rien ne fait (...) obstacle, d'un point de vue purement théorique, à ce que la notion de fraternité voit ses implications juridiques énoncées et définies avec un minimum de précision par le constituant » (*eod. loc.*, spéc. p. 258).

³²³ Il a à ce titre un « rôle (...) formateur » (B. Fages, *Le comportement du contractant*, préface J. Mestre, éd. PUAM, 1997, n° 784, spéc. p. 424). L'œuvre prétorienne devrait d'ailleurs apaiser quant à l'intervention de la morale pour former des comportements, puisqu'elle intervient par touches successives, pour indiquer et forger une certaine ligne de comportements, largement soumise à l'appréciation d'une doctrine diversifiée et dont l'opinion ne manque point de force, s'écarte de l'entreprise des régimes totalitaires généralisant des comportements supposés inspirés d'une morale ou d'un idéal supérieur, avec un total mépris de la liberté.

³²⁴ B. Fages, *Le comportement du contractant*, *op. cit.*, n° 528, spéc. p. 284. V. égal. *eod. loc.* n° 520, spéc. p. 281 : « Son office (le juge) ne consiste plus seulement à rechercher l'intention des parties (...) mais l'oblige au contraire, (...) à apporter aux parties une solution concrète, en bref à leur montrer lui-même comment elles doivent être, agir et faire (...) quel est le comportement à suivre dans une circonstance semblable ». V. égal. l'opinion de M. Testu qui affirme que « le droit même s'il veut simplement servir les objectifs sociaux, est aussi là pour canaliser les comportements – et c'est bien le moins qu'on puisse attendre de lui » (F.-X. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, JCP G 1993, I, 3673), et celle de Mme Rochfeld qui soulève le mouvement actuel de « déplacement des appréciations, de l'échange économique et de son exécution en termes d'obligations précises et définies, vers des jugements relevant des comportements des parties et de leurs "devoirs" » (J. Rochfeld, note sous Cass. com. 25 avr. 2006, n° 02-19577, RDC 2006, p. 1033).

sa juridicisation possible. La liberté ou l'égalité ne sont pas en eux-mêmes plus clairs que la fraternité. Ils ont également connu des fluctuations dans leur sens et leur contenu, et comportent tout autant une part mystique non traduisible juridiquement³²⁵. Il n'y a donc aucune incapacité consubstantielle de la fraternité à se voir conférer une traduction juridique, et aucun obstacle théorique pour qu'elle devienne un réel principe juridique doté de la même efficience que tout autre principe consacré en droit. Le fait que la fraternité ne fonctionne pas actuellement comme un véritable principe juridique, ne la rend pas consubstantiellement incapable de l'être³²⁶.

Cette approche participe certes d'une conception engagée du Droit à l'instar de celle de M. Ripert qui stigmatise le juriste technicien³²⁷, et s'inscrit, dans un mouvement de contestation de la rationalisation du Droit « selon laquelle [celui-ci] est un appareil technique rationnel qui se transforme sous l'influence de considérations rationnelles en finalité et qui est dépourvu de tout contenu sacré »³²⁸.

Attaquons-nous maintenant au deuxième obstacle au rapport fraternité-Droit.

Section 2 : Fraternité et inutilité du droit

110. Si « la concorde régnait effectivement le besoin de droit même disparaîtrait »³²⁹. C'est cette affirmation qui traduirait le mieux le dilemme inhérent au rapport fraternité-droit.

Si la fraternité régnait, pourquoi aurait-on encore besoin du Droit ? Si la fonction du Droit est la coexistence pacifique des membres du groupe social, la fraternité rendrait le Droit inutile puisqu'il n'existerait plus de conflits, des rapports

³²⁵ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 623 : « Le Droit n'est pas plus capable, lorsqu'il se saisit notamment de la liberté et de l'égalité, de régir ou de commander la liberté intérieure de chaque individu ou encore d'annihiler toutes les inégalités naturelles ».

³²⁶ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 259, note 4 : « On ne saurait déduire, de ce qu'historiquement la notion n'a jamais été définie de manière rigoureuse, qu'elle ne puisse en aucun cas se voir attribuer un contenu précis et constituer, par là même, un principe aussi impératif et strict que la liberté et l'égalité ».

³²⁷ V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 2, spéc. p. 5. M. Ghestin relève aussi que « Georges Ripert défend une conception militante du rôle du juriste. Il ne peut se borner à être un habile technicien » (*La justice contractuelle selon la tradition catholique*, in *Mélanges Guyon*, éd. Dalloz, 2003, p. 418).

³²⁸ M. Weber, *Sociologie du Droit*, trad. fr. par J. Grosclaude, PUF, Paris, 1986, pp. 234-235.

³²⁹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, Paris, 15^e éd., 2012, n° 67, spéc. p. 47.

fraternels reliant les membres du groupe. Plus la fraternité est diffusée, moins le besoin du Droit sera présent³³⁰.

111. Mais ce serait aller trop vite en besogne que de conclure à l'inutilité de celui-ci en cas d'instauration de la fraternité, parce que ceci présuppose une conception très réductrice du Droit le ramenant à un simple outil de résolution des conflits.

La réponse à la question des rapports qu'entretiennent la fraternité et le Droit, dépend donc largement de la conception retenue du Droit ; les « partisans des théories institutionnelles (tels Maurice Hauriou et Santi Romano), qui retiennent que le Droit est inhérent à chaque groupe social organisé, n'auront pas de difficulté à en admettre l'existence même dans une société complètement fraternelle (...) ; de ce point de vue, la fraternité pourrait se présenter comme expérience vécue de rapports positifs et enrichissants qui tend à se traduire en droit pour, justement, prendre un caractère stable et institutionnel »³³¹.

Le droit n'a donc pas pour seule fonction d'être un outil de résolution des conflits. Il est essentiellement un facteur d'organisation sociale ; *Ubi societas ibi jus*³³², et à ce titre on peut certainement conclure que si, hypothétiquement, la fraternité régnait totalement entre tous les membres de la société, le droit conserverait sa raison d'être comme instrument d'organisation sociale selon les préceptes de la fraternité. Le droit sera donc le support garantissant la stabilité et la continuité des règles traduisant les rapports fraternels.

Plus loin d'ailleurs, le doyen Ripert affirmait « le droit positif ne peut s'imposer d'une façon suffisante s'il ne rencontre pas l'assentiment des consciences et les règles ne se justifient pas par leur seule utilité »³³³. La fraternité à supposer qu'elle régnait, serait dans cet ordre d'idées, un facteur de renforcement du respect

³³⁰ Dans ce sens M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, op. cit., p. 4 : « Le Droit n'est bien évidemment pas nécessaire – si l'on suppose qu'elle règne déjà – à son maintien : puisque là où la fraternité règne, l'Amour transcende les conflits que la règle a précisément pour fin de prévenir et de résoudre ».

³³¹ F. Gorla, *Riflessioni su Fraternità e Diritto, in Relazionalità nel diritto : quale spazio per la fraternità ?*, éd. Giovanni Caso, Rome, 2006, p. 32. (Traduction libre)

³³² «Là où il y a une société, il y a du droit» : maxime latine fondée sur le postulat d'Aristote que l'homme est un animal social (384- 322 Av. J.C) appelé à vivre en communauté et instaurant des règles communes organisant cette vie en société.

³³³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., spéc. Préface, p. VI.

des règles de droit positif – traduisant cette morale particulière de la fraternité – par les hommes reliés par de tels rapports.

Conclusion du chapitre préliminaire

112. Les difficultés tenant à la juridicité du concept de fraternité peuvent être dépassées. D’abord, celle de l’impuissance présumée du Droit à l’instaurer, puisque nous avons vu que celui-ci est pleinement capable d’inciter à des comportements qui en relève. Ensuite, celle de l’inutilité du Droit si régnait celle-ci, puisque que nous avons vu qu’il ne devait pas être simplement conçu comme un outil de pacification des rapports sociaux, et que le règne de la fraternité en était un facteur de stabilisation.

Si nous avons pu soutenir que les difficultés tenant au rapport entre la notion de fraternité et le Droit pouvaient être dépassées, intéressons-nous maintenant à sa fonction en droit contractuel, que nous révèle l’étude de la prise en compte de l’intérêt du cocontractant.

Chapitre 1 : Fraternité et dépassement des limites des fondements concurrents de la prise en compte

113. D’autres fondements ont été avancés pour rendre compte, en droit contractuel, de la prise en compte de l’intérêt du cocontractant, à savoir la bonne foi ou le solidarisme contractuel.

Le principe de fraternité permet de dépasser l’hypertrophie de la notion de bonne foi d’une part (Section 1), et les insuffisances du solidarisme contractuel d’autre part (Section 2).

Section 1 : Le dépassement de l’hypertrophie de la notion de bonne foi

114. Le juge forge donc les comportements³³⁴. À ce titre la bonne foi occupe une place de choix. Inscrite à l’alinéa 3 de l’article 1134 du code civil, longtemps ignorée par la jurisprudence, elle a été réactivée par cette dernière, qui en adopte désormais une lecture plus dynamique. Plusieurs solutions sont fondées sur la bonne foi, et plusieurs obligations répondant à des exigences morales semblent en découler,

de sorte que l'on peut dire que la bonne foi est aujourd'hui un puissant instrument de moralisation du comportement des contractants, dont la jurisprudence s'est servie pour introduire certaines exigences morales dans le contrat, et qui n'en a pas fini de lui servir à la réalisation de cet objectif.

La notion de bonne foi a connu et connaît un très grand rayonnement, en droit interne ou international, ainsi que dans les différents pans du droit. Elle a donc stimulé un nombre important d'obligations, de normes de comportements qui traversent le contrat de sa formation à son extinction ou même après.

Certains font relever du principe de bonne foi les obligations de comportement exigeantes dénotant un certain altruisme. Ils « développent, au nom de la bonne foi, une morale contractuelle autrement plus exigeante et dynamique (...) [imposant] un certain dépassement contractuel qui s'exprimerait par des devoirs de solidarité et de fraternité à la charge des contractants »³³⁵. Le fondement de l'altruisme serait donc la bonne foi.

D'autres vont même jusqu'à en faire la traduction du solidarisme contractuel ; « [aujourd'hui], le solidarisme contractuel s'exprime au travers du principe, d'essence morale, d'exécution de bonne foi du contrat. L'imprécision de celui-ci ouvre de larges perspectives pour imposer des obligations nouvelles aux parties et conférer des pouvoirs d'intervention au juge »³³⁶.

115. S'agissant de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, la bonne foi suffirait-elle à rendre compte de tout le phénomène, à en constituer le support juridique, sans recours au principe d'inspiration premier, à savoir celui de fraternité ? En d'autres termes, la bonne foi rendrait-elle le principe de fraternité superflu et inutile ?

Il est notable de constater que si « en droit des sociétés, la fraternité est aujourd'hui concurrencée par la notion de bonne foi loyauté (...) [en] revanche, en droit commun des contrats (...) la bonne foi est de plus en plus souvent concurrencée

³³⁴ V. *supra* n° 109.

³³⁵ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 617.

³³⁶ L. Grynbaum, *La notion de solidarisme contractuel*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Économica, Paris, 2004, p. 25, spéc. p. 38.

par la fraternité »³³⁷. Fraternité et bonne foi sont-elles interchangeable³³⁸ ? Est-ce la bonne foi qui est le fondement de la fraternité ou le contraire ? Toutes les deux se présentent comme des notions assez imprécises, assez larges, ce qui augmente la perplexité.

Nous aurons l'occasion de nous attarder sur la relation entre la bonne foi et l'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant dans la deuxième partie de notre travail, mais nous pouvons affirmer dès à présent que, si la bonne foi a bel et bien fonctionné comme un support aux plus diverses obligations qui en ont été déduites et qui traversent toute la période de vie du contrat, la dilatation à l'extrême de cette notion aboutit en définitive à la vider de toute consistance.

Oui la bonne foi est le support de nombreuses obligations, répondant le plus souvent à l'exigence de moralisation des rapports contractuels, mais elle ne suffit pas à rendre compte de tous les comportements ou exigences auxquels le juge ou le législateur incitent les contractants. « La jurisprudence et surtout la doctrine ont étendu la bonne foi à des domaines qu'elle n'avait pas les moyens de conquérir »³³⁹. Elle est notamment impuissante à rendre compte de toutes les manifestations de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, que nous aurons l'occasion d'exposer dans la suite de notre travail.

116. Plusieurs raisons nous incitent à affirmer que c'est la fraternité qui constitue le fondement de la bonne foi qui n'est qu'une manifestation de la prise en compte, et pas le contraire.

D'abord, la bonne foi est une notion inhérente au contrat, et est une règle matérielle du droit contractuel, figurant à l'article 1134 alinéa 3 du code civil. Elle ne peut donc rendre compte de certaines législations participant de la logique de solidarité ou de non exclusion, telle la législation sur le surendettement des particuliers³⁴⁰ par exemple, ou de certaines dispositions du droit des contrats participant de la même logique, telles celles sur le délai de grâce ou la remise de dettes. Le forçage et l'extension de la notion ne peut aller jusqu'à en faire le

³³⁷ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, p. 84.

³³⁸ V. par ex. A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 84 : « La fraternité serait la prise en compte de l'intérêt d'une partie par l'autre. Or nous verrons que la bonne foi implique cette prise en compte. Faut-il alors en déduire que bonne foi et fraternité se confondent ? »

³³⁹ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 247.

fondement de ces techniques ou institutions contractuelles dont dispose le Code civil dans des articles spécifiques de l'alinéa 3 de l'article 1134³⁴¹.

La bonne foi est donc impuissante à rendre compte de tout le phénomène de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Seule la fraternité œuvrant comme principe premier, comme valeur supérieure, est capable de rendre compte de cette dynamique, se manifestant par des techniques juridiques différentes, non seulement inhérentes au contrat. Relevons dans ce sens l'opinion de Mme Thibierge-Guelfucci, qui soutient que le « *cadre de la fraternité présente en outre le mérite d'être plus large que celui de la bonne foi, souvent utilisée pour fédérer les obligations qualitatives qui incombent aux parties ; (...) ; l'exigence de bonne foi, sauf à être étirée jusqu'à la déformation, ne suffit ni à justifier les obligations de conseil, d'assistance, de collaboration et de coopération, ni à fonder les facilités accordées au débiteur, sous la forme de réduction de taux d'intérêt ou de délais de grâce. La fraternité contractuelle, en revanche, constitue un cadre assez large pour les englober et les justifier* »³⁴².

Ensuite, l'attribution au fondement de la bonne foi de tous les comportements nouveaux auxquels le législateur ou le juge tentent de former les contractants entrave la réelle évolution de la théorie générale, parce que ceci provient d'une volonté de renfermer toute innovation dans ce qui existe déjà, refusant d'aller à la recherche de nouveaux principes fondant cette évolution. M. Collart Dutilleul affirme dans ce sens qu'« à trop vouloir expliquer les nouveaux devoirs des contractants par la référence obligée à un article 1134 qui ne dit pas la moitié de ce qu'on lui fait dire, on en dénature le sens, on bride l'évolution du droit des contrats et on maintient ce dernier dans une conception d'autonomie qui procède de celle, pourtant abandonnée, de la volonté individuelle (...) Il y a du droit pour les contrats en dehors du droit des contrats, dans ce que sont le droit commun ou les principes généraux du droit, c'est-à-

³⁴⁰ V. *infra* n^{os} 580 s.

³⁴¹ Nous verrons que le même grief pourrait être avancé à l'égard du solidarisme contractuel, la solidarité étant présentée comme une donnée inhérente au contrat, puisqu'elle est déduite de l'interdépendance de la prise en charge réciproque de l'intérêt contractuel d'une partie par l'autre.

³⁴² C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357, n^o 32.

dire dans ce qu'on peut appeler la Loi commune »³⁴³.

À défaut de considérer la fraternité comme l'un de ces principes généraux du droit applicable au contrat, tel que nous le verrons lors de l'étude de la qualification du concept de fraternité³⁴⁴, nous pensons cependant qu'elle est un principe qui conserve un rôle à jouer en droit du contrat. Elle évite l'hypertrophie de la notion de bonne foi qui « fait un peu figure de technique attrape-tout »³⁴⁵, et l'anéantissement en définitive de celle-ci par l'éclatement de son unité³⁴⁶.

La fraternité évite aussi un autre écueil ; celui des insuffisances du solidarisme contractuel.

Section 2 : Le dépassement des insuffisances du solidarisme contractuel

117. Nous avons établi la comparaison, sur le plan conceptuel, entre solidarité et fraternité et démontré que ces deux notions n'étaient point interchangeables. À ce stade, nous nous intéressons à l'application au contrat de l'idée de solidarité et de la doctrine du solidarisme, à savoir le solidarisme contractuel.

Nous tenterons de démontrer les limites de la doctrine justifiant de préférer la fraternité comme fondement premier à certaines solutions en droit contractuel, que certains font relever du solidarisme contractuel.

Nous exposerons rapidement d'abord les traits du solidarisme contractuel (§1), et nous nous arrêterons ensuite sur certains écueils de la théorisation de l'idée de solidarité au sein du contrat, incitant à préférer le fondement de fraternité (§2).

³⁴³ F. Collart Dutilleul, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 225, spéc. pp. 237-238.

³⁴⁴ V. *infra* n^{os} 139 s.

³⁴⁵ R. Libchaber, obs. sous Cass. civ. 1^e, 13 mai 2003, Bull. civ. n^o 114, p. 89, Defrénois 2003, art. 37845, p. 1568. Dans le même sens, J.-L. Aubert, note sous Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n^o 338, Defrénois 1993, art. 35663, p. 1377: « Il conviendrait de prendre garde à ne pas faire de la "bonne foi" la "bonne à tout faire" de l'exécution du contrat ».

³⁴⁶ En ce sens, S. Darmaisin, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, p. 141, n^o 212 : « La référence à cet article (1134 al. 3) pour la réalisation d'un "forçage" contractuel est fréquente à tel point que l'on ne sait pas réellement si la règle doit être comprise en principe ou si, au contraire, elle n'est qu'un vestige ».

§1. Solidarisme contractuel et tentative d'application de la solidarité au contrat

118. Le solidarisme contractuel est l'application de la doctrine solidariste au contrat³⁴⁷, dans une mouvance de réaction contre les excès de la théorie de l'autonomie de volonté « se réclamant en effet d'une *troisième voie*, médiane entre libéralisme et socialisme »³⁴⁸. Mouvement apparu dans le but de « rompre avec un individualisme alors dominant, qui réduisait le rôle des juristes au seul maintien de la *coexistence des libertés* »³⁴⁹, se rattachant « à une certaine vision de l'homme dans la société »³⁵⁰, il serait promu par « ceux qui ne succombent pas béatement aux valeurs véhiculées par le libéralisme économique et l'individualisme contractuel, et qui ne sacrifient pas dévotement au culte du marché et du profit »³⁵¹.

Sans prétendre annuler la volonté mais seulement « limiter le pouvoir [qui lui est] conféré : celle-ci ne pouvait plus s'imposer dès l'instant qu'elle était supposée contribuer à la destruction de ce lien social »³⁵², les tenants de ce courant « gardent la volonté comme source de l'effet obligatoire, mais en soumettent la validité aux exigences sociales supérieures du solidarisme »³⁵³. Ils « [remettent] en question les principes de liberté, d'égalité et de stabilité contractuelles envisagés comme des dogmes incontestables et immuables »³⁵⁴.

Ils tentent d'introduire l'application des principes de loyauté, de bonne foi, de solidarité et même de fraternité au sein du contrat, ainsi qu'une vision renouvelée de ce dernier comme lieu de coopération et non plus de lutte entre contractants. Cette doctrine « substitue à la vision du contrat comme produit de la conciliation des intérêts égoïstes d'individus également aptes à les défendre celle du contrat comme

³⁴⁷ Rappelons que celle-ci fonde du constat premier l'interdépendance entre membres d'un groupe social, des engagements de solidarité entre eux. V. *supra* n° 54.

³⁴⁸ Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mélanges Paul Didier, Economica, 2008, p. 247, spéc. p. 249.

³⁴⁹ C. Jamin, *Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique*, in Le solidarisme contractuel, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 159, spéc. p. 162.

³⁵⁰ J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport 2003, p. 215.

³⁵¹ D. Mazeaud, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in Le solidarisme contractuel, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 57, spéc. p. 58.

³⁵² C. Jamin, *Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique*, *op. cit.*, spéc. p. 166.

³⁵³ J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport préc.

³⁵⁴ D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, n° 01-00.475, Bull. civ. 2004, I, n° 190, p. 157, D. 2005, p. 1828, n°1.

œuvre de coopération entre des individus situés, unis par des liens de solidarité issus de leur appartenance au groupe social »³⁵⁵.

On peut déceler deux tendances³⁵⁶ majeures au sein de la doctrine du solidarisme contractuel. L'une est à caractère social³⁵⁷ se rapprochant le plus du solidarisme politique exposé plus haut³⁵⁸, et aspirant à une plus grande justice contractuelle. L'autre est à caractère plus moral³⁵⁹ invitant à ne plus regarder le contrat comme un lieu de lutte entre intérêts égoïstes mais plutôt comme instaurant une communauté d'intérêts entre contractants, et inspirant des exigences à côté de celle de justice, de « civisme contractuel »³⁶⁰ – civisme qui « se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et par le respect de l'intérêt légitime de son cocontractant »³⁶¹ –, de loyauté, de solidarité, d'altruisme³⁶², et de fraternité³⁶³ même.

Le solidarisme contractuel se présenterait donc comme le concurrent le plus sérieux pour constituer le fondement à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Cependant, des écueils majeurs sont à mettre en avant, écueils que le concept de fraternité permet de surmonter.

§2. *Les écueils du solidarisme contractuel*

119. Au-delà des critiques traditionnelles bien connues sur l'opportunité du solidarisme contractuel, axées sur les effets de cette doctrine sur la théorie générale classique d'une part, à savoir la crainte d'une trop grande immixtion du juge dans le contrat et partant, la mise en danger de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique³⁶⁴, et d'autre part, la maigre incidence de la théorie en jurisprudence³⁶⁵,

³⁵⁵ E. Savaux, *Solidarisme contractuel et formation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 43.

³⁵⁶ Sur ce point, Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, n° 99-21172, *Juris-Data* n° 2002-012712, *D.* 2002, p. 1974, spéc. nos 16 s.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n° 42, spéc. p. 49; Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, *op. cit.*, spéc. pp. 248-249.

³⁵⁷ Surtout C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 441, spéc. p. 441 et 445.

³⁵⁸ *V. supra* n° 54.

³⁵⁹ Surtout, D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*

³⁶⁰ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, spéc. p. 612; *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, *op. cit.*, spéc. p. 58; obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, *D.* 2002, p. 2841.

³⁶¹ D. Mazeaud, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, *op. cit.*, spéc. p. 58.

³⁶² D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, *D.* 2002, p. 2841.

³⁶³ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle op. cit.*

³⁶⁴ En ce sens, entre nombreux autres, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, Paris, 15^e éd., 2012, n°119-1, spéc. p. 98; L. Leveneur, *Le solidarisme contractuel : un mythe ?*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 173, spéc. p. 187; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*,

nous trouvons plus intéressant à ce stade de nous attarder sur la remise en question de la construction théorique du solidarisme contractuel.

Nous examinerons tour à tour les notions de « contrat microcosme »³⁶⁶ (A) et ensuite celle d « union d'intérêts » (B), toutes deux fondements de la doctrine du solidarisme contractuel, pour démontrer pourquoi le principe de fraternité paraît plus à même de rendre compte de la dynamique de prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

A. Le contrat microcosme

120. Outre la critique que nous avons adressée au solidarisme social pour le court-circuit opéré entre la constatation de l'interdépendance des individus et la déduction de l'obligation de solidarité envers ses semblables, critique qui vaut aussi pour le solidarisme contractuel, un autre élément semble fragiliser la théorie.

Si la donnée initiale sur laquelle se fonde le solidarisme n'est guère discutée, à savoir la société, ce support premier n'est pas si évident au sein du contrat : le contrat est-il une société, pour pouvoir y découvrir l'interdépendance et y appliquer le solidarisme ?

Intéressons-nous d'abord au fondement selon Demogue, à savoir l'analogie artificielle entre le contrat et la société (1), avant de montrer le dépassement possible de celui-ci grâce au concept de fraternité (2).

1. Fondement selon Demogue : analogie artificielle entre contrat et société

121. Le fondement du solidarisme contractuel est la solidarité. Cette doctrine applique au contrat ce que le solidarisme philosophique ou social applique à la société. « Le solidarisme juridique consiste à fonder le droit sur la solidarité et, le solidarisme contractuel, à fonder le contrat sur elle »³⁶⁷.

Éditions Ellipses, Paris, 2008, spéc. n^{os} 5 s.; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 2013, n^o 751, pp. 359-360.

³⁶⁵ V. sur ce point, J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport préc. ; Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, thèse Paris II, 2006, p. 408.

³⁶⁶ R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations*, t. 6, éd. A. Rousseau, Paris, 1931, n^o 3, p. 9.

³⁶⁷ M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, RRRJ 2004, n^o 4, p. 2153, spéc. p. 2157.

Or la solidarité est considérée, dans la théorie du solidarisme social, comme découlant d'une donnée de fait observable : l'interdépendance des membres de la société. Donc, pour pouvoir appliquer la solidarité au contrat, il est nécessaire de considérer le contrat lui-même comme une société où pourrait être observable le fait de l'interdépendance.

122. C'est ce que qu'on attribue à Demogue lorsqu'il parle du contrat comme d'une petite société, comme « un microcosme » : « les contractants forment une sorte de 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. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union »³⁶⁸.

Ainsi, sans la considérer comme une des normes de la morale sociale s'imposant aux contractants, Demogue, pour fonder la collaboration entre les cocontractants, opère un passage par le contrat microcosme. M. Stoffel-Munck affirme dans ce sens que, sans « déduire immédiatement que l'article 1134 alinéa 3 était à même de fonder la responsabilité du créancier indélicat dans l'exercice de ses droits, Demogue ne se rend pas directement à cette conclusion. Il expose d'abord sa vision communautaire du contrat, ce "microcosme" où "chacun doit travailler dans un but commun", et ce n'est qu'après qu'il en déduit que le créancier "peut avoir un certain devoir de collaboration" et devra supporter une responsabilité s'il y manque »³⁶⁹.

123. D'ailleurs, il n'est pas clair si l'analogie opérée par Demogue est entre le contrat et la société ou entre le contrat et le contrat de société, considérant tout contrat sur le modèle de ce dernier.

En faveur de la première hypothèse, on a pu soutenir que « [la] solidarité aurait cette vertu particulière de pouvoir se diffuser (...), de la société au contrat, parce que ce dernier serait un acte social (...). En outre, (...) le contrat serait solidaire

³⁶⁸ R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations, op. cit.*, n° 3, p. 9. V. pour un antécédent à cette pensée E. Gounot, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. Rousseau Editeur, Paris, 1912, p. 23 : il soutient que le contrat ne doit pas être le « lieu du choc désordonné de deux égoïsmes [mais] un principe d'union et de solidarité ».

parce qu'il créerait une communauté entre les contractants »³⁷⁰. Le glissement est donc opéré entre la *communauté* d'intérêt et la communauté au sens de société entre les contractants. Le solidarisme contractuel établit donc une analogie entre la société et le contrat, pour en déduire une vision contractuelle où chaque contractant est tenu d'œuvrer dans « un but commun ». Or, nous trouvons cette analogie un peu forcée et artificielle, et nous affirmons avec M. Mignot que « dire que le contrat crée une petite société ou qu'il est construit à l'image de la grande société est une affirmation qui reste à démontrer »³⁷¹.

Dans le deuxième cas, il reste aussi critiquable de considérer que tout contrat est construit sur le modèle du contrat de société³⁷². En effet, « la société ne saurait servir de matrice contractuelle. Peut-être que, dans la pensée de Demogue, le contrat-échange n'était pas suffisamment distingué du contrat-organisation, l'union entre contractants n'existant que dans celui-ci, le rapport de force caractérisant celui-là »³⁷³. Toujours est-il que dans ce deuxième cas, le solidarisme contractuel, à supposer qu'il puisse constituer le fondement des normes particulières de comportement entre contractants, ne pourrait que rendre compte des contrats-organisation, et se présenterait comme une particularité à ceux-ci.

2. Dépassement de cette analogie grâce au concept de fraternité

124. Pour la fraternité ce passage par l'analogie entre le contrat et la société est inutile. La fraternité certes, est aussi fortement liée à la notion de société comme nous avons pu le noter, mais elle n'a nullement besoin, théoriquement, du support premier organisationnel de « société » où serait constatée la loi d'interdépendance des intérêts.

Elle a vocation à s'appliquer en société, mais il lui suffit pour jouer un rapport donc une altérité, sans imbrication originelle des intérêts, puisqu'elle est

³⁶⁹ Ph Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, 2000, n° 69, p. 70.

³⁷⁰ M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, *op. cit.*, spéc. p. 2158.

³⁷¹ M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, *op. cit.*, spéc. p. 2165.

³⁷² V. *infra* n°s 128 s.

³⁷³ J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 99, spéc. p. 120.

essentiellement une qualité de rapport³⁷⁴. Elle participe sûrement d'une certaine conception du monde, de la société et des rapports qui devraient y régner mais elle n'est pas consubstantiellement liée à l'existence préalable d'un système interdépendant d'intérêts. Nous avons vu que pour certains, elle est même un idéal vers lequel les rapports en société devraient tendre, donc son existence préalable et originelle n'est pas une condition.

125. Soulignons que M. Mignot critique aussi l'analogie entre contrat et communauté, en soutenant que « le contrat ne crée aucune communauté susceptible de donner naissance à la solidarité »³⁷⁵ et qu'il ne pourrait le faire que « s'il repose sur une communauté d'être, et non d'avoir »³⁷⁶. Pour lui, « l'échange marchand est un acte égoïste et repose, en principe, sur un antagonisme d'intérêts, alors que la communauté est fondée sur l'altruisme et sur la fusion des intérêts moraux et patrimoniaux des membres de celle-ci »³⁷⁷. La communauté ne serait pour lui qu'une communauté d'être, et est exclusivement fondée sur l'altruisme et la fusion des intérêts.

Même si nous soutenons que le glissement entre la communauté d'intérêt et la communauté est critiquable, nous ne pensons guère que le contrat donne exclusivement naissance à une communauté d'avoir, et qu'il faudrait le regarder exclusivement sous ce prisme. Hormis le lien d'échange économique, le lien interpersonnel entre les cocontractants existe et aurait une incidence, ce lien étant de plus en plus mis en lumière, comme nous l'avons vu³⁷⁸. Ensuite, si la communauté, pour exister, suppose la fusion d'intérêts ou l'altruisme, il n'y aurait presque plus de communautés. L'altruisme, la coopération, le rapprochement entre les intérêts peuvent très bien être conçus comme objectifs vers lesquels tendent les rapports et non comme conditions de base pour l'existence d'une communauté.

Intéressons-nous maintenant au deuxième concept essentiel pour le solidarisme contractuel : l'union des intérêts.

³⁷⁴ V. *supra* n° 67.

³⁷⁵ M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, *op. cit.*, spéc. p. 2159.

³⁷⁶ *Ibid.* p. 2165.

³⁷⁷ M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, *op. cit.*, spéc. p. 2170.

³⁷⁸ V. *supra* n° 9.

B. L'union d'intérêts

126. Le solidarisme contractuel présente une curieuse ambiguïté. Si celui-ci met en avant la valeur de solidarité, et est critiqué pour son caractère exagérément « utopique ou angélique (...) ou sa méconnaissance de la nature réelle du contrat, notamment son caractère conflictuel »³⁷⁹, d'autres soutiennent que les solutions rattachées à celui-ci n'ont aucun rapport avec l'altruisme, et se placent beaucoup plus du côté de l'utilité économique³⁸⁰.

Cette ambiguïté s'explique par le deuxième fondement conceptuel du solidarisme contractuel : la notion de communauté ou d'union d'intérêt (1). Ce fondement peut aussi être dépassé grâce au concept de fraternité (2).

1. Union d'intérêts et contradiction avec la solidarité

127. Reprenons ce qu'affirme Demogue : le contrat « (...) 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. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union »³⁸¹.

Pour lui, le contrat fonde donc nécessairement une union d'intérêts. Cette notion est un des préceptes fondateurs du solidarisme contractuel³⁸². Pour celle-ci, « le contrat repose sur une union, voire une fusion, des intérêts des contractants, qui explique que chacun doive prendre en compte ou respecter l'intérêt de l'autre »³⁸³.

Or, d'une part, l'union des intérêts est contredite par la réalité dans la plupart des contrats (a), de l'autre, cette union d'intérêt contredit la solidarité-altruisme (b).

a. Extension artificielle de l'intérêt commun à tous les contrats

³⁷⁹ M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, op. cit., spéc. p. 2158.

³⁸⁰ Dans ce sens, C. Jamin, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 7, spéc. p. 19 : « pourquoi faire porter la suspicion du côté de l'intérêt commun tout en liant celui-ci à l'angélisme ? Les économistes, et quelques sociologues, ne nous ont-ils pas appris que la coopération antagoniste était moins du côté du moralisme que de celui de la simple efficacité ? »

³⁸¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations*, op. cit., n° 3, p. 9.

³⁸² M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, op. cit., spéc. p. 2154 : « Le principe fondateur du solidarisme, posé initialement par René Demogue, (...) est celui de l'union des intérêts des contractants ».

³⁸³ *Ibid.*, p. 2172.

128. Seuls certains contrats présentent objectivement une communauté d'intérêt, et soutenir par exemple que, dans tout contrat synallagmatique, les parties trouvent un intérêt commun au contrat puisque chacune souhaite en retirer une contrepartie, revient à vider la notion d'intérêt commun de son contenu³⁸⁴. En effet, et dans la plupart des contrats, même ceux établissant les bases d'une coopération, ou d'une « œuvre commune » qui dure dans le temps, les intérêts des parties ne sont point convergents³⁸⁵.

129. La distinction entre contrat-échange et contrat-organisation³⁸⁶ est utile à cet égard, c'est pourquoi il paraît nécessaire de s'y arrêter rapidement ; « [le] premier type de contrat (le contrat-échange) établit entre les parties un jeu à somme nulle (...), et les intérêts des contractants y sont donc largement divergents (...). Le deuxième type de contrat (le contrat-organisation) (...) crée entre les parties les conditions d'un jeu de coopération (...) et leurs intérêts sont donc structurellement convergents »³⁸⁷.

³⁸⁴ Th. Hassler, *L'intérêt commun*, RTD com 1984, p. 581, spéc. p. 584 : « Toutefois, l'extension du domaine de l'intérêt commun à tous les contrats ne doit pas se faire au détriment de l'efficacité du concept. Il faut cantonner celui-ci dans des limites rigoureuses. Tout d'abord, on ne saurait inférer de la stipulation d'une rémunération que tous les contrats onéreux sont des contrats d'intérêt commun. L'admettre diluerait par trop le concept ». Dans ce sens égal. V. J.-P. Chazal, obs. sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, JCP G 1998, II, 10085 : « Ou bien, l'on privilégie une acception extensive de l'intérêt commun. Dans cette hypothèse, on induit l'intérêt commun "dès l'instant que la réalisation de l'objet du contrat présente pour les deux parties un intérêt" (Ph. Le Tourneau et G. Virassamy, *Concessions*, J.-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 531, n° 16, refondu, Fasc. 1010). Dès lors, tout contrat synallagmatique paraît être conclu dans l'intérêt commun des parties. Il suffit de rappeler que pour Saint Thomas d'Aquin "l'achat et la vente semblent avoir été institués dans l'intérêt commun des deux parties, chacune d'elles ayant besoin de ce que l'autre possède" (*Somme théologique*, II, Quest. 77, art. 1er) ».

³⁸⁵ V. G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, Paris, 1961, pp. 11 s. : les contrats opèrent « un compromis entre des intérêts antagonistes ou tout au moins différents ». Sur le contrat d'édition par exemple, et pour lui refuser la qualification de contrat de société pour défaut d'intérêt commun, V. Y. Guyon, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, Economica, Paris, 12^e éd., 2003, n° 126, p. 135 : « dans le contrat d'édition on trouve les principaux éléments objectifs d'une société : l'auteur apporte son manuscrit, l'éditeur son argent et son savoir-faire. L'un et l'autre se répartissent le prix de vente de l'ouvrage. Ils souhaitent tous deux son succès. Pourtant leurs intérêts ne sont pas toujours absolument parallèles. L'auteur peut préférer l'estime des spécialistes alors que l'éditeur recherche davantage le succès commercial, quitte parfois à ce que la qualité de l'ouvrage s'en ressente. Il n'y a donc pas, en principe, société, faute d'affectio societatis ».

³⁸⁶ V. sur cette distinction entre autres P. Didier, *Le consentement sans l'échange : contrat de société*, RJ com. 1995, n° spécial, L'échange des consentements, p. 75 ; *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 636 ; M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, op. cit., spéc. p. 2172, n° 30 et s. ; Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mélanges Paul Didier, Economica, 2008, p. 247, spéc. p. 260.

³⁸⁷ P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, op. cit.

Dans les contrats-échange la divergence des intérêts est extrême, l'effort commun, dans un même sens, est difficilement concevable. La plupart du temps, dans les contrats synallagmatiques, chaque partie recherche son intérêt personnel avec un fort degré d'égoïsme tentant de maximiser ce qu'elle gagne, tout en essayant de réduire au minimum ce qu'elle fournit.

Dans les contrats-organisation, la communauté des intérêts apparaît plus clairement ; il « prend sa source dans un concours de consentements poursuivant un objectif commun »³⁸⁸. Il y a soit une mise en commun de moyens pour réduire les pertes de chaque partie en augmentant leur profit respectif, c'est la « *mise en commun d'actifs spécifiques et complémentaires* »³⁸⁹ qui imbrique les parties dans une situation de dépendance l'une vis-à-vis de l'autre en appelant une coopération entre elles ; soit une mise en commun pour la recherche d'un intérêt supérieur commun, soit effectivement recherche du même objectif. L'intérêt des deux parties est dans ce dernier cas le même.

Certains ont pu proposer des catégories intermédiaires de contrats, tels le contrat-coopération³⁹⁰, le contrat-partage³⁹¹, ou le contrat-alliance³⁹². Ces déclinaisons différentes cachent des réalités qui se rapprochent, traduisant l'idée des contrats d'intérêt commun³⁹³. Par exemple, le contrat-coopération, figure contractuelle intermédiaire entre le contrat-permutation « situation d'antagonisme radical »³⁹⁴ et le contrat-concentration qui « établit entre les parties une confusion des intérêts, qui se trouvent en conséquence coalisés : l'altérité des parties disparaît derrière la personification de la volonté d'ensemble »³⁹⁵, opère « une mise en relation d'actifs

³⁸⁸ P. Didier, *Le consentement sans l'échange : contrat de société, op. cit.*

³⁸⁹ M. Mignot, *op. cit.*, p. 2174.

³⁹⁰ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n° 78, spéc. p. 104 ; S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012 ; M. Latina, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Contrat, n° 233 ; F. Descorps-Declère, *Pour une obligation d'adaptation des contrats de coopération. Contribution à l'étude du contrat évolutif*, thèse, Paris I, 2000 ; Y. Picod, *Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale*, in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 805.

³⁹¹ F. Chénéde, *Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles*, RDC 2011, pp. 709 s.

³⁹² J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, Paris, 2012 ; A. Sériaux, *Le droit. Une introduction*, Éditions Ellipses, Paris, 2007, p. 110, n° 125.

³⁹³ Sur le rapprochement entre ces notions, V. M. Latina, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Contrat, n^{os} 233-234. Sur le fait que c'est le contrat d'intérêt commun qui est ainsi mis en avant, V. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 78, spéc. p. 104.

³⁹⁴ R. Libchaber, *Suzanne Lequette, Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, RTD civ. 2012, p. 588.

³⁹⁵ *Ibid.*

complémentaires dans le cadre d'un projet commun mettant ainsi en scène des intérêts économiques convergents mais différents »³⁹⁶.

130. Raisonnons sur l'exemple du contrat de concession commerciale qui pose une difficulté de qualification³⁹⁷.

Certains estiment que l'effort entrepris pour la constitution d'une clientèle commune suffit à qualifier l'intérêt commun³⁹⁸, puisqu'il y aurait convergence d'intérêts. Contrairement à cette opinion certains³⁹⁹ soutiennent que « le concept contractuel que postule la concession commerciale, met en rapport deux personnes dont les volontés se rencontrent, mues par des intérêts non point communs, mais divergents. Chez l'une, c'est fabriquer pour vendre, chez l'autre, c'est acheter pour revendre (...). Dans le contrat, il n'y a donc pas véritablement des intérêts communs,

³⁹⁶ S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, spéc. n° 180.

³⁹⁷ Sur la notion d'intérêt commun dans les contrats de distribution, V. L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, Paris, 1995, n°s 123 s, pp. 112 s.

³⁹⁸ En ce sens Th. Hassler, *L'intérêt commun, op. cit.*, spéc. p. 588 : « Dans le contrat de concession comme dans un mandat d'intérêt commun la clientèle est le creuset d'une communauté d'intérêts ». V. égal. J. Guyénot, note sous CA Amiens 29 nov. 73, *Gaz Pal.* 1974, p. 192, spéc. n° 3 : « la Cour d'appel d'Amiens renoue incontestablement avec une conception déjà exprimée par le doyen Ripert estimant, à propos de contrats d'intermédiaires du commerce que l'on est en présence de conventions particulières dont l'objet est une *collaboration économique* en vue de la constitution en commun d'une clientèle (Ripert, *chr. D. H* 1938-3). En ce sens, le contrat de concession commerciale est un contrat d'intérêt commun » ; et *Concessions. Distribution, circuits et réseaux de distribution. Inventaire des diverses concessions. Fondement et protection des réseaux de distribution*, J.-Cl. Com. Contrats-Distribution, fasc.1010, par Ph. Le Tourneau, n° 104 : « l'objectif commun est le développement de la clientèle, qui sera bénéfique tant pour le concédant que pour le concessionnaire (...). L'intérêt commun procède de la collaboration des deux parties à la réalisation d'une œuvre commune, au sein de laquelle leur intérêt particulier, tout en subsistant, convergent étroitement ».

³⁹⁹ V. D. Plantamp, *L'intérêt commun dans les contrats de distribution*, ALD 1990, p. 177, spéc. p. 178, n° 8 : « dans la pratique de la concession ou de la franchise, l'intérêt commun entre concédant et concessionnaire, entre franchiseur et franchisé, est illusoire. Seuls existent sur le terrain des intérêts divergents de part et d'autre. L'illusion provient de la complexité de ce type de relation bâtie sur un enchevêtrement de rapports obligatoires qui crée l'apparence d'une communauté d'intérêts » ; T. Buhagiar, *Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive ?*, *JCP* 1975, C.I., 11636, n° 2 ; J.-M. Leloup, *Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, Paris, 1978, p. 940 (Ces références sont tirées de L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution, op. cit.*, n° 128, pp. 113-114). V. égal. « *Affectio societatis* », J.-Cl. Soc., fasc. 20-10, par Y. Guyon, actualisé par A. Mairot, n° 33 ; J.-P. Chazal, obs. sous Cass. com. 7 oct. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 252, *préc.* : « Les contractants n'ont que rarement des intérêts purement communs. Leurs intérêts sont parfois contradictoires et le plus souvent égoïstes, même si cet égoïsme est tempéré par la nécessité de collaborer pour atteindre un objectif. Il est naïf de ne voir dans les contrats de distribution qu'une coopération ou qu'un intérêt supérieur du réseau. Mieux vaut parler de "coopération antagoniste" (J. Carbonnier, *Les Obligations*, PUF, n° 113). Les contrats de distribution révèlent à l'évidence un lien de domination économique, plus qu'une volonté de collaboration sur un pied d'égalité ». Notons qu'en plus, pour ce dernier auteur, l'application de cette notion est inopportune dans les contrats de concession puisqu'elle introduirait une rigidité dans la gestion du réseau, puisqu'à chaque rupture, le concédant devra motiver sa décision, ou sinon, payer des dommages-intérêts.

mais plutôt un enchevêtrement de rapports obligataires, partant de deux points opposés pour se croiser et aboutir aux deux pôles de l'opération »⁴⁰⁰.

Ainsi, d'une part, les intérêts peuvent réellement présenter un certain caractère *commun* ou une *union*, avec une intensité pouvant varier de degrés. Ceux-ci peuvent être convergents, ou identiques.

D'autre part, les intérêts peuvent être fort différents et divergents et alors l'« on perçoit mal où est, dans cette conception, le but commun, le principe d'union existant entre les contractants, chacune des parties poursuivant la réalisation d'un objectif et la satisfaction d'un intérêt qui lui sont propres »⁴⁰¹.

131. Ceci nous permet de soutenir avec M. Hassler, qu'« [on] ne peut donc pas approuver les tentations doctrinales visant à diffuser l'intérêt commun dans des conventions où les parties ont des intérêts divergents. L'intérêt ne peut véritablement être commun que si le créancier du prix trouve un intérêt personnel à l'obligation dont il est le débiteur »⁴⁰².

Ceci nous mène de manière corrélative à repousser la tentative de fonder les dynamiques de collaboration, de coopération et de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, sur la généralisation de l'*affectio societatis* et du modèle de contrat de société à tous les contrats, en la transposant par la notion d'« *affectio contractus* ». Celles-ci ne peuvent être rattachées à un argument de technique contractuelle, l'intérêt commun, et un autre fondement doit en être recherché.

⁴⁰⁰ J. Guyénot, note sous CA Amiens 29 nov. 1973, Gaz Pal. 1974, p. 192, spéc. n° 3. *Contra* R. Rodière et C. Champaud, *À propos des pompistes de marques : les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur*, JCP 1966, I, 1988, n° 5. V. égal. A. Constantin, note sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, LPA 16 sept. 1998, p. 17, spéc. n°s 13, 17 et 18 : « la notion de clientèle commune, telle qu'elle justifie l'application du régime du mandat d'intérêt commun, ne se rencontre pas dans le contrat de concession (...). À la différence du mandataire d'intérêt commun, le concessionnaire exploite en effet une clientèle propre, dans son intérêt personnel direct (...) Le concessionnaire est, en principe, un commerçant indépendant qui agit en son nom et pour son propre compte en achetant personnellement des marchandises en vue de les revendre à sa propre clientèle, en assumant de la sorte personnellement le risque économique de ces opérations » ; et *eod. loc.* n° 21 : « Chacun déploie ses efforts en direction de la clientèle afin de satisfaire son intérêt personnel. Mais, ce faisant, l'intérêt de l'autre contractant se trouve également réalisé, par voie de conséquence. Tout le système économique et juridique de la concession repose fondamentalement sur ce mécanisme (...). Elle ne méconnaît nullement le fait, évident, que les parties à un tel contrat peuvent avoir et ont fréquemment, des intérêts divergents. Elle repose en revanche sur l'idée qu'en contractant, ces parties ont entendu lier étroitement leurs intérêts particuliers, en subordonnant la satisfaction de ces derniers à la réalisation du but commun, laquelle suppose nécessairement une collaboration entre elles ».

⁴⁰¹ Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, *op. cit.*, spéc. p. 258.

⁴⁰² Th. Hassler, *L'intérêt commun*, *op. cit.*, spéc. p. 584.

Nous verrons que ces deux configurations, de convergences ou de divergences des intérêts, vont nous aider à démontrer que, dans tous les cas, le raisonnement en termes d'union d'intérêt exclut la solidarité-altruisme.

b. Contradiction entre solidarisme et solidarité-altruisme

132. Le solidarisme est donc « [entendu] comme l'union des cocontractants en vue d'atteindre un but commun, le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en considération, voire en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices »⁴⁰³. Cette opinion nous aide à révéler que le solidarisme contractuel opère une forme de « mélange de mobiles »⁴⁰⁴ entre d'une part, l'utilitarisme invitant à réaliser un avantage plus grand ou plus important que son seul intérêt propre, au moyen d'une « union en vue d'atteindre un but commun », et d'autre part, la logique du dépassement de l'intérêt propre s'apparentant plus à l'altruisme ou au sacrifice.

Travailler pour un intérêt commun⁴⁰⁵, ou coopérer dans une œuvre commune⁴⁰⁶, ou même fusionner les intérêts en jeu⁴⁰⁷, sont des processus s'éloignant de la solidarité, entendue comme dynamique altruiste. Dans toutes ces situations, l'attention n'est pas portée à l'intérêt d'autrui mais à son propre intérêt, ou du moins à une certaine combinaison de l'intérêt personnel avec celui d'autrui, donc elles s'allient beaucoup plus avec la logique utilitariste⁴⁰⁸. Or « [l']utilité du contrat se confond avec la satisfaction égoïste de l'intérêt de chaque partie et suppose un calcul permanent maximisateur de cet intérêt »⁴⁰⁹. Ainsi l'union d'intérêts, fondement du solidarisme, fait dériver ce dernier de l'égoïsme et exclut la solidarité dans le sens d'altruisme.

⁴⁰³ J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport 2003, p. 215.

⁴⁰⁴ C. Bouglé, *Notes sur les origines chrétiennes du solidarisme*, Revue de métaphysique et de morale, p. 251, spéc. p. 261.

⁴⁰⁵ Sur ce point, J.-L. Baudoin, *op. cit.*, p. 15 : « La solidarité exige comme condition sine qua non une communauté d'intérêts (...) Sont donc solidaires les personnes liées entre elles par la poursuite d'un but commun, qui partagent une vision identique de la réalité et poursuivent à travers un mouvement concerté un objectif commun ».

⁴⁰⁶ Sur ce point, C. Bouglé, *op. cit.*, p. 261 : « La coopération proprement dite nous transporte à un niveau encore plus élevé lorsque les coopérateurs consacrent tout ou partie des bonis à quelque œuvre commune ».

⁴⁰⁷ Sur ce point, Mensuel *La solidarité*, 1849 : « La solidarité n'est autre chose qu'un rapport qui rattache et confond les intérêts », cité in G. Antoine, *Liberté, Egalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris 1981, p. 154 ; C. Bouglé, *op. cit.*, p. 262.

⁴⁰⁸ V. *supra* n^{os} 79 s.

⁴⁰⁹ M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, *op. cit.*, spéc. p. 2159.

133. Précisons un peu plus la relation entre la prise en compte de l'intérêt du cocontractant et cette notion d'*union* ou de *communauté d'intérêts* en se servant de la distinction entre intérêts convergents et divergents.

Si les intérêts sont convergents ou identiques, et l'objectif véritablement commun (comme dans les contrats-organisation), alors, dans ce cas, « plus les intérêts des parties sont unis, plus chacune a intérêt à prendre en compte l'intérêt de l'autre, *dans son propre intérêt*, pour que l'autre en fasse de même, parce que l'intérêt d'autrui est son propre intérêt »⁴¹⁰. La collaboration dans ce cas découle de la nature du contrat, de l'identité des intérêts et alors l'altruisme est exclu, chacun travaillant en fin de compte pour la réalisation de son propre intérêt.

Si les intérêts sont divergents, le solidarisme contractuel les considère au moins comme imbriqués ou interdépendants⁴¹¹. L'égoïsme dans la recherche de son intérêt propre engendre le besoin d'autrui « chaque contractant étant intéressé par la différence de l'autre et cherchant à obtenir de lui ce qu'il n'a pas »⁴¹². Dans ce cas, la prise en compte ou « le respect par le contractant de l'intérêt de l'autre contractant est le moyen pour lui d'obtenir la satisfaction de son intérêt propre (...) Ce n'est donc pas l'altruisme qui pousse une partie à satisfaire au mieux les intérêts de l'autre partie, mais son égoïsme bien compris, satisfait en retour par l'exécution utile de ses propres obligations par l'autre partie »⁴¹³. C'est l'égoïsme qui est encouragé ici : la prise en compte de l'intérêt d'autrui est un moyen de renforcer la réalisation de l'intérêt personnel.

134. « 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 »⁴¹⁴. C'est cette affirmation qui paraît quelque peu contradictoire : comment l'intérêt commun peut-il être le fondement d'une morale du renoncement ? Tout au plus peut-il être le fondement d'une « morale » du « *renonces*

⁴¹⁰ *Ibid.*, spéc. p. 2178, n° 40.

⁴¹¹ À la manière de la prise en charge de l'intérêt de l'autre partie, dans les contrats synallagmatiques, constitutive du solidarisme contractuel selon Mme Courdier-Cuisinier, *thèse préc.*

⁴¹² M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, *op. cit.*, spéc. p. 2169, n° 25.

⁴¹³ M. Mignot, *op. cit.*, p. 2178, n° 39.

⁴¹⁴ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 617.

maintenant pour mieux voir ton intérêt réalisé plus tard », raisonnement s'apparentant beaucoup plus à l'utilitarisme⁴¹⁵.

Ces considérations précédentes nous permettent d'affirmer avec un auteur que le « solidarisme de fait laisse sa part aux calculs de l'égoïsme en espérant en tirer parti pour le profit général. Mais nul part le désintéressement ne se présente directement, le solidarisme n'est que la forme avancée et calculée de l'intérêt contractuel »⁴¹⁶.

Dans la théorie du solidarisme contractuel, il y a donc confusion entre la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, et l'utilité.

Rappelons que la prise en compte de l'intérêt du cocontractant n'implique pas automatiquement l'altruisme. Au contraire, elle peut dériver d'une logique utilitariste si la partie contractante a intérêt à prendre en compte l'intérêt de l'autre partie, soit parce qu'elle partage le même intérêt avec elle, soit parce que l'intérêt de cette dernière lui sert à la réalisation du sien. C'est ce qui nous a imposé de tenter d'identifier une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant⁴¹⁷.

Le solidarisme contractuel ne peut se présenter donc comme fondement à une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

135. Une dernière précision s'impose. Nous ne voulons guère soutenir que ces deux ordres d'idées (morale et utilitarisme) sont exclusifs l'un de l'autre. La prise en compte, même pure, de l'intérêt du partenaire contractuel, n'exclut point toute utilité ou intérêt propres au contrat. En effet, nous avons déjà démontré que le désintéressement n'est pas exclusif de tout intérêt personnel, et que la prise en compte de l'intérêt d'autrui dans un esprit altruiste n'est pas synonyme du sacrifice⁴¹⁸. Ce que nous contestons c'est la place de fondement de cette notion de communauté d'intérêt au sein de la doctrine solidariste, c'est d'affirmer que la

⁴¹⁵ Dans ce sens, J. Hauser, *Rapport de synthèse. Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 193, spéc. p. 195 : « le contrat est un instrument de pouvoir et si je respecte l'intérêt social et les intérêts particuliers c'est dans *mon intérêt* que je les respecte. Le solidarisme (...) resterait donc bien la simple prise en compte des autres dans une perspective personnelle ».

⁴¹⁶ J. Hauser, *Rapport de synthèse. Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, *op. cit.*, spéc. p. 197.

⁴¹⁷ *V. supra* n^{os} 19 s.

⁴¹⁸ Dans ce sens peu importe donc que « le contrat ne [soit] pas conclu par une partie exclusivement pour la satisfaction des intérêts de l'autre partie » (M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, *op. cit.*, spéc. p. 2178). Ceci n'exclut point la fraternité.

solidarité – dans le sens d’altruisme – découle de cette communauté d’intérêts. La solidarité peut s’avérer utile, mais elle ne peut être fondée sur l’utilité.

La confusion entre l’altruisme et l’égoïsme, opérée par le solidarisme contractuel et la notion de communauté ou d’union d’intérêts, peut être dépassée grâce au concept de fraternité.

2. Dépassement de la communauté d’intérêts grâce au concept de fraternité

136. Nous avons déjà mis en évidence la différence entre logiques de fraternité et de communauté d’intérêts⁴¹⁹.

La notion de fraternité porte en elle-même une dimension d’altruisme qui ne découle d’aucune notion d’*union d’intérêts* ou de *communauté d’intérêt*. Elle nécessite au contraire une altérité pour exister, et se renforce plus le degré d’altérité des intérêts est fort. Son rapport avec la communauté ou l’identité d’intérêts est inversement proportionnel⁴²⁰. Non seulement la fraternité ne dépend pas de l’union des intérêts mais, au contraire, elle est plus nettement révélée en cas de divergence des intérêts, ne pouvant être confondue avec un *acte entrepris dans son intérêt personnel imbriqué ou identique à l’intérêt du cocontractant*.

Le principe de fraternité paraît donc beaucoup plus adéquat à fonder la prise en compte pure de l’intérêt du cocontractant.

Où le solidarisme prône une union dans l’identité des intérêts par la notion de « communauté d’intérêts » qu’il tente de généraliser la rendant inhérente à tout contrat, nous prônons une union dans la distinction : seule la fraternité est capable de renfermer ces dynamiques diverses de « prise en compte de l’intérêt du cocontractant » à côté de la recherche de l’intérêt personnel qui demeure le moteur du contrat.

Ainsi la fraternité ne place pas l’altruisme – ou la solidarité – comme essence du contrat, ce dernier demeurant en premier lieu une technique au service de la réalisation d’un intérêt égoïste. La fraternité joue comme principe inspirateur d’une certaine qualité de comportement entre contractants, en parallèle à la réalisation de l’objet du contrat et à la recherche de l’intérêt personnel qui en demeurent les fondements.

⁴¹⁹ V. *supra* n^{os} 79 s.

Elle permet de rendre compte du constat de cette mouvance incitant les parties, au sein de leurs relations antagonistes, à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Elle se présente comme un plus fidèle fondement et rend compte du phénomène sans le détour, artificiel et déformateur du contrat, de la notion d'union des intérêts.

Conclusion du Chapitre 1

137. Le concept de fraternité permet ainsi de dépasser les insuffisances des fondements concurrents de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Il permet d'abord de dépasser l'hypertrophie de la bonne foi, et ensuite, les écueils du solidarisme contractuel, à savoir les notions de contrat microcosme avec l'analogie artificielle entre le contrat et la société, et l'union des intérêts avec la confusion qu'elle introduit entre les logiques de solidarité et d'utilité.

Celui-ci se présente en définitive comme le fondement adéquat d'une théorie pure de la prise en compte.

Chapitre 2 : Fraternité : principe premier fondant la prise en compte

138. Exposons la qualification juridique du concept de fraternité (Section 1), avant de démontrer la fonction de cette valeur supérieure comme fondement de la prise en compte (Section 2).

Section 1 : Qualification juridique du concept : Principe-affirmation première

139. Comment cette fraternité pénètre-t-elle le droit et quel est son mode opératoire ? Cette question sur le régime opératoire de celle-ci, revient à poser celle de sa qualification.

La qualification est définie selon le Vocabulaire juridique Cornu, comme « [o]pération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut,

⁴²⁰ V. *supra* nos 81 s..

acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »⁴²¹.

La fraternité est-elle une obligation ou un devoir ? Est-elle un principe ? De quelle nature ? Au regard de la matière nous intéressant, à savoir, le droit du contrat, il est difficile d'imaginer que les parties stipuleraient une « obligation de fraternité » dans leur contrat. Cependant nous avons vu que si une volonté existe, de la part du législateur ou du juge, de prendre position sur la qualité du lien devant unir les parties au contrat, la valeur de la fraternité serait quand même appelée à jouer au sein de celui-ci. Le rôle du juge sera primordial ici.

Nous verrons que les qualifications d'obligation ou de devoir devraient être écartées (§1) et que la fraternité constitue un principe d'inspiration de solutions juridiques pour le juge, le législateur, et les parties, notamment en droit du contrat (§2).

§1. Rejet des qualifications d'obligation ou de devoir

140. La fraternité ne peut en tant que telle être imposée sous forme d'obligation pour deux raisons essentielles.

D'abord « son concept lui interdit à jamais de constituer une obligation de résultat, elle a en effet contre elle de ne pas désigner et de ne pas nommer ses propres conséquences ou applications juridiques »⁴²². Même si un effort certain peut être entrepris dans la définition de celle-ci, elle gardera toujours, de part son essence, une dimension insaisissable, une dose de flou. L'obligation pour pouvoir être imposée devrait être dotée d'un minimum de précision pour ne pas risquer l'arbitraire.

Ensuite, la fraternité ne pourra être de ces « obligation dégagées par le juge »⁴²³ qui, par une sorte de « forçage »⁴²⁴ du contrat, en découvre de nouvelles non expressément stipulées par les parties, puisqu'elle n'est pas inhérente au contrat. Il est intéressant sur ce point, de revenir sur les développements de M. Darmaisin sur le « Contrat moral »⁴²⁵. Dans sa thèse, il distingue au sein du contrat entre obligations

⁴²¹ G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014, V^o Qualification.

⁴²² M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 624.

⁴²³ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, p. 113, n^o 156.

⁴²⁴ L. Josserand, *L'essor moderne du concept contractuel in Mélanges François Génys*, Vol. 2, éd. Sirey, Paris, 1935, p. 340.

⁴²⁵ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, *op. cit.*

morales et obligations structurelles qui seraient complémentaires⁴²⁶. La responsabilité civile du cocontractant peut être invoquée pour méconnaissance d'une obligation morale, et l'« originalité de [celle-ci] réside dans le fait qu'elle n'a pas à être prévue au contrat pour produire effet »⁴²⁷. Ce facteur brouille quelque peu la réflexion sur le mode opératoire de la fraternité. Peut-elle constituer une obligation morale s'imposant aux parties à un contrat, puisqu'elle n'a pas besoin d'être explicitement consacrée par elles ? La réponse doit être négative ; « le support de l'obligation morale est le contrat »⁴²⁸. Elle doit donc être inhérente au contrat, ce qui ne peut être le cas de la fraternité.

La fraternité ne peut donc, à défaut d'être précise ou inhérente au contrat, constituer une obligation.

Certes, la fraternité pourrait constituer un fondement premier à certaines obligations – que M. Darmaisin qualifieraient justement de « morales »⁴²⁹ – plus précises dans leur contenu ou domaine, ou même à d'autres principes. La fraternité doit pour pouvoir s'appliquer, opérer un passage par la traduction en « obligation de faire ou de ne pas faire, obligation dont il incombe aux gouvernements de déterminer le contenu, l'étendue et la sanction. (...) [Il convient donc] finalement, de l'envisager comme un véritable principe ou un véritable fondement potentiel et effectif du Droit »⁴³⁰.

141. Ensuite, le devoir⁴³¹ est défini comme « certaines règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent (qui se trouvent avoir aussi une coloration morale) »⁴³². La fraternité correspondrait-elle alors à un devoir ?

La réponse doit être négative. Cette qualification doit aussi être écartée pour la même raison que celle d'obligation, le caractère de la fraternité étant vaste et trop

⁴²⁶ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, *op. cit.*, p. 122.

⁴²⁷ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, *op. cit.*, p. 129.

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, *op. cit.*, *passim*.

⁴³⁰ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 628. C'est d'ailleurs pour certains une différence notable avec les autres principes du triptyque : « Contrairement à la liberté ou à l'égalité, la fraternité ne peut constituer ni une règle, ni une prérogative. (...) Elle peut servir d'inspiration à la loi et à la jurisprudence » (F. Gaudu, *op. cit.*, p. 134).

⁴³¹ Souvent synonyme d'obligation. V. sur ce point G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, 2014, V^o Devoir. Sur la distinction entre obligation et devoir, V. J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 99, spéc. pp. 103-104.

⁴³² G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V^o Devoir.

général pour qu'elle constitue un devoir juridique⁴³³. L'origine souvent légale du devoir conforte aussi notre opinion.

La fraternité doit donc être envisagée à un niveau plus élevé, plus en amont, celui des principes.

§2. *Qualification retenue : Principe d'inspiration*

142. Le concept de fraternité se présente comme un principe (A), mais un principe avec une particularité : il n'est pas directement applicable juridiquement (B). C'est cette qualité qui en constitue la différence spécifique⁴³⁴ parmi les autres principes.

A. *La fraternité : un principe*

143. Le concept de fraternité appartient au genre de principe⁴³⁵.

En 1848, la fraternité est introduite «– au même titre que la liberté ou l'égalité – comme un principe à part entière »⁴³⁶ dans la constitution française.

Si certains contestent pourtant cette qualification n'y voyant qu'un simple idéal⁴³⁷, « la frontière entre le statut d'idéal et celui de principe n'est pas, sur le plan théorique, à ce point étanche et imperméable »⁴³⁸ ; l'un n'empêche pas l'autre.

⁴³³ D'ailleurs les devoirs juridiques « trouvent le plus souvent leur source dans les principes généraux du droit » (S. Guinchard (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 22^e éd., 2014/2015, V^o Devoir juridique).

⁴³⁴ Nous mettons donc en œuvre, pour déterminer la qualification du concept de fraternité, la définition scolastique. Celle-ci s'établit en identifiant d'abord le genre prochain du défini, et ensuite sa différence spécifique (*per genus proximum et differentiam specificam*), c'est-à-dire son caractère distinctif parmi les autres espèces du même genre.

⁴³⁵ Pour une étude étayée sur la notion de principe en droit privé avec la trilogie posée entre « principe d'ontologie », « principe de logique » et « principe normatif », voir P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999, n^o 3 et s pp. 4 et s.

⁴³⁶ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 256.

⁴³⁷ Il s'agirait d'un « principe spirituel ou [d'] un simple devoir moral sans efficacité juridique véritable » (P. Cuhe, *Entretiens sur le sceau de l'État*, Dalloz, Paris, 1937, p. 39), et « pour le juge constitutionnel français, (...) la fraternité (...) n'est pas considérée comme un principe mais plutôt comme un élément constitutif d'un idéal commun avec la liberté et l'égalité » (D. Rakotondrabao, *Rapport de synthèse. Le principe de fraternité dans les Constitutions*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 651, spéc. p. 664).

⁴³⁸ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 621. D'ailleurs la fraternité figure dans la devise nationale française, ce qui conforte sa portée d'inspiration de l'action politico-juridique, « la qualité de "principe" se révèle en quelque sorte inhérente à l'objectif même poursuivi par toute devise, lequel consiste à indiquer par quelques idées-forces les qualités ou les principes censés à la fois caractériser et guider l'action de ceux-là mêmes qui s'en prévalent » (*Rapport du Conseil constitutionnel français*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 250, spéc. p. 259).

144. Sur le plan étymologique, « le mot principe vient du latin *principium*, lui-même dérivé du mot *princeps*, formés tous deux de *primo* (premier) et de *caps* (de *capio*, *capere* : prendre). Le *principes* est celui qui prend la première place, la première part, le premier rang...il est le prince, le chef, la tête, le soldat de première ligne...Le *principium* est le commencement (...) »⁴³⁹.

145. Le principe est, en outre, relié à une certaine idée de généralité et d'abstraction. Il est « une idée générale (...) dégagé[e] d'un ensemble de règles liées entre elles par une certaine relation logique, et c'est l'idée commune qui est à la base de toutes ces règles qu'on formule en "principe". (...) [Ce] qui caractérise le "principe" c'est l'abstraction »⁴⁴⁰.

Ces deux caractères se vérifient certes pour la fraternité, comme nous l'avons vu dans l'exposé du contenu de la notion. Elle est une notion première au contenu vaste, dont découle différentes autres, telles la solidarité, l'aide, l'altruisme, mais aussi la tolérance, le respect d'autrui, le refus de l'exclusion etc... Celle-ci est donc un principe.

Cependant une question s'impose : à quelle catégorie de principe la fraternité se rattache-t-elle ? Pour répondre à cette question, il s'agit d'identifier la différence spécifique du principe de fraternité, permettant de le distinguer des autres formes de principes.

B. Un principe d'inspiration, de caractère non juridique

146. Le Vocabulaire juridique Cornu⁴⁴¹ précise trois définitions distinctes du principe⁴⁴² :

1. Règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques. (...)

⁴³⁹ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, op. cit., n° 2 p. 3.

⁴⁴⁰ A.-A. Al-Sanhoury, *Le standard juridique*, in Mélanges François Gény, Vol. 2, éd. Sirey, Paris, 1935, spéc. p. 146, cité in M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, Paris, 2004, n° 1226, p. 771. V. égal. sur ce point F. Terré, *Introduction générale au droit*, précis Dalloz, 9^e éd., 2012, n° 340, p. 277 : « Le mot principe a plusieurs sens dans l'ordre juridique, les uns et les autres se rattachant plus ou moins étroitement à une idée de généralité ».

⁴⁴¹ G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Principe.

⁴⁴² V. égal. M. Kamto, *Les nouveaux principes du droit international de l'environnement*, Rev. jur. env., 1993-1, p. 11, spéc. pp. 12-14.

2. Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure. (...)

3. Maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif. Ex. *fraus omnia corrumpit*. (...)

À quelle catégorie de principes, celui de fraternité peut-il être rattaché ?

147. Si la troisième de ces définitions peut être exclue, la question principale qui se pose est, en d'autres termes, celle de savoir si la fraternité constitue un principe « juridique », donc directement applicable par le juge, ou un principe d'inspiration de normes juridiques.

L'essence de la fraternité étant essentiellement un principe éthico-politique, ou d'aspiration philosophique⁴⁴³, et la dimension insaisissable et vague que celle-ci lui accole, empêchent celle-ci, malgré sa définition, d'être un principe juridique directement applicable. C'est ce caractère qui est la différence spécifique du principe de fraternité parmi les autres espèces de principes.

Le caractère distinctif du principe de fraternité permettra de la faire relever de l'espèce des principes démonstratifs (1), et de la différencier des principes-normes notamment du principe général de droit (2). L'examen de son mode de fonctionnement en droit public permettra enfin de vérifier qu'elle a effectivement joué comme principe démonstratif (3).

1. Principe démonstratif

148. La fraternité serait une proposition descriptive, un principe-source (a), et plus particulièrement une affirmation première tenant place d'axiome (b).

a. Proposition descriptive, principe-source

149. La distinction entre les deux premières définitions mises en avant par le Vocabulaire juridique Cornu correspondrait à celle avancée entre principe démonstratif et normatif⁴⁴⁴, ou encore entre d'un côté les principe-proposition descriptive ou principe-source et, de l'autre, le principe-règle.

⁴⁴³ V. *supra* n° 60.

⁴⁴⁴ V. sur ce point la trilogie de Lalande chez P. Morvan, *Le principe de droit privé, op. cit.*, n°3, p. 4, cité in A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 249, note 984. V. en général sur l'exposé du principe démonstratif et son application au solidarisme contractuel, A.-S. Courdier-Cuisinier, *eod. loc.*, pp. 249 s., n°s 382 s.

150. M. Jeammeaud indique par exemple, que dans « le système français, (...) il conviendrait de distinguer, au minimum, les principes juridiques qui sont des *règles* occupant une place privilégiée dans l'ordre juridique et les principes, extérieurs à ce système, qui sont des *propositions descriptives* (et non pas normatives) au moyen desquelles les juristes dogmaticiens rendent compte de manière synthétique du contenu et des grandes tendances de l'ensemble de normes composant le droit positif »⁴⁴⁵. M. Collart Dutilleul établit lui la distinction entre principe-source et principe-règle : « On peut concevoir un “principe” comme une norme-guide, abstraite et de portée générale, qui, pour assurer le respect d'une “valeur” socialement admise, vise à orienter des décisions et des comportements ainsi qu'à les apprécier. Le principe ainsi entendu est destiné à être juridiquement mis en œuvre de manière indirecte (principe-source), lorsqu'il fédère des règles concrètes convergentes »⁴⁴⁶. Il existe aussi une modalité de principe « susceptible de fonder directement (principe-règle) des solutions dans des situations non régies par des textes spécifiques »⁴⁴⁷.

151. La différence spécifique du principe de fraternité, à savoir son caractère non directement applicable juridiquement, le fait correspondre aux définitions des principes-propositions descriptives, et des principes-sources⁴⁴⁸. Il n'est pas une règle juridique occupant une place de choix, une place privilégiée, mais il assure le respect d'une valeur, oriente et apprécie les comportements à l'aune de cette valeur, et opère donc juridiquement de manière indirecte.

À défaut d'être un principe-norme juridique, il est donc une « norme générale de caractère non juridique » qui peut inspirer d'autres normes juridiques, pour revenir à la première des définitions du Vocabulaire Juridique Cornu. Elle est donc un

⁴⁴⁵ A. Jeammeaud, *Les principes dans le droit français du travail*, Dr. Soc. 1982, n° 9-10, p. 618, spéc. n° 1.

⁴⁴⁶ F. Collart Dutilleul, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 225, spéc. p. 238.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ La fraternité constituerait aussi un des « “principes directeurs”, “cadre” ou “valeurs supérieures”, selon les auteurs » (C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357, note 16). Mme Thibierge-Guelfucci relève respectivement les expressions de M Ghestin (*La formation du contrat*, LGDJ, n° 156 et s. et not. n° 172 et s.), de M. Aubert (*L'acte juridique*, éd. Colin, n° 128) et de MM. Terré, Simler et Lequette (*Droit des obligations*, Précis Dalloz, éd. 1996, n° 12, n° 33).

principe démonstratif non applicable directement par le juge, qui participe de l'activité de « rationalisation et de systématisation du droit »⁴⁴⁹. D'ailleurs en appliquant sa distinction entre principe-source et principe-règle au principe de fraternité, M. Collart Dutilleul confirme cette qualification et se demande, en droit de la concurrence : « ne pourrait-on concevoir cette litanie d'abus de pouvoir comme une manifestation ponctuelle d'une exigence plus générale et tout autant républicaine de fraternité ? »⁴⁵⁰ Il lui reconnaît ensuite la place, à part entière, de principe premier, à l'instar de la liberté et de l'égalité ; « que signifient, appliquées à l'ensemble des contrats, la liberté, l'égalité et la fraternité, une fois qu'on a cessé de privilégier la première, de ne protéger la deuxième qu'ici ou là et de faire fi de la troisième ? Ces trois « valeurs » sont déjà des grilles de lecture, et dans cet ordre, des trois alinéas de l'article 1134 du code civil comme de nombreuses autres dispositions contractuelles. À cet égard, elles fondent des principes-sources »⁴⁵¹.

152. Une remarque s'impose pourtant à cet égard. Il ne faut pas croire que la distinction entre principe premier extérieur au droit, et principe juridique directement applicable est absolue⁴⁵². Les principes extérieurs peuvent certes être introduits, si une volonté politique existe dans ce sens, et fonder des principes-règles directement applicables⁴⁵³. Ce peut être le cas pour la fraternité si le législateur, le constituant, plus probablement que le juge, décident de définir plus clairement le principe de fraternité et de le consacrer au nombre des principes directement applicables en droit. Les principes-sources de liberté, d'égalité ou de fraternité « sont tout autant des guides disponibles pour fonder les solutions nouvelles qu'appelle l'évolution des

⁴⁴⁹ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, op. cit., 1999, n^{os} 31-36, pp. 35-37.

⁴⁵⁰ F. Collart Dutilleul, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, op. cit., spéc. p. 239.

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² En ce sens, A. Jeammaud, *Les principes dans le droit français du travail*, op. cit., spéc. n^o 1 : « Pour essentielle qu'elle soit, cette distinction ne procure cependant pas tous les éclaircissements liminaires souhaitables. D'abord parce qu'elle est relative : un principe-description, forgé par des dogmaticiens pour rendre compte d'éléments épars ou d'une tendance remarquable du droit positif à un moment donné de son existence, peut fort bien être repris par une autorité appelée à créer ou consacrer des règles de droit, qui le transformera ainsi en principe-norme et en élément explicite du système juridique ».

⁴⁵³ Sur ce point V. M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, op. cit., p. 624 : il s'agit de savoir si « la notion en cause – en l'occurrence la notion de fraternité – d'une part constitue en droit positif un principe juridique, c'est-à-dire un principe immédiatement applicable par le juge, d'autre part – dans l'hypothèse où ce n'est pas le cas – peut éventuellement devenir ou être érigée au rang d'un tel principe ».

pratiques contractuelles, à la manière de principes-règles »⁴⁵⁴.

Toujours est-il qu'en l'état actuel, la fraternité correspond à un principe démonstratif. Mais à quel type particulier de principe démonstratif appartient-elle ?

b. Axiome

153. À son tour, le principe démonstratif comporte deux acceptions, d'une part une affirmation première ayant force de vérité observable dans la nature, d'autre part une construction intellectuelle et logique. Il désigne donc d'un côté, des « normes présentant un caractère d'axiomes, de propositions universelles et premières, dont se déduisent théoriquement toutes les autres »⁴⁵⁵. Or l'axiome « n'a pas besoin d'être démontré »⁴⁵⁶, c'est un principe évident, une forme de vérité absolue inscrite dans la nature. D'un autre côté, il désigne « des règles issues d'une élaboration méthodique et réfléchie disposées dans un ordre systématique »⁴⁵⁷, qui correspond à la double dynamique en sens opposés décrite par François Géný : « il faut, d'abord, de la loi, ou des règles de droit qui s'en dégagent, remonter au principe supérieur, et de celui-ci ensuite déduire les conséquences »⁴⁵⁸. Cependant, cette double opération d'induction et de déduction conduit ici à l'élaboration non d'un principe général, mais d'un principe démonstratif.

La question se posant donc à ce stade est la suivante : la fraternité peut-elle être considérée comme l'une de ces affirmations premières inscrites dans la nature ? Ou au contraire est-elle un principe induit par une élaboration logique des règles de droit positif et permettant d'en déduire d'autres conséquences ?

L'exposé conceptuel de la notion, son essence, nous permettent d'affirmer qu'elle n'est pas une construction logique, mais qu'elle devrait être conçue comme l'une de ces affirmations premières axiomatiques, de ces fondements dont se déduirait une série d'autres normes ou principes au nombre desquels, par exemple, la

⁴⁵⁴ F. Collart Dutilleul, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique in La nouvelle crise du contrat, op. cit.*, p. 225, spéc. p. 239.

⁴⁵⁵ P. Morvan, *op. cit.*, p. 13, cité in A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 251.

⁴⁵⁶ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 251, et note 996.

⁴⁵⁷ P. Morvan, *op. cit.*, p. 17, cité in A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 252.

⁴⁵⁸ F. Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t.1, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1919, n°15, p. 33.

solidarité, le refus de l'exclusion ou, en droit du contrat, la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

Le caractère distinctif de la fraternité, son caractère non directement applicable au droit, permet de la distinguer donc des principes-règles, notamment du principe général de droit.

2. Distinction avec le principe général de droit

154. Le caractère distinctif du principe de fraternité le différencie du principe général de droit.

En effet, Les principes généraux du droit⁴⁵⁹ sont des règles générales non écrites, dont la loi renferme des applications, et qui peuvent être dégagés par un raisonnement inductif⁴⁶⁰ à partir de ces applications, permettant dans un deuxième temps, par un raisonnement déductif, d'en proposer de nouvelles⁴⁶¹. Ils sont en suspension au-dessus de la loi et peuvent être dégagés par la Raison au terme d'un raisonnement inductif; il « arrive tout d'abord que les principes opèrent *secundum legem* : ils coexistent avec des textes de loi ou sont induits de ceux-ci »⁴⁶². Mais ils peuvent aussi intervenir *contra legem* ce qui montre qu'ils demeurent une source du droit distincte de la loi⁴⁶³.

⁴⁵⁹ V. sur cette notion M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n° 1226, pp. 771-772 : le principe général répond à un « souci de rationalité qu'il recouvre en réunissant de manière cohérente et constructive un ensemble indéfini d'applications ». Pour cet auteur l'induction ne suffit pas pour mettre en évidence l'existence d'un principe général, « la consécration d'un principe général est une œuvre axiologique. Il est l'expression formelle de l'esprit d'un système et d'un ensemble de valeurs. Il est la traduction juridique d'un authentique "droit naturel" ». V. égal. A. Jeammaud, *Les principes dans le droit français du travail*, op. cit., spéc. n° 10 p. 623.

⁴⁶⁰ V. sur ce point J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1994, spéc. n° 492 p. 461 : « En fait, ce qui caractérise essentiellement les principes généraux du droit c'est leur application par la jurisprudence. Mais celle-ci ne les crée pas. Elle les extrait de la loi ou de la coutume savante, avec l'aide de la doctrine ». Les auteurs y mettent aussi « les décisions qui visent une *maxime traditionnelle de portée générale* » (eod. loc. n° 491, p. 461). V. égal. A. Jeammaud, *Les principes dans le droit français du travail*, op. cit., spéc. n° 11 p. 623 : « Démarche classique, consistant à induire une solution plus générale du rapprochement de dispositions particulières concordantes, afin d'appliquer le principe ainsi dégagé à une hypothèse échappant à toute prévision légale ».

⁴⁶¹ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 2001, n° 202, p. 99 : « en découlent des solutions positives elles-mêmes exprimées sous forme de règles » n 203 p. 101.

⁴⁶² F. Terré, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 344, p. 281.

⁴⁶³ V. cependant, J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, op. cit., spéc. n° 494 p. 462 : « L'apport particulier de la jurisprudence est beaucoup plus important lorsque celle-ci, raisonnant par "induction amplifiante", dégage le principe, sous-entendu, qui inspire une série de règles écrites plus ou moins disparates (...) En fait, le plus souvent, la jurisprudence se sert de la systématisation qui a été opérée par la doctrine, et des idées maîtresses

Or la fraternité n'est pas un principe dégagé par une construction logique, mais fait œuvre d'axiome. Ensuite les principes généraux du droit sont directement invoqués et appliqués par le juge⁴⁶⁴, en droit privé comme dans les autres branches du droit. Ils constituent donc des principes normatifs, des règles de droit à part entière.

Le principe de fraternité n'est donc pas un principe général du droit.

Le mode de fonctionnement de la fraternité en droit public nous accorde l'ultime vérification de sa nature de principe démonstratif.

3. Vérification par le mode de fonctionnement du principe en droit public

155. M. Borgetto opère aussi une distinction entre le principe général juridique sanctionné et directement applicable par le juge, et le principe général-affirmation première, distinction qui renvoie à celle mise en avant par les deux premières définitions données du « principe » par le Vocabulaire Juridique Cornu.

Il montre, en revenant dans un essai de systématisation⁴⁶⁵ sur la manière dont a été employée la fraternité en droit public, qu'elle a pu être conçue de deux façons différentes : un principe d'inspiration ou une catégorie de rattachement, ce qu'il désigne respectivement par « *fraternité-principe* » et « *fraternité-catégorie* »⁴⁶⁶. Dans les deux cas, elle n'est pas un principe général juridique directement applicable par le juge. Elle n'est donc pas une règle de droit, mais un support ou un fondement d'inspiration pour ces règles.

La *fraternité-principe*, d'une part, indique une conception où la fraternité est considérée comme le principe de base, l'explication première – ou le fondement premier médiat ou immédiat – rendant compte d'une politique juridique, notamment

qu'elle a dégagées de la législation. Mais si l'origine intellectuelle de ces principes est ainsi fréquemment doctrinale, c'est seulement leur consécration par la jurisprudence qui en fait une source du droit positif. La force obligatoire de ces principes se rattache encore à la loi ».

⁴⁶⁴ Par exemple, le plus important entre eux demeurant le « principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui », Req. 15 juin 1892, Dr et patr. 1892, I, 596 ; S. 1993, I, p. 281, note Labbé ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, t. 2, éd. Dalloz, Paris, 12^e éd., 2008, n° 239.

⁴⁶⁵ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁶⁶ D'ailleurs, « Philippe Ardant [est] parmi ceux qui reconnaissent dans la notion de fraternité une de ces « *idées-forces* » ou « *notions de synthèse* » capables de rendre compte d'un certain nombre de règles ou situations juridiques données » (M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 124).

celle de la solidarité en droit public⁴⁶⁷. À défaut d'être le fondement direct de solutions, elle a fonctionné comme « notion de synthèse (...), principe général guidant déjà ou devant guider à l'avenir le législateur (...) base ou [affirmation] première sur laquelle reposent ou de laquelle découlent [certains] principes [dont] la notion revêt ici valeur explicative »⁴⁶⁸.

La *fraternité-catégorie*, d'autre part, est entendue par M. Borgetto dans le sens de point de rattachement entre différentes idées, de notion servant à la classification des situations y reliées. La catégorie, pour lui, n'est pas entendue comme catégorie juridique⁴⁶⁹, étant établi que les situations régies ou qui pourraient potentiellement l'être par la fraternité sont très diverses – comme nous avons pu le voir dans le titre premier –, et n'ont pas une nature et un régime suffisamment défini ou commun. C'est simplement une fonction de classement ou de rangement qui est mise en avant par l'idée de catégorie⁴⁷⁰, indépendamment de son action juridique. Ce mode de fonctionnement de la fraternité retenu par certains auteurs, est non sans rappeler la distinction opérée par le Doyen Vedel entre « notions conceptuelles » et « notions fonctionnelles »⁴⁷¹, même si cette distinction est à relativiser. La fraternité

⁴⁶⁷ Dans cet ordre d'idée, peu importe que la fraternité soit considérée comme ayant inspiré directement des dispositions juridiques, ou par le biais de principes intermédiaires tels la solidarité par exemple ; « à défaut de constituer le fondement direct de ce droit ou de ce devoir (de solidarité), la fraternité constitue à tout le moins “la base générale” ou l'idée qui est à l'origine soit de leur conceptualisation, soit de leur proclamation » (M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 126).

⁴⁶⁸ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 142. Dans ce sens la notion est aussi conçue comme « principe général » non au sens d'un principe juridique susceptible d'être sanctionné à l'instar de toute règle juridique, et dont l'application directe s'impose au juge ; « par principe général, il s'agira d'entendre l'une de ces affirmations premières dont “on tire un certain nombre de conséquences” (...) l'une de ces idées-forces qui sont à la base de l'organisation sociale et qui, en tant que leur fonction ou leur finalité essentielle est surtout d'inspirer le législateur voire le constituant, apparaissent davantage comme des principes d'action politique que comme des principes juridiques ayant force contraignante et obligatoire » (M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 136).

⁴⁶⁹ Cette dernière évoque en effet un rassemblement « “sous une rubrique distincte (...) des notions qui régissent immédiatement des situations nettement définies quant à leur nature et quant aux effets juridiques inclus dans ces situations” » (R. Latoumerie, *Essai sur les méthodes juridictionnelles*, p. 197, cité in M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 127). V. aussi la définition donnée par M. Waline, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories ?*, in Mélanges Jean Dabin, éd. Sirey E. Bruylant, Paris Bruxelles, 1963, t. 1, p. 365.

⁴⁷⁰ V. égal. M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 128 : « La fraternité constitue (...) une idée-catégorie, c'est-à-dire une idée qui à elle seule résume et rend compte, en tant qu'idée, de toute une série de droits particuliers et qui, par là-même fonctionne (...) comme catégorie ». Celle-ci est une « notion de synthèse générale [de part] sa capacité effective à rendre compte de certaines règles, principes ou notions donnés » (M. Borgetto, *eod. loc.*, p. 613), notamment ceux d'entraide, de solidarité, de respect d'autrui ou de rejet de l'exclusion, tous dégagés ou déduits du contenu conceptuel de la notion de fraternité tel qu'exposé dans le titre premier.

⁴⁷¹ G. Vedel, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP 1950, I, 851.

serait ainsi à ranger parmi les notions conceptuelles⁴⁷², les notions « catalogue »⁴⁷³, qui existent « indépendamment de ce à quoi elles servent »⁴⁷⁴, « un simple instrument intellectuel (...) permettant de regrouper autour d'elle un certain nombre de droits et de principes »⁴⁷⁵.

La fraternité a donc fonctionné en droit public soit comme un principe d'inspiration, soit comme une notion de classement. Elle ne constitue pas un principe juridique directement applicable par le juge, mais un fondement premier, un principe démonstratif, un principe d'inspiration de solutions juridiques, pour le législateur, le juge, ou les parties.

156. La fraternité correspond donc à la première catégorie des définitions du principe posées par le Vocabulaire Juridique Cornu : elle est une norme générale de caractère non juridique, un principe démonstratif, un axiome, non applicable directement par le juge, mais qui peut inspirer d'autres normes juridiques. Nous pouvons conclure avec Mme Courdier-Cuisinier que « [quelque] soit la matière, la fraternité est donc entendue comme un principe et une situation. En tant que principe, elle doit inspirer le législateur et le constituant en droit public, et autant les parties que le juge et le législateur en droit privé. En tant que situation, elle désigne les rapports d'amitié, d'entraide et d'altruisme, soit entre les hommes (en droit public), soit entre les associés ou les sociétés (en droit des sociétés) soit entre les contractants (en droit des contrats) »⁴⁷⁶.

⁴⁷² Il est intéressant de relever que la « notion » est « le résultat d'une démarche intellectuelle qui consiste en un passage de la réalité à la représentation de cette réalité grâce à l'idée que l'on a de la réalité » (Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Préface B. Oppetit, LGDJ, Paris, 1987, n° 452, p. 216), cette représentation « est ensuite utilisée pour mieux appréhender le réel » (M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.*, n° 67, p. 56). Elle vise « le groupement, sous une rubrique appropriée, d'un ensemble de situations présentant entre elles une suffisante affinité » (R. Latournerie, *Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public : agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ?*, E.D.C.E. 1960, n° 14, p. 61, spéc. p. 95). Parler de fraternité-catégorie reviendrait donc simplement à parler de « notion » de fraternité.

⁴⁷³ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.*, n° 68, p. 57. Pour l'auteur, une notion fonctionnelle ne se réduit pas à un simple catalogue.

⁴⁷⁴ G. Vedel, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, op. cit.*

⁴⁷⁵ M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, *op. cit.*, p. 613.

⁴⁷⁶ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 85.

Nous qualifions donc la fraternité comme principe d'inspiration pour le législateur, le juge, et les parties, pour l'instauration ou la sanction des comportements recelés par le contenu de la notion tel que défini.

Sur le plan contractuel, ce principe fonde l'introduction et la sanction d'un comportement particulier en relevant : la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

Section 2 : Fonction du principe de fraternité : fondement de la prise en compte

157. La notion de « fondement » peut désigner deux choses différentes : d'une part, la norme supérieure au contrat justifiant la solution (par exemple le texte matériel disposant de telle solution juridique), et d'autre part les valeurs supérieures justifiant le contenu de cette norme supérieure⁴⁷⁷. La fraternité, étant un principe d'inspiration, et non une norme directement applicable en droit contractuel, c'est bien sûr dans le deuxième de ces sens évoqués ci-dessus, que nous parlons du principe de fraternité comme fondement.

L'examen du double mouvement caractérisant le rapport entre principe de fraternité et prise en compte (§1), ainsi que le rôle de ce principe quant à l'évolution de la théorie classique des obligations et contrats (§2), nous permettront de conclure à sa fonction de fondement de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

§1. Rapport entre principe de fraternité et prise en compte : double mouvement

158. Un double mouvement nous permet d'affirmer que le principe de fraternité est la source première dont découle la prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel, et permet d'en rendre compte.

La fraternité est un fondement premier, une valeur supérieure, un principe d'inspiration pour le législateur, le juge, et les parties, et non une norme directement applicable. En droit contractuel, sa fonction est, d'un côté, d'encourager ou d'inspirer (A), de l'autre, de rendre compte (B), des principes ou règles mettant en œuvre une

⁴⁷⁷ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357, n° 22.

des normes comportementales particulières qu'elle recèle : la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

A. Le principe de fraternité inspire des comportements introduisant telle prise en compte

159. Dans un premier mouvement, le principe de fraternité inspire des normes de comportements, au titre desquelles, dans le contrat, la prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel.

Tout au long de cette première partie, nous avons à partir de l'exposé du concept de fraternité, dans sa notion et son rapport au droit, démontré qu'il est un principe d'inspiration dont découle plus spécifiquement telle prise en compte. Cette dernière en constitue en quelque sorte le point de rattachement avec le droit contractuel, le contenu particulier de la notion de fraternité intéressant le contrat.

En effet la fraternité « contractuelle » a été définie autour de cette notion. Nous pouvons lire par exemple que « la fraternité serait la prise en compte de l'intérêt d'une partie par l'autre »⁴⁷⁸, et ailleurs qu'en « en vertu de ce principe de fraternité contractuelle, chacun des contractants est tenu de prendre en compte, par-delà son propre intérêt, l'intérêt du contrat et celui de l'autre partie, en se déployant à leur service, voire en acceptant certains sacrifices, afin de favoriser la conclusion, l'exécution et le maintien du contrat compris comme la base d'une collaboration »⁴⁷⁹.

Les parties peuvent ne pas mettre en jeu spontanément cette qualité de rapport entre elles. Ici apparaît l'importance du rôle du juge, dans le silence de la loi, dans la formation à cette ligne de comportements, déduite de la valeur supérieure de fraternité. Son rôle apparaît comme primordial puisque c'est lui qui sera appelé à découvrir ces obligations ou devoirs comportementaux déduits du principe de fraternité, mettant en œuvre la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, que les parties n'auraient pas prévus au contrat.

B. Le principe de fraternité rend compte des manifestations de telle prise en compte

160. Dans un deuxième mouvement, il s'agit de remonter des manifestations de la prise en compte pour tenter d'en découvrir en amont le principe de base, l'explication première : le fondement de fraternité.

Or ce mouvement n'est point aisé.

⁴⁷⁸ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 84.

En effet, dès l'introduction s'est imposé le besoin de dégager une théorie pure de la prise en compte, parce qu'elle peut relever d'ordres de valeurs différents.

En effet, si la fraternité suppose nécessairement l'altruisme, qui se matérialise dans le contrat par telle prise en compte, la réciproque n'est pas vraie ; c'est-à-dire que cette prise en compte n'implique pas automatiquement l'altruisme, donc la fraternité⁴⁸⁰. Nous avons vu qu'elle peut relever d'autres ordres de raisonnement, l'utilité économique, ou la dynamique inhérente à la solidarité telle que définie par certains⁴⁸¹. Le principe de fraternité n'est en effet le fondement de la prise en compte, que telle que définie dans sa théorie pure. En d'autres termes, remonter des manifestations de la prise en compte à son fondement – la fraternité –, revient à examiner le rattachement de cette prise en compte à sa théorie pure.

C'est ce mouvement qui nous occupera lors des parties suivantes de notre travail.

C'est à un second titre qu'apparaît la fonction de fondement occupée par le principe de fraternité : celui-ci rend compte d'une partie de l'évolution de la théorie classique des obligations et contrats, matérialisée par la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

§2. Rôle du principe de fraternité quant à l'évolution de la théorie classique

161. La remise en question de la théorie classique des obligations et contrats passe en partie par la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, dans ce qu'elle porte – dans sa théorie pure – comme dynamique de limitation de l'individualisme, pilier de la théorie classique.

⁴⁷⁹ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, op. cit., n° 31.

⁴⁸⁰ D'ailleurs, même cette prise en compte de l'intérêt du cocontractant, révélatrice du principe de fraternité s'avère quelques fois difficile à identifier. On a pu remarquer que « si chaque fois qu'une partie commet une faute ou manque de loyauté envers l'autre, on voyait un manque de solidarité, alors le solidarisme serait absolument partout » (L. Leveneur, *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 173, spéc. p. 181) On pourrait faire la même remarque à propos de la fraternité.

⁴⁸¹ V. notamment la thèse de Mme Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, op. cit.

Or cette même remise en question de la théorie classique se traduit, au niveau des fondements⁴⁸², par une action du principe de fraternité sur les principes de liberté et d'égalité tels qu'elle les définit.

162. Les principes de liberté et d'égalité tels que traditionnellement conçus ont connu une significative évolution. Le principe de liberté, lui-même, est retiré du cercle des principes sacro-saints et indiscutables du droit contractuel⁴⁸³. Bien sûr, « [il] ne s'agit donc pas d'en finir avec la liberté contractuelle en déniautout rôle à la volonté individuelle ; il s'agit simplement de contester son autonomie en la soumettant à certaines exigences sociales censées lui être supérieures »⁴⁸⁴.

Parallèlement, l'égalité simplement formelle des contractants n'est plus suffisante⁴⁸⁵, elle est conçue de manière beaucoup plus dynamique et réelle.

163. D'ailleurs la pratique met en évidence un rapport problématique entre liberté et égalité; une liberté sans la dimension d'autrui, c'est la liberté du plus fort sans souci de l'intérêt de l'autre partie, et une égalité sans respect de l'altérité, veut dire une conformité sans chaleur⁴⁸⁶, c'est-à-dire l'anéantissement de la liberté et de

⁴⁸² Mme Thibierge-Guelfucci affirme que pour regagner une certaine clarté et cohérence du droit contractuel, il est essentiel, en droit commun, de « se mettre en quête d'une vue d'ensemble irriguée par des valeurs supérieures ou des principes directeurs susceptibles d'englober, d'expliquer et d'innover la diversité des spécialités » (C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats, op. cit.*, n° 19), de « rechercher des pistes d'évolution sous forme de principes, à la fois induits des règles spéciales et donc en prise avec la réalité des contrats d'aujourd'hui, et déduits d'aspirations supérieures, telles l'utilité sociale, la justice et la fraternité qui, de l'avis de plusieurs auteurs contemporains, sous-tendent notre droit commun » (*eod. loc.*, n° 3).

⁴⁸³ V. par ex. C. Jamin, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 7, spéc. p. 18 : « À chaque fois, la liberté contractuelle est érigée en un principe qui va de soi, alors précisément que cette liberté et sa portée sont au cœur de la problématique du droit des contrats depuis un siècle! Celle-ci est néanmoins passée sous silence... ».

⁴⁸⁴ C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 441, spéc. p. 448.

⁴⁸⁵ V. sur ce point, M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), LGDJ, Paris, 1996, p. 615, spéc. p. 652, n° 57 : « Le temps n'est plus de poser en principe la philosophie individualiste et le présupposé égalitaire du droit des contrats de 1804, puis d'attirer l'attention sur l'apparition et le développement d'exceptions de plus en plus fréquentes. Le nombre de contrats règlementés, et surtout la multiplication de règles de protection à portée générale ont inversé les données. Le droit des contrats contemporain incorpore désormais de manière systématique le facteur d'inégalité et le souci de protection ».

⁴⁸⁶ Au contraire, la fraternité nécessite la présence d'un Autre, différent de moi, dont la différence doit être respectée et reconnue, non effacée.

l'individualité de chacun⁴⁸⁷. Il est donc primordial de dégager une dynamique de conciliation de ces deux principes.

Relevons intégralement l'opinion clef de Mme Thibierge-Guelfucci sur ce point : « En effet, développés à l'extrême dans leur lecture traditionnelle, les principes de liberté contractuelle et de force obligatoire aboutissent à la négation des nouveaux principes induits du droit positif, commun et spécial, des contrats, et déduits de valeurs supérieures qui le fondent. L'évolution contemporaine a démontré en effet comment une liberté contractuelle totale conduit inévitablement à l'inégalité contractuelle ou encore comment le principe de force obligatoire entendu dans un sens absolu peut conférer à la loi contractuelle une rigidité qui la rende indifférente à ses déséquilibres. Ces tensions entre la liberté et l'égalité, entre la sécurité et la justice doivent-elles nécessairement s'analyser en termes conflictuels où les unes devraient l'emporter sur les autres ou peut-on tenter plutôt de les combiner, en faisant le pari d'une possible et indispensable conciliation ? Garder le souci de l'individu, de sa liberté tout en développant le souci de l'autre, du contrat et de l'ordre juridique ; garantir la sécurité du contrat sans pour autant sacrifier la justice contractuelle, c'est dépasser la contradiction pour entrer dans la complémentarité de ces aspirations faites principes. Plutôt que de déployer l'un d'eux jusqu'à l'absolu au mépris des autres, il conviendrait, dans une harmonie dialectique, de donner à chacun sa juste place parmi les autres. Aussi est-il vital que ces nouveaux principes soient compris avec rigueur, souplesse et discernement, comme susceptibles de compenser inégalités, déséquilibres et conflits d'intérêts, non pas *in abstracto* de manière théorique, mais *in concreto*, en s'ajustant aux possibles évolutions du contrat, lui-même considéré comme chose vivante. Depuis longtemps, les temps ne sont plus à l'absolutisme des principes, au monolithisme du fondement, à la rigidité de la loi contractuelle ou à la radicalité des solutions ... »⁴⁸⁸.

C'est dans le principe de fraternité, dans sa dimension alliant relation et altérité notamment, que nous pouvons trouver un facteur essentiel de régulation et d'harmonisation entre les principes de liberté et d'égalité⁴⁸⁹. Dans ce sens par

⁴⁸⁷ Dans ce sens, M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français...*, op. cit. p. 254 ; G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, n° 68, spéc. p. 131 : « L'expérience démontre que la liberté ne suffit pas à assurer l'égalité, car les plus forts deviennent vite des oppresseurs. Il appartient alors à l'état d'intervenir pour la protection des faibles ».

⁴⁸⁸ *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, op. cit., n° 33.

⁴⁸⁹ V. sur ce point F. Collart Dutilleul, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique*

exemple, M. Collart Dutilleul affirme que la « liberté contractuelle est un principe essentiel et qui bien sûr doit demeurer. Mais il s'applique dans un contexte d'égalité des contractants et sous la réserve, pour chacun d'eux, de ce minimum de fraternité dont témoigne la prise en considération de l'intérêt de l'autre dans la détermination du contenu équilibré du contrat ».

La fraternité a donc un rôle à jouer en droit contractuel, aux côtés des autres principes entre autres, celui primordial, de liberté : « la liberté, notamment contractuelle, est un principe général et essentiel du droit, mais à côté d'autres principes qui ont tout autant vocation à être appliqués au contrat. Cela conduit à dépasser la recherche d'une théorie générale du droit des contrats exclusivement à travers des principes qui les gouverneraient en propre. Ainsi doit-on passer des principes généraux du droit des contrats aux principes généraux du droit applicables aux contrats comme à toute autre catégorie juridique »⁴⁹⁰.

C'est donc également au titre de son effet sur la théorie classique, que le principe de fraternité apparaît comme le réel fondement de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Cette dernière participe à la redéfinition de l'équilibre entre principes de liberté et d'égalité, tel que conçu par la théorie classique. En d'autres termes, le rôle du principe de fraternité dans l'évolution de la théorie classique rend compte de l'action de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant dans cette même évolution.

in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 225, spéc. p. 240 ; et C. D. Gonthier, *Liberty, Equality, Fraternity : The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity : The Unspoken Third Pillar of Democracy*, McGill Law Journal 2000, vol. 45, p. 567, spéc. p. 589 : « part of the solution should involve an understanding of the balance between liberty, equality, and fraternity. Liberty can only be enjoyed in its fullest form in a community that respects and cares for one another. Equality means nothing if it is not informed by the actual differences between people, which may require those in positions of power or advantage to take additional steps to assist those less advantaged, This is substantive equality, It is democratic liberalism, It is community. It is fraternity ».

⁴⁹⁰ F. Collart Dutilleul, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, *in* La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 225, spéc. p. 238.

Conclusion du Chapitre 2

164. Le concept de fraternité peut être qualifié de principe d'inspiration pour le législateur, le juge et les parties. Il est en effet un principe démonstratif axiome, non directement applicable juridiquement.

Ensuite, celui-ci occupe la fonction de fondement de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, telle que définie dans sa théorie pure.

D'une part, un double mouvement caractérise le rapport entre ce principe et la prise en compte. Dans un premier mouvement, cette dernière en découle. Dans un mouvement opposé, seul ce principe est capable de rendre compte des manifestations d'une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

D'autre part, ce principe, dans son rôle d'harmonisation des principes de liberté et d'égalité, apparaît comme fondement capable de rendre compte de la partie de l'évolution de la théorie classique des obligations et contrats se matérialisant par telle prise en compte.

CONCLUSION DU TITRE 2

165. Si les difficultés liées au problème de juridicité du principe de fraternité peuvent être surmontées, celui-ci apparaît comme ayant une effective fonction en droit contractuel. Il permet de dépasser les insuffisances des fondements concurrents avancés de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, à savoir la bonne foi et le solidarisme contractuel, et se présente comme l'affirmation première justifiant cette prise en compte. Il est donc le fondement réel de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

166. Avant de nous lancer dans l'examen de l'existence matérielle de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, nous avons pu cerner l'existence théorique de celle-ci, grâce à l'étude de son fondement : la notion de fraternité.

167. La définition de la fraternité a servi à démontrer qu'elle est **le support conceptuel de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.**

En effet, **une approche négative a pu mettre en lumière sa particularité par rapport à la solidarité**. Si celles-ci se rejoignent quant à leur nature de principes éthico-politiques, non directement applicables juridiquement, elles se distinguent conceptuellement, la fraternité comportant une charge affective sentimentale, et étant une qualité de rapport indépendante d'un système de relations préexistant ou de l'intervention de l'état pour être mise en œuvre, ainsi que dans leur domaine, la fraternité concernant la qualité du rapport à autrui au-delà du strict domaine pécuniaire.

Une approche positive a permis de démontrer une correspondance des caractéristiques d'une théorie pure de la prise en compte avec le contenu du concept de fraternité. En effet, cette dernière allie dynamique relationnelle et altérité, et comporte une dimension altruiste qui ne peut être confondue avec le sacrifice, rendant la prise en compte suffisante, comme intensité d'attention portée à l'intérêt d'autrui, pour caractériser de la fraternité.

168. La problématique de la juridicité du concept de fraternité a pu mettre en avant sa **fonction de fondement réel de cette prise en compte**.

En effet, **le problème de juridicité de la notion peut être surmonté**, le Droit étant capable de consacrer et d'inciter à certains comportements relevant du contenu conceptuel de la fraternité, et la généralisation de celle-ci loin de rendre inutile le droit, contribuant à l'efficacité de ce dernier.

Elle est apparue à ce titre, en droit contractuel, comme **capable de dépasser les limites des différents fondements concurrents** avancés de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, à savoir l'hypertrophie de la notion de bonne foi, et les écueils du solidarisme contractuel, qui généralise artificiellement le modèle du contrat de société, et qui est construit sur une confusion, l'union des intérêts contredisant la solidarité.

Elle se présente donc comme **le principe premier, fondement adéquat de la notion**. La fraternité a pu être qualifiée de principe-affirmation première, de principe démonstratif-axiome, dont découlent entre autres, les comportements de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, et qui permet de rendre compte des manifestations d'une théorie pure de celle-ci. C'est également au titre de son rôle d'harmonisation des principes de liberté et d'égalité, qu'est apparu sa fonction de

fondement, rendant compte de la partie de l'évolution de la théorie classique des obligations et contrats, matérialisée par la prise en compte.

L'existence conceptuelle de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant peut donc être cernée grâce au principe de fraternité qui en constitue le support conceptuel, et le fondement réel.

C'est maintenant l'examen de l'existence matérielle de celle-ci qui nous occupera dans notre deuxième partie.

Partie 2 : Manifestations de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant

169. Nous nous intéressons maintenant aux manifestations en droit contractuel, de la prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel.

Cependant, au risque de la voir partout, nous avons tenté, dès l'introduction, de circonscrire cette notion et nous en avons dégagé une théorie pure. Seule cette dernière trouve son fondement dans le principe de fraternité, et donc seules les manifestations rattachées à cette dernière sont à retenir.

Or les identifier n'est point aisé, puisque la prise en compte est elle-même neutre, pouvant révéler des valeurs différentes, et être donc rattachée aux fondements les plus divers.

Notre démarche sera celle de désigner, dans un premier temps, toutes les institutions, techniques ou solutions du droit contractuel où se manifeste telle prise en compte, pour ensuite la confronter aux caractéristiques de la théorie pure de la notion.

Il s'agira donc, de déterminer si elle se rattache à une morale relationnelle et altruiste – par le biais de l'examen de la finalité de chacune des institutions contractuelles étudiées –, tout en maintenant une altérité de base entre les intérêts – en vérifiant qu'elle ne relève donc pas de la logique de l'intérêt commun.

170. Il est notable qu'une partie des atteintes à la théorie classique des obligations et contrats, qui se multiplient aujourd'hui, soit matérialisée par une incitation à telle prise en compte.

Ainsi, et pour plus de clarté, la présentation des différentes manifestations de la prise en compte se fera en deux temps, nous permettant en filigrane de démontrer le rôle joué par la notion dans l'évolution de la théorie classique.

D'une part, une série de celles-ci agit sur le pilier de l'autonomie de la volonté, à savoir sur la place et la puissance assignées au principe de liberté contractuelle, ce durant les différentes phases de la vie du contrat.

D'autre part, une autre série remet en question le corollaire du dogme de l'autonomie de volonté, à savoir le principe de la force obligatoire du contrat, lorsqu'une difficulté survient mettant en danger l'exécution du contrat.

Nous tenterons donc d'abord d'identifier les manifestations de la prise en compte constituant des tempéraments au principe de liberté contractuelle (Titre 1), et ensuite, celles constituant des aménagements au principe de la force obligatoire (Titre 2).

TITRE 1 : MANIFESTATIONS, TEMPERAMENTS AU PRINCIPE DE LIBERTE CONTRACTUELLE

171. Au sortir de la révolution française, le code civil marque l'esprit du temps avec l'attachement à l'idéologie des Lumières, la sacralité de la liberté et la force de l'individualisme. La vision classique qui a présidé à la rédaction du code civil, est une vision optimiste des contractants perçus comme libres, abstraitement égaux, et parfaitement en mesure de défendre le mieux leurs intérêts respectifs⁴⁹¹. Les transformations socio-économiques et la réalité pratique, vont conduire, depuis, à la remise en question de la théorie classique de l'autonomie de volonté⁴⁹², avec la limitation notamment du principe de liberté contractuelle, pilier de celle-ci.

Cette limitation se matérialise en partie par l'incitation à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. En effet, une première série de manifestations de cette dernière se présentent comme autant de tempéraments à la liberté contractuelle. Cette prise en compte intervient tantôt sous la forme d'une norme positive de comportement que les contractants doivent adopter (Chapitre 1), et tantôt comme une limite à l'exercice d'une prérogative contractuelle (Chapitre 2).

⁴⁹¹ V. sur ce point C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 441, spéc. p. 444 : « l'ère du libéralisme (...) s'impose peu à peu dans l'ordre du droit, au point de finir par y faire triompher (...) le dogme de l'autonomie de volonté (...) [qui] implique (...) que l'individu soit perçu comme le meilleur défenseur de ses propres intérêts lorsqu'il exprime sa volonté » ; D. Mazeaud, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 295 : le droit des contrats, « produit de la philosophie individualiste et du libéralisme économique, qui imprégnaient le Code civil, (...) reposait jadis sur une utopie. Celle de contractants qui, en toute liberté et indépendance, et sur un pied d'égalité, nouaient un lien contractuel marqué du double sceau de l'irrévocabilité et de l'intangibilité ».

⁴⁹² Sur laquelle V. notamment G. Rouhette, *La force obligatoire du contrat, Rapport français*, in *Le contrat aujourd'hui-Comparaisons franco-anglaises*, D. Talon et D. Harris (sous la dir. de), LGDJ, Paris, 1987, pp. 27 s. ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*,

Chapitre 1 : Prise en compte de l'intérêt du cocontractant, norme positive de comportement

172. Une première série de supports de la prise en compte, tempérament du principe de liberté contractuelle, révèlent celle-ci comme norme comportementale à laquelle ils incitent et ils forment, au sein du contrat.

La bonne foi (Section 1), et l'obligation d'information renforcée, qu'il s'avère nécessaire de développer de manière indépendante (Section 2), incitent toutes deux les parties à une morale comportementale particulière : la prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel.

Section 1 : La bonne foi dans son versant relationnel

173. Nous avons démontré pourquoi la bonne foi ne pouvait, non sans dilatation extrême de la notion, lui faisant perdre toute consistance, constituer le fondement rendant compte de tout le phénomène de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Ceci ne veut pourtant point dire que, la bonne foi n'est pas, aux côtés d'autres institutions du droit contractuel, l'une des manifestations de cette prise en compte, et l'une des plus importantes d'ailleurs.

Mais, la bonne foi étant une notion richissime, ayant un domaine large, il faut parvenir à bien identifier les cas où elle révèle telle prise en compte, entendue dans sa théorie pure. Or cette dernière, fondée sur un principe de fraternité, relève d'une morale particulière, relationnelle et altruiste, et ne procède pas d'une fusion des intérêts.

Or la fonction moralisante de la bonne foi ne découle pas de soi.

Nous verrons d'abord comment la bonne foi s'est imposée comme outil de moralisation du contrat à côté des autres fonctions qu'elle occupe (§1), et ensuite la bonne foi comme support d'une morale en particulier, celle relationnelle de prise en compte de l'intérêt du cocontractant (§2).

préface J.-Ph. Lévy, PUF, Paris, 1980, passim ; G. Morin, *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, Arch. phil. dr. 1940, pp. 7 s.

§1. L'affirmation de la bonne foi comme norme comportementale

174. Nous verrons d'abord comment, bien que non destinée dès le commencement à une telle vocation, la bonne foi s'est peu à peu imposée comme instrument de moralisation du comportement des contractants (A), et ensuite, les variantes dans le contenu de la norme morale qu'elle introduit (B).

A. La bonne foi, instrument de moralisation du comportement des contractants

175. La bonne foi occupe une place de choix quant à la tendance de moralisation des rapports contractuels, en réaction aux excès de l'individualisme et de l'égoïsme dans la conception classique du contrat. Ce rôle transparaît dans l'évolution historique de la fonction de la notion (1), ainsi que dans sa qualification (2).

1. Évolution historique dans la fonction de la notion

176. Inscrite à l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil, longtemps ignorée par la jurisprudence, la bonne foi a été réactivée il y a une quarantaine d'années par cette dernière, qui en adopte désormais une lecture toute nouvelle et plus dynamique. Plusieurs obligations répondant à des exigences morales semblent en découler, de sorte que l'on peut dire que la bonne foi est aujourd'hui un puissant instrument dont la jurisprudence s'est servie pour introduire certaines exigences morales dans le contrat, et qui n'en a pas fini de lui constituer un support pour la réalisation de cet objectif.

La notion a connu un développement et une évolution dans son sens et sa portée depuis le droit romain⁴⁹³, et le rôle attribué à la bonne foi de faire pénétrer « la règle morale »⁴⁹⁴ dans le contrat n'a pas toujours découlé naturellement de la notion.

En effet, la bonne foi inscrite dans le code civil est une notion qui remonte au droit romain qui a directement inspiré les rédacteurs du code. Or la qualification en droit romain de « contrats de bonne foi » désigne simplement les contrats qui s'opposent aux « contrats de droit strict », c'est-à-dire ceux dont le sens peut être déterminé au-delà de la lettre du contrat⁴⁹⁵, par le biais de l'interprétation du juge

⁴⁹³ V. sur ce point, A. Bénabent, *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat. Rapport français*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 291, spéc. p. 293.

⁴⁹⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1949, n^{os} 157-158, pp. 287-290.

⁴⁹⁵ V. sur ce sens premier de la bonne foi, O. Anselme-Martin, *Étude critique du devoir d'exécuter de bonne foi*, LPA 1997, n^o10, p. 17.

dans les limites de la bonne foi. Le code civil dans son alinéa 3 affirme simplement la volonté de dépasser cette distinction établie par le droit romain : tous les contrats deviennent des contrats de bonne foi⁴⁹⁶.

La fonction première de la bonne foi a donc été de permettre la libéralisation du formalisme strict du droit romain puisque, dans son sens premier, « la bonne foi c'est l'obligation (...) de ne pas s'en tenir à la lettre du contrat »⁴⁹⁷.

D'autres lectures de l'article 1134 alinéa 3 ont cependant, par la suite, été avancées.

La bonne foi sera perçue par certains comme une norme interprétative⁴⁹⁸ permettant de compléter le contenu du contrat, et sera associée à l'équité de l'article 1135 du code civil. Elle permet, dans ce sens, l'introduction de « ces “compléments d'équité”, ces obligations complémentives que le juge a incorporées dans le contrat, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, ou de l'article 1135 du code civil, alors que non seulement elles n'ont pas été expressément stipulées dans le contrat, mais encore qu'elles n'ont pas été voulues par les contractants, “au simple motif qu'elles correspondaient à la justice contractuelle” »⁴⁹⁹.

D'autres verront dans la bonne foi une conception plus morale, un guide des comportements⁵⁰⁰. C'est d'ailleurs cette dernière conception de la bonne foi comme norme de comportement qui prévaudra, surtout avec l'ouvrage du Doyen Ripert, *La*

⁴⁹⁶ V. sur ce point Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, 2000, n° 64, p. 67 : « L'article 1134 alinéa 3 [a] tout d'abord [été] perçu comme marquant dans la continuité de l'ancien droit, le rejet de la distinction romaine entre les contrats de bonne foi et ceux de droit strict ».

⁴⁹⁷ M. Planiol, G. Ripert, P.-E. Esmein, *Traité pratique de droit civil français, t. 6, Obligations*, LGDJ, Paris, 1930, n° 379. Dans ce sens aussi M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, n° 1228, p. 774 : « Historiquement, (...) le déclin de la forme en droit romain, a été compensé par l'essor de la *fides* pour restaurer une certaine dose de stabilité et de prévisibilité dans les rapports contractuels ».

⁴⁹⁸ V. sur ce point Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, op. cit.*, n° 67, p. 70 : « Aubry et Rau, Baudry Lacantinerie, Planiol, ne feront aucune place à la lecture morale de l'article 1134 al. 3 et ne retiendront de cette disposition que sa dimension interprétative (...) ».

⁴⁹⁹ D. Mazeaud, *Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet!*, D. 2008, p. 2675, citant A. Bénabent, *Droit Civil, Les obligations*, Monchrestien, 2007, spéc n° 280.

⁵⁰⁰ La bonne foi n'est plus une exigence psychologique du sujet (croyance) « mais la référence à une valeur qui lui est extérieure et supérieure : référence (...) à une règle morale de comportement (...) » (G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, éd. Les Cours de droit, Paris, 1976/77, n° 290, p. 214.) V. égal. sur ce point Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, op. cit.*, n° 69, p. 70 : « Demogue (...) [est] souvent présenté comme “l'inventeur” de l'interprétation dynamique et morale de l'alinéa 3 de l'article 1134 ». Cette conception a pris fortement de terrain ces dernières années grâce au fait que la bonne foi « séduit aisément lorsqu'on cherche à résoudre dans des termes encore techniques une difficulté liée à la morale contractuelle » (F.-X. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, JCP G 1993, I, 3673, spéc. n° 37) ; B. Fages, *Le comportement du contractant*,

*règle morale dans les obligations civiles*⁵⁰¹. En effet, « la doctrine contemporaine majoritaire considère effectivement la bonne foi comme “une notion purement morale”, devenue une règle juridique »⁵⁰². La bonne foi dépassera ainsi son sens premier. Elle n’est donc plus une notion subjective et psychologique reliée à l’intention des parties, mais une notion objective qui permettra d’apprécier un comportement matérialisé et extériorisé. Ainsi, dans cette perspective, l’« esprit de moralisation (...) permet de préciser la notion de bonne foi au sens de l’article 1134 alinéa 3. La bonne foi n’est pas ici l’ignorance d’une situation réelle (...) ; la bonne foi est ici entendue comme un comportement honnête dans les relations contractuelle »⁵⁰³.

Le centre de gravité de la bonne foi change. Ici l’objectif n’est plus de pouvoir sortir de la stricte lettre du contrat, ou de compléter celui-ci selon l’équité, mais de fournir un guide à la lumière duquel apprécier le comportement des parties⁵⁰⁴.

Ainsi, « on peut distinguer, d’un côté, la bonne foi définie comme une norme permettant de compléter objectivement le contrat en fonction du but économique de l’opération, de l’autre côté, la bonne foi entendue comme une exigence morale d’humanité et de civilité »⁵⁰⁵.

Notons simplement que nous retrouvons, au sujet de la bonne foi, la triple fonction au service de « la moralisation, (...) la sécurité juridique et (...) l’efficacité économique du contrat »⁵⁰⁶. Dans son sens premier, la bonne foi remplace la forme comme outil de la sécurité contractuelle et permet donc de se libérer du formalisme. Dans son second sens, la bonne foi norme interprétative permet de tirer toute son efficacité de l’exécution du contrat. Enfin, la bonne foi norme de comportement, permet la moralisation du contrat.

éd. PUAM, 1997, n^{os} 552 s., pp. 298 s. ; S. Gjidara, *L’endettement et le droit privé*, LGDJ, Paris, 1999, spéc. n^o 444, p. 379.

⁵⁰¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit..

⁵⁰² A.-S. Courdier-Cuisinier, op. cit., p. 299.

⁵⁰³ A. Bénabent, *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l’exécution du contrat*, op. cit., spéc. p. 293.

⁵⁰⁴ V. Ph. Stoffel-Munck, *L’abus dans le contrat, essai d’une théorie*, op. cit., n^o 66, p. 68 : « La question n’est plus de savoir ce que dit le contrat interprété de bonne foi, mais de savoir si l’attitude qu’a adoptée tel contractant dans le cadre de l’exécution du contrat est conforme à la bonne foi, norme morale de comportement ».

⁵⁰⁵ Y.-M. Laithier, obs. sous Cass. civ. 3^e, 14 septembre 2005, n^o 04-10856, RDC 2006, p. 314.

⁵⁰⁶ M. Mekki, *L’intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n^o 1228, p. 774 ; V. aussi G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, op. cit., n^o 282 à 284, pp. 210 à 213. Ces derniers visent la loyauté au lieu de la bonne foi.

La qualification juridique de la bonne foi conforte son rôle de norme positive de comportement.

2. *Qualification de la bonne foi*

177. Les exigences découlant de la bonne foi interviennent dans des moments différents de la vie du contrat, de la période de sa formation à son extinction. Ceci pose le problème de la nature de l'exigence de bonne foi incombant aux parties ; est-ce une obligation qui serait donc exclusivement liée à l'existence d'un contrat, ou bien un devoir général qui peut irradier en dehors de la stricte exécution de celui-ci ? Nous comprenons alors que la réponse à cette question de la nature juridique (1) affecte la portée de cette exigence (2) qui pèse sur les contractants.

a. Nature juridique de la bonne foi

178. La qualification d'« obligation » rattachée à la stricte exécution du contrat devrait être écartée (a.1), la bonne foi étant une norme générale de comportement (a.2).

a.1. L'exigence de bonne foi : obligation contractuelle?...

179. La bonne foi n'est citée explicitement qu'une fois dans le Code civil à l'article 1134.

Si nous nous en tenons à l'article 1134 alinéa 3 du code civil, qui statue que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi », nous retenons l'idée première que la bonne foi est attachée exclusivement à l'existence d'un contrat, et même, à son exécution seulement. D'ailleurs, c'est ce qu'a fermement affirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 14 septembre 2005⁵⁰⁷ en retenant que « l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et [...] ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a défailli ». Elle a refusé sur cette base, toute appréciation par la Cour d'appel du comportement du cocontractant par rapport aux exigences de la bonne foi, lorsque le contrat n'existait plus⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, RTD civ. 2005, p. 776, obs. J. Mestre et B. Fages ; Dr. et patr., janv. 2006, p. 86, obs. L. Aynès ; JCP G 2005, II, 10173, obs. G. Loiseau ; D. 2006, Juripr. p. 761, obs. D. Mazeaud ; RDC 2006, n° 2, p. 314, obs. Y.-M. Laithier.

⁵⁰⁸ V. dans le même sens, Cass. civ. 3^e, 18 mai 2011, n° 10-11.721, Bull. civ. III, n° 79 ; Rev. Lamy dr. civ. 2011/84, n° 4296, obs. Paulin ; RDC 2011, p. 1139, note Genicon : « - Viole les articles 1382 et 1147 du code civil une cour d'appel qui retient qu'un bailleur a manqué à son obligation de bonne foi en matière contractuelle alors que, par l'effet de l'anéantissement rétroactif du contrat de bail annulé, sa responsabilité ne peut être recherchée que sur un fondement délictuel ou quasi-délictuel ».

La Cour estime donc que lorsque le contrat est rétroactivement anéanti, il en est de même de l'exigence d'agir de bonne foi. Dans cette analyse, la bonne foi participerait donc de la nature des obligations, ce qui justifierait parfaitement la position de la Cour.

180. Cependant, cette vision des choses limite sérieusement la portée de la notion. D'ailleurs si nous comparons « l'obligation » d'être de bonne foi à l'obligation classique, nous constatons d'importants points de différence.

D'abord l'obligation naît de l'accord de volonté des deux parties au contrat, ce qui n'est pas le cas de la bonne foi, sauf à admettre l'acceptation tacite. Mais les parties ignorent la plupart du temps cette « obligation », et elle est souvent dérogée par la jurisprudence pour fonder la solution qu'elle retient, mais qui n'a souvent aucun fondement dans les clauses du contrat lui-même. Il paraît donc artificiel de retenir l'hypothèse d'une acceptation tacite.

Ensuite, l'obligation répond à un régime particulier. Elle est une créance donc est susceptible de cession, de circulation, de paiement, et d'exécution forcée. De plus, l'article 1129 du code civil dispose que l'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée quant à son espèce, et au moins susceptible d'être déterminée dans sa quotité. Or la bonne foi répond-elle à ces critères ? La réponse doit être négative⁵⁰⁹.

Il est alors difficile d'affirmer que la bonne foi participe de la nature des obligations.

a.2. ... Ou norme générale de comportement ?

181. La règle posée à l'article 1134 alinéa 3 ne résume pas à elle seule l'exigence de bonne foi, ne serait-ce que parce qu'elle ne suffit pas à expliquer l'apparition de cette exigence et des techniques qui en découlent en phase précontractuelle.

La bonne foi a en réalité vocation à rayonner en dehors de la seule exécution du contrat.

⁵⁰⁹ Celle-ci fait partie des notions qui « n'ont pas d'objet concrètement prédéterminé, ne se payent pas et sont plus généralement peu susceptibles d'être analysées au travers du régime juridique propre aux obligations (modalités, transfert, suspension, extinction, etc.) » (Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 10 juil. 2007, n° 06-14768, D. 2007, p. 2839).

182. En phase précontractuelle d'abord, parce qu'elle préside la période des pourparlers et en garantit l'efficacité et la sécurité, et elle se traduit à ce stade par les règles régissant la rupture abusive, sanctionnées sur le terrain de la responsabilité civile. Une deuxième de ses émanations en période précontractuelle réside dans l'obligation précontractuelle d'information, qui traduit l'exigence de transparence dans les rapports entre deux parties.

183. Mais la bonne foi trouve-t-elle aussi une place en période post-contractuelle⁵¹⁰ ? La bonne foi survit-elle au contrat ? *A priori* la réponse que l'on donnerait serait négative, une personne ne peut être indéfiniment tenue envers une autre alors que leur lien juridique s'est éteint, et d'ailleurs comment déterminer la limite de la bonne foi post-contractuelle si elle est ? Pourtant, si la bonne foi existe en période précontractuelle rien n'empêche par analogie de la concevoir en période post-contractuelle. D'ailleurs, il existe d'autres exemples d'engagements contractuels qui continuent à produire leurs effets après extinction du contrat telle l'obligation de non-concurrence. Ainsi, on ne peut affirmer que le « contrat ne laisserait aucune empreinte au stade de l'après contrat »⁵¹¹, parce que même si le lien juridique reliant les parties s'est dénoué, on ne peut en faire totalement abstraction⁵¹². On peut ainsi très bien imaginer une bonne foi post-contractuelle encadrée dans la limite de ce qui est utile, justifiée par le fait que le passé contractuel ne peut être considéré comme n'ayant pas existé entre les parties.

⁵¹⁰ V. sur ce point D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, D. 2006, p. 761 : « quelques solutions du droit positif reposent sur l'idée que l'empreinte de la bonne foi perdure au-delà de l'expiration des relations contractuelles » ; Cass. com. 24 févr. 1998, n° 96-12.638, Bull. civ. IV, n° 86, JCP 1999, II, 10003, note Keita ; en droit du travail G. Loiseau, note sous Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, JCP 2005, II, 10173 : « l'après-contrat garde souvent en mémoire la relation passée et porte à exiger de l'un le respect des intérêts de l'autre ».

⁵¹¹ D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, D. 2006, p. 761, spéc. n° 4.

⁵¹² En droit du travail, l'obligation de loyauté du salarié ne s'éteint pas avec le contrat même si elle est affaiblie, et réciproquement il est jugé que l'employeur manque à l'exigence de loyauté lorsqu'il ne fait pas bénéficier l'ancien salarié de la *priorité* de réembauchage (cf. Cass. soc. 28 juin 2000, n° 98-43249). En dehors du droit du travail où la solution peut être comprise en tenant compte de la particularité du rapport entre les deux parties au contrat, quelques solutions en jurisprudence traduisent la possibilité d'avoir une bonne foi post-contractuelle, même si le principe demeure le retour à la liberté des deux contractants. La bonne foi post-contractuelle serait le « fondement de la sanction de la transmission d'un savoir-faire ou d'une information confidentielle à un concurrent, soit même [le] support du droit, au profit de l'ancien partenaire contractuel, à une information préférentielle sur les conditions contractuelle futures de l'autre partie » (D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, *op. cit.*).

184. En démontrant donc le rôle que joue et qu'est appelée à jouer encore plus la bonne foi dans les rapports des contractants durant toute la vie du contrat, de la période de sa formation à son extinction et même après, on comprend qu'il ne serait pas exact de qualifier la bonne foi « d'obligation » exclusivement liée à l'accord de volonté des parties et à l'existence d'un contrat entre elles.

C'est d'ailleurs le lien de la bonne foi avec la moralisation des rapports contractuels qui rend légitime son intervention au-delà de l'existence stricte du contrat, parce que son but est d'appréhender la qualité du rapport entre deux personnes, et peu importe alors que ce rapport ait la forme d'une négociation, d'un contrat, ou même qu'il soit justifié par le fait qu'elles avaient été liées par un contrat. La nature de la bonne foi est donc très reliée à la fonction qui lui est attribuée. Si elle est un simple outil d'interprétation permettant la pleine réalisation du contrat, il est alors logique de considérer que l'exigence de bonne foi disparaît avec l'anéantissement du contrat⁵¹³. Par contre, si la bonne foi est une norme de comportement, alors son existence ne trouve plus son fondement dans le contrat ; « l'exigence de bonne foi ne naît donc plus du contrat mais devient une norme de comportement s'imposant à tous pendant toutes les phases du contrat »⁵¹⁴.

Dans l'arrêt du 14 septembre 2005, on aurait pu – au lieu de considérer la bonne foi comme un simple outil d'interprétation qui disparaît donc avec la disparition du contrat – « rattacher l'obligation imposée aux promettants par les juges du fond à une exigence comportementale, par exemple au souci de prendre en compte

⁵¹³ Mais même dans ce cas, la qualification d'« obligation » est difficile à défendre et « recèle une ambiguïté. L'obligation, en effet, constitue un instrument technique de réalisation de l'opération économique voulue par les parties. Or ces instruments seront concrètement inefficaces s'ils ne sont pas mis en œuvre par des partenaires de bonne foi. La bonne exécution du contrat suppose ainsi loyauté et coopération. En définitive, l'obligation de contracter de bonne foi est bien plus un devoir contractuel dont la fonction consiste à permettre aux obligations contractuelles de remplir la finalité qui est la leur » (A. Cathiard, note sous Cass civ. 1^e, 15 mars 2005, n° 01-13018, D. 2005, p. 1462).

⁵¹⁴ G. Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, RDAI 2005, p. 695, spéc. p. 697. D'ailleurs la sanction de la violation d'une « obligation » de bonne foi en phase précontractuelle n'intervient pas exclusivement au visa de l'article 1134 du code civil, mais aussi sur le visa de l'article 1382 du code civil ce qui conforte la qualification de la bonne foi comme norme de comportement ou règle de conduite. V. en ce sens Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., spéc. et respectivement n° 126 et 128 134 et 150, pp. 116-135. Celui-ci soutient que la responsabilité engendrée par le devoir de bonne foi serait délictuelle car « la bonne foi manifeste une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extracontractuel » (...) elle « exprime un devoir qui ne prend pas sa source dans le contrat mais dans les exigences sociales pesant in ou ex contractu » (...) elle « ne semble pas être une pièce constitutive du contrat mais plutôt la soutien de l'extérieur » (...). Dès lors, « la généralité du devoir de bonne foi alliée à son essence morale [ancree] l'article 1134, alinéa 3, dans l'ordre de responsabilité propre aux délits ».

les intérêts d'autrui (...). L'exigence de bonne foi n'aurait alors pas dû être écartée au seul motif que le contrat avait pris fin »⁵¹⁵.

185. En conclusion, elle « n'est pas une obligation, mais un devoir moral, une règle de conduite sociale, dont la nature contractuelle est, elle-même, sujette à caution »⁵¹⁶, « un devoir général »⁵¹⁷ de comportement⁵¹⁸, une « norme dynamique »⁵¹⁹ de comportement. À côté du contenu proprement obligationnel du contrat⁵²⁰, elle se présente comme une « sentinelle du comportement des parties »⁵²¹. Elle reste, même si nous l'avons écartée comme fondement rendant compte de tout le phénomène de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, une notion-cadre avancée par « le législateur, [qui] conscient de son impuissance, mise sur le pouvoir évocateur de la notion et les capacités imaginatives du juge pour créer une dynamique contractuelle »⁵²².

Cette qualification de la notion agit certes sur sa portée.

b. Portée

186. Nous examinerons la portée du domaine de la bonne foi (b.1). Cependant sa sanction en réduit sensiblement la portée (b.2).

b.1. Portée de la bonne foi

187. Dans sa conception morale, la bonne foi gagne en importance dans sa portée puisqu'elle sera un critère d'appréciation du comportement de deux parties dans un rapport contractuel, mais aussi dans le domaine extracontractuel. Elle aura donc un domaine plus large que le contrat, puisque le devoir de morale sociale dont elle est porteuse n'est pas exclusif au contrat.

⁵¹⁵ Y.-M. Laithier, obs. sous Cass. civ. 3^e, 14 septembre 2005, n° 04-10856, *op. cit.*

⁵¹⁶ D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, *op. cit.*, spéc. n° 8.

⁵¹⁷ P. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. civ. 3^e, 5 nov. 2003, Bull. civ. III, n° 189, RDC 2004, n° 3, p. 637, spéc. p. 639.

⁵¹⁸ En ce sens, A. Cathiard, note sous Cass. civ. 1^e, 15 mars 2005, n° 01-13018, *op. cit.* : « l'obligation de contracter de bonne foi impose de se conformer, en toute situation, à un impératif social et entraîne une appréciation de la conduite des parties ». V. égal. G. Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, spéc. 696 : « Visant à réprimer certains comportements, la bonne foi permet de moraliser le contrat. Elle apparaît plus comme une norme de comportement que comme une obligation contractuelle, mettant en jeu la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle ».

⁵¹⁹ Ph. Jacques, F. Chabas, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, Paris, 2005, spéc. n° 163.

⁵²⁰ Sur ce point, P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 ; S. Darmaïn, *Le contrat moral*, *op. cit.*, pp. 122 s., n°s 173 s. ; Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 177, p. 164.

⁵²¹ G. Loiseau, note sous Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, *op. cit.*

⁵²² J.-Cl. Civ. Code, Art. 1134 et 1135, fasc. 11, par Y. Picod, n° 38.

L'article 1134 alinéa 3 ne serait donc qu'une illustration du principe général de bonne foi et non pas son fondement. Pour Philippe Stoffel-Munck, « (...) l'article 1134, alinéa 3, dans son versant moral, n'est que la reprise *in contractu* de la règle de civilité posée par l'article 1382 du code civil (...) »⁵²³, et c'est d'ailleurs pour lui « l'exacte portée »⁵²⁴ que voulaient donner à ce texte les rédacteurs du code civil⁵²⁵.

Bien sûr cette opinion élève la bonne foi au rang de principe⁵²⁶, ou au moins de notion-cadre, dépassant la seule sphère contractuelle, et trouvant une application dans différentes dispositions du Code civil tels les articles 1382 ou 1134 alinéa 3⁵²⁷.

Elle est d'ailleurs hissée au rang de principe général⁵²⁸ par l'Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013, puisqu'elle y figure en chapeau, aux côtés du principe de liberté contractuelle, juste après la définition du contrat, dans un article qui stipule que « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi »⁵²⁹.

La bonne foi se présenterait donc comme un principe général-norme qui s'intercalerait entre les principes supérieurs-affirmations premières, tels la fraternité, et les différentes normes du droit contractuel. Ce principe général est inspiré – en partie seulement – de celui de fraternité. C'est ce que nous examinerons dans le second paragraphe.

188. Relevons que, contrairement à l'affirmation des auteurs qui critiquent la montée de l'exigence de bonne foi, celle-ci ne neutralise pas les exigences de liberté

⁵²³ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 119, p. 109.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ M. Laithier soutient dans ce sens aussi que « la bonne foi est l'expression d'un devoir permanent, s'imposant à tous et sanctionné par l'article 1382 du Code civil, dont l'article 1134, alinéa 3, n'est que la reproduction » (Y.-M. Laithier, obs. sous Cass. civ. 3^e, 14 septembre 2005, n° 04-10856, *op. cit.*).

⁵²⁶ M. Ghestin y voit un principe général du droit. V. sur ce dernier point, J. Ghestin, *Traité de droit civil. Le contrat : formation. 2. Les obligations*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1988, n° 185, p. 202. Égal., G. Flécheux, *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 341, spéc. p. 342 : « Jacques Ghestin a pu présenter la référence à la bonne foi comme un principe général du droit positif français ». Sur les sources européennes ou internationales qui en font un principe général ou directeur, V. *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007, accessible sur le site de la Cour de cassation.

⁵²⁷ Dans ce sens égal. Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V^o Bonne foi, n° 15 : « Le contrat n'est pas le support de la bonne foi, mais seulement un champ d'application, peut-être privilégié en raison des relations qui unissent les contractants, de cette notion » ; Ph. Jacques, F. Chabas, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, *op. cit.*, spéc. n° 167 : elle serait « un devoir de morale sociale, extérieur au contrat ».

⁵²⁸ « Principe directeur » diront certains, fédérateur des règles contractuelles, dont la consécration est encore très discutée. Notons que l'Avant-projet de réforme de 2013 se garde lui d'énoncer expressément des « principes directeurs ».

⁵²⁹ Art. 3 de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013.

et de sécurité traditionnellement attachées au contrat, mais elle s'affirme à leurs côtés comme une valeur également à prendre en compte. La liberté reste le principe fort, mais elle ne dispense nullement les contractants de respecter dans leurs rapports un minimum de moralité. La bonne foi, dans sa fonction moralisante, paraît de plus en plus se hisser aux côtés des principes piliers du droit contractuel.

189. Notons enfin, quant à la portée de la bonne foi, que le rayonnement de celle-ci et la place qui lui est conférée en droit international, paraissent dépasser de loin ceux qui lui sont attribués en droit interne positif. Notons que cette exigence est inscrite dans les Principes Unidroit⁵³⁰ à l'article 1.7⁵³¹ ainsi que dans les Principes du droit européen du contrat⁵³² à l'article 1:201⁵³³. Dans les deux textes celle-ci est introduite comme une exigence d'ordre public, qui échappe à l'autorité des parties et ne peut être ni réduite ni limitée, ce qui en augmente la portée. Même si ces travaux d'unification du droit européen n'ont pas de force obligatoire en eux-mêmes, mais ils ont certes une influence sur les différents droits nationaux, et peuvent donc expliquer la nouvelle voie que serait en train de prendre la réforme du droit français contractuel quant à ce point.

b.2. Sanction de la bonne foi et réduction de sa portée

190. La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 10 juillet 2007⁵³⁴ que, « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

⁵³⁰ Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Publication Unidroit, Rome, 2010. Sur lesquels V. JDI 1995, p. 583.

⁵³¹ « 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ».

⁵³² Commission pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, version française par G. Rouhette, avec le concours de I. de Lamberterie, D. Tallon et C. Witz, SLC, 2003.

⁵³³ « Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter ».

⁵³⁴ Cass. com., 10 juill. 2007, Bull. civ. IV, n° 188, Rapport, p. 436 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, t. 2, éd. Dalloz, Paris, 12^e éd., 2008, n° 164 ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 294, obs. L. Leveur ; D. 2007, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck ; p. 2844, note P.-Y. Gauthier ; p. 2972, obs. B. Fauvarque-Cosson ; Defrénois 2007, p. 1454, obs. E. Savaux ; JCP G 2007, II, 10154, note D. Houtcieff ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. Aynès et p. 1110, obs. D. Mazeaud ; Rev. Lamy dr. civ. 2008, n° 46, p. 6, note Ph. Delebecque ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. Fages ; RTD com. 2007, p. 786, obs. P. Le Cannu et B. Dondero.

La solution n'était pas nouvelle⁵³⁵, mais l'arrêt a le mérite d'énoncer le principe de manière explicite et claire.

À la question de la sanction de la mauvaise foi, la Cour de cassation répond que l'efficacité du droit exercé de mauvaise foi reste intacte, et que la sanction serait donc dans la réparation par l'attribution de dommages-intérêts⁵³⁶.

191. Cette sanction conforte la qualification de la bonne foi en devoir de comportement⁵³⁷ aux dépens de celle d'obligation. La bonne foi étant une norme de comportement, ne pas la respecter constituerait une faute sanctionnée par la responsabilité civile et non par la neutralisation des obligations contractuelles elles-mêmes⁵³⁸, ou des droits dont l'exercice a occasionné l'atteinte à la bonne foi ; « [dans] cette perspective, l'efficacité du droit subjectif exercé serait une chose et la

⁵³⁵ V. pour un commentaire précédent Ph. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. civ. 3^e, 5 nov. 2003, Bull. civ. III, n° 189, RDC 2004, n° 3, p. 637, spéc. n° 6 : « Ainsi (...) la déloyauté dans l'acquisition ou dans l'exercice d'un droit n'empêche pas ce dernier de demeurer opératoire, même si son jeu peut être indirectement neutralisé par le biais de la responsabilité civile ». V. pour des exemples d'arrêts précédents mettant en œuvre cette solution Ph. Stoffel-Munck, *eod. loc.*, spéc. n° 5 ; *adde*, pour une formulation nette, CA Paris, 21 mai 1999, Loyers et copro. 1999, comm. n° 237 : « si la mauvaise foi du bailleur est sans incidence sur la nullité du congé, elle peut constituer une faute ouvrant droit à réparation si elle a causé un préjudice au bailleur », cité in Ph. Stoffel-Munck, *eod. loc.*, n° 6.

⁵³⁶ Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 10 juil. 2007, n° 06-14768, D. 2007, p. 2839 : « Le comportement déloyal d'une partie est donc inapte à justifier la neutralisation d'un droit de créance qui participe de la définition même de l'échange économique envisagé ».

⁵³⁷ Au contraire, M. Gauthier se demande: faut-il « considérer de ce fait que la seule sanction de la mauvaise foi contractuelle ne soit qu'une indemnisation en argent? Ce n'est pas inscrit dans notre code et la logique n'en est pas irréfutable » (P.-Y. Gauthier, note sous Cass. com., 10 juil. 2007, n° 06-14768, D. 2007, p. 2844), et M. Billefont affirme lui qu'« il n'y a rien de choquant, dans une logique de sanction de la déloyauté, à ce qu'une personne mal intentionnée soit privée du droit d'invoquer une règle seulement destinée à protéger ses intérêts propres » (J. Billefont, note sous Cass. civ. 3^e, 9 déc 2009, n° 04-19923, D. 2010, p. 476, n° 7).

⁵³⁸ V. en ce sens Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 10 juil. 2007, n° 06-14768, *op. cit.* : « Porter un jugement de valeur sur la qualité du comportement manifesté par le contractant au travers de l'exercice de son droit et juger de la force de celui-ci sont, croyons-nous, deux choses méritant effectivement d'être distinguées » ; B. Fages, note sous Cass. com., 10 juil. 2007, n° 06-14768, RTD civ. 2007, p. 773 : « La substance même des droits et obligations, en revanche, ne peut être atteinte par la sanction du juge, ce qui signifie en d'autres mots qu'une créance ne peut être neutralisée pour la seule raison que son titulaire a manqué à l'obligation d'exécution de bonne foi (...) la sanction de l'obligation de bonne foi devait s'arrêter au seuil de ce qui sépare les simples prérogatives - en quelque sorte l'appareillage technique - de la substance même des droits et obligations - le cœur de la créance » ; L. Aynès, note sous Cass. com. 10 juil. 2007, n° 06-14768, RDC 2007, p. 1107 : « On n'est pas créancier de bonne ou de mauvaise foi : cela n'a pas de sens. Comment pourrait-on prétendre que le créancier est de mauvaise foi lorsqu'il se borne à exciper de son droit de créance ? (...) une fois la créance née, il (le juge) ne saurait lui "porter atteinte" ». *Contra* D. Fenouillet, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme?*, RDC 2011, p. 644, n° 22 : « on ne voit pas pourquoi le créancier qui n'excipe de son droit que pour nuire à autrui ne devrait pas être considéré comme étant de mauvaise foi (...). Dans cette perspective, l'éviction de la bonne foi ne peut trouver d'autre explication que le souci, politique, de préserver l'opération économique convenue, quel que soit le comportement déloyal du contractant ».

sanction de la faute de comportement commise en marge de son acquisition ou de son exercice en serait une autre »⁵³⁹.

Ensuite, cette solution conforterait la conciliation des alinéa 1 et 3 de l'article 1134 du code civil, longtemps présentés comme tirant dans des directions opposées ; la sécurité contractuelle par le respect de la parole donnée pour l'alinéa 1 contre la remise en question du contrat au nom de la bonne foi pour l'alinéa 3. L'alinéa 1 fonderait la force obligatoire du contenu obligationnel, désigné par certains par les « obligations structurelles »⁵⁴⁰, et l'alinéa 3 la sanction du comportement des parties en marge de ce contenu⁵⁴¹.

192. Plus loin que ces questions, se pose celle essentielle du pouvoir du juge. Ce dernier a un « simple pouvoir de sanction du comportement [du contractant], mais, en raison de l'alinéa 1^{er} de ce même texte, il n'est pas investi d'un pouvoir de révision du contrat.(...) Même de mauvaise foi, le créancier peut obtenir le paiement de sa créance, telle qu'elle avait été conçue lors de la conclusion du contrat ; sa déloyauté ne peut exercer aucune influence sur l'existence et la substance de ses droits engendrés par le contrat, car le principe de la force obligatoire du contrat canalise les pouvoirs du juge fondés sur le devoir de bonne foi »⁵⁴². Mais on pourrait remettre en question cette affirmation au regard de l'efficacité du rôle occupé par le juge. Même si la logique se tient⁵⁴³, cependant et concrètement, par le jeu de la compensation, l'attribution de dommages-intérêts n'aboutit-elle pas le plus souvent à une neutralisation du droit⁵⁴⁴ ?

⁵³⁹ P. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. civ. 3^e, 5 nov. 2003, Bull. civ. III, n° 189, RDC 2004, n° 3, p. 637, spéc. n° 6.

⁵⁴⁰ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, *op. cit.*, pp. 122 et s., n°s 173 et s.

⁵⁴¹ Dans ce sens, Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com. 10 juil. 2007, n° 06-14768, *op. cit.* : « Dans cette perspective, les alinéas 1 et 3 de l'article 1134 du code civil cessent de s'opposer frontalement ; ils développent chacun leurs effets sur des plans distincts ».

⁵⁴² D. Mazeaud, note sous Cass. com. 10 juil. 2007, n° 06-14768, RDC 2007, p. 1110.

⁵⁴³ La faute étant dans l'exercice de mauvaise foi d'un droit, la sanction n'est pas dans l'anéantissement de ce droit, mais simplement dans la réparation par le biais de dommages-intérêts.

⁵⁴⁴ V. par ex. sur ce point S. Amrani-Mekki, M. Mekki, comm. sous Cass. com. 8 oct. 2013, n° 12-22952, D. 2014, p. 630 : « Quant au préjudice, il est constitué des conséquences de la mauvaise foi et non de la non-poursuite des contrats de concession : “en retenant le caractère fautif de la résiliation des contrats de concession au regard des circonstances dans lesquelles elle est intervenue, et en faisant ressortir que cette faute était à l'origine de la cessation d'activité et de la perte des fonds de commerce qui n'ont pu être cédés, la cour d'appel n'a pas procédé à l'indemnisation de la perte des contrats de concession résultant de la résiliation, mais à l'indemnisation du préjudice résultant de l'absence d'exécution de bonne foi des conventions”. Cela semble tout de même relever de la rhétorique dès lors que l'indemnisation est évaluée à la valeur... des fonds de commerce ! ».

La solution de l'arrêt du 10 juillet 2007 a été réitérée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 9 décembre 2009⁵⁴⁵, qui rappelle que « l'article 1134, alinéa 3 du Code civil n'est pas le fondement d'une modification judiciaire des prestations convenues entre les parties »⁵⁴⁶, et donc que « le juge, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, n'est investi que d'un simple pouvoir de sanction du comportement déloyal de celui-ci, et en raison de l'article 1134, alinéa 1^{er}, il n'est pas doté d'un pouvoir de révision du contenu obligationnel du contrat »⁵⁴⁷.

193. Cette solution pourrait susciter quelques réserves, au-delà du problème de son efficacité que nous avons évoqué plus haut.

Elle semble, en effet, difficile à appliquer sans confusion. Comment distinguer la substance contractuelle de la prérogative ? D'ailleurs dans l'arrêt du 9 décembre 2009, la troisième chambre civile semble apparemment se tromper dans la mise en œuvre de la solution, puisque c'était vraisemblablement une prérogative qui était en jeu (une clause d'agrément) mais qui ne fut cependant pas remise en question. Les « obligations essentielles », la « substance des droits et obligations » sont des notions floues rendant la solution difficile à mettre en œuvre clairement, et raisonner en termes d'obligations « principales » et « accessoires » ne semble pas suffisant. Ensuite certaines prérogatives, telle la clause résolutoire, peuvent aboutir à l'anéantissement du contrat, et le constat est que la plupart d'entre elles ont une incidence directe sur « la substance même des droits et obligations légalement convenues ». Peut-on généraliser cette sanction, surtout lorsque l'on sait que des contre-applications existent, spécialement en matière de mise en œuvre de la clause résolutoire⁵⁴⁸ ?

Certains ont soutenu que ce recours à la distinction entre substance du contrat et prérogative révèle en définitive « l'utilitarisme économique dont elle procède, qui

⁵⁴⁵ Pourvoi n° 04-19923, bull. civ. III, n° 275.

⁵⁴⁶ Y.-M. Laithier, note sous Cass. Civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19923, RDC 2010, p. 561.

⁵⁴⁷ D. Mazeaud, note sous Cass. Civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19923, RDC 2010, p. 564.

⁵⁴⁸ V. un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 juin 1990 relevé par M. Picod comme « la première fois (...) qu'un arrêt invoque de façon aussi explicite un manquement à l'obligation de coopération du créancier pour neutraliser une clause résolutoire », (note sous CA Paris, 19 juin 1990, (Cts Tollemer c/de Bouillé), D. 1991, jurispr. p. 515). V. égal. les précédentes solutions où la Cour de cassation admet que la mauvaise foi du créancier est un obstacle au jeu impératif d'une clause résolutoire, par exemple, Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1976, Bull. civ. III, n° 465 ; RTD civ. 1977, p. 340, obs. G. Cornu ; 8 avr. 1987, Bull. civ. III, n° 88 ; JCP 1988, II, 21037, note Y. Picod ; 17 juill. 1992, D. 1992, Som. p. 399, obs. J.-L. Aubert.

relègue les considérations morales au rang de considérations secondaires qui ne doivent pas s'opposer à l'efficacité du contrat »⁵⁴⁹ et paraît se présenter en fin de compte, même si elle est compatible avec la qualification de bonne foi comme norme de comportement, comme une arme pour limiter le jeu de celle-ci.

L'évolution historique de la fonction de la bonne foi ainsi que sa qualification mettent en avant son rôle de norme comportementale, et donc d'outil de moralisation du comportement des contractants.

Mais quel est le contenu de la norme morale introduite par la bonne foi ?

B. Contenu de la norme morale introduite par la bonne foi

194. La bonne foi introduit donc des valeurs morales de comportement au sein de la relation contractuelle. Ces exigences sont tirées de la loi morale générale⁵⁵⁰, et le juge s'est déjà fondé sur la bonne foi pour dégager des exigences de loyauté, de décence, de transparence, de cohérence, de coopération, et de solidarité⁵⁵¹, la liste n'étant pas exhaustive. D'ailleurs cette œuvre est loin d'être achevée, elle est en devenir, et la bonne foi est donc un instrument de moralisation du contrat qui n'a pas encore dévoilé toute son efficacité et tout son contenu.

Mais ces valeurs peuvent-elle être systématisées?

195. Certains⁵⁵² distinguent deux exigences : la sincérité (comprenant une exigence de coopération et même d'humanité) et la fidélité – où « le critère pertinent n'est pas la morale de la sociabilité, mais plus prosaïquement le respect du but économique recherché »⁵⁵³ -, et qui renvoie aussi aux valeurs de cohérence et de respect de la parole donnée. D'autres⁵⁵⁴ établissent une distinction au sein de la bonne foi entre deux exigences morales d'intensités différentes, la loyauté et la coopération

⁵⁴⁹ D. Fenouillet, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme?*, *op. cit.*, n° 27.

⁵⁵⁰ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 114, p. 105 : « la source de l'exigence morale ne se situe pas à proprement parler dans la convention : elle s'impose aux contractants comme elle s'impose à tout un chacun. La sanction de l'hypocrisie, de l'incohérence, de l'indifférence à autrui et de la malignité ne puise pas sa légitimité dans un autre contrat que le « contrat social » ».

⁵⁵¹ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603.

⁵⁵² À l'instar de M. Mekki. V. par ex. *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n°s 1230 s., pp. 775 s.

⁵⁵³ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 84, p. 83.

(que les solidaristes désignent aussi par la solidarité), cette dernière pouvant atteindre parfois l'abnégation⁵⁵⁵.

Nous pouvons ainsi constater une gradation dans l'intensité des exigences morales introduites par la bonne foi. Une première série d'exigences participent d'une morale plus individuelle et permettent d'apprécier le comportement du contractant *en soi*, avec pour centre de gravité l'honnêteté et les valeurs de droiture, de civisme, de loyauté⁵⁵⁶, qui inspire notamment une abstention de certains comportements. Une seconde partie d'exigences participent de la morale de la relation et permettent d'apprécier le comportement du contractant *envers son partenaire contractuel*, avec pour centre de gravité la prise en compte de l'intérêt du cocontractant⁵⁵⁷, qui encourage plutôt à adopter certains comportements positifs⁵⁵⁸.

Contentons-nous à ce stade de distinguer les deux versants de moralité individuelle (1) et relationnelle (2) de la bonne foi⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ F. Terré, P. SIMLER, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n^{os} 440 s., pp. 488 s.

⁵⁵⁵ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité... op. cit.* Au contraire, certains font relever la bonne foi de la loyauté, dont la définition est « soit la sincérité contractuelle (dans la formation du contrat), soit la bonne foi contractuelle (dans l'exécution du contrat) » (G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014, V^o Loyauté).

⁵⁵⁶ Dans ce premier sens, la bonne foi est « une notion purement morale, une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusives de toute intention malveillante » (Y. Loussouarn, *La bonne foi. Rapport de synthèse*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 7). Sur la loyauté notion plus large que la bonne foi, parce que dotée d'un contenu conceptuel plus large impliquant des actes positifs mais aussi des abstentions, et d'un domaine d'application plus large si l'on considère que la bonne foi est cantonnée aux rapports contractuels, V. N. Prod'homme, *Professionnel et consommateur : Une loyauté réciproque ?*, LPA 24 nov. 2011, p. 29, spéc. n^o 23.

⁵⁵⁷ Dans sa dimension de moralisation des comportements des contractants, donc dans le sens de moralité relationnelle et altruiste.

⁵⁵⁸ Dans ce second degré plus exigeant, « [la] violation de la bonne foi constitue une cause de responsabilité. L'auteur de la faute a, en effet, manqué à son devoir général de bonne conduite et de garantie des intérêts de son partenaire » (A. Cathiard, note sous Cass civ. 1^e, 15 mars 2005, n^o 01-13018, D. 2005, p. 1462).

⁵⁵⁹ Pour une affirmation mettant en lumière cette distinction, V. J. Mestre, *Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé*, Revue Lamy dr. civ. mars 2009, 7 : « Reste sans doute la question la plus délicate : celle de la définition même de la bonne foi ou, à tout le moins, la précision de ses principales implications. Ici, la tâche de l'éventuel codificateur devient plus délicate car, entre l'approche minimale de la condamnation des comportements déloyaux et l'approche maximale de l'exigence d'agir au mieux des intérêts du cocontractant, le débat est ouvert, et naturellement plus délicat. Mais, avec la bonne volonté (et, osons-le, la bonne foi...) de tous, une formule intermédiaire pourrait sans doute être trouvée, qui ferait de l'abstention des comportements déloyaux le socle de la bonne foi, mais inviterait aussi le contractant à ne pas se désintéresser du sort de son partenaire. Autrement dit, à tourner son regard vers lui et à faire dès lors son possible pour que le contrat soit à même de satisfaire l'intérêt de chacun ». M. Mazeaud semble établir cette distinction lorsqu'il affirme qu'« [outre] ce *civisme contractuel* (...), [au] nom d'un *altruisme contractuel*, respectueux des intérêts particuliers mais sensible à l'intérêt collectif des contractants et aux difficultés qui peuvent

1. La morale individuelle ou la bonne foi-honnêteté

196. D’abord, à un premier niveau, la bonne foi est définie comme « une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante »⁵⁶⁰. Dans ce sens, elle est interchangeable avec la loyauté, qui ici, « désigne la “Droiture” »⁵⁶¹, et encourage surtout à s’abstenir de tout comportement malhonnête.

Dans ce versant, elle est entendue dans le sens d’honnêteté⁵⁶² ou de civisme⁵⁶³ pour 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 co-contractants »⁵⁶⁴.

197. Les solutions du droit contractuel relevant de ce premier versant de la bonne foi ne nous intéressent pas dans notre travail et en seront écartées, parce que les exigences que supposent l’honnêteté, le civisme et la droiture, relèvent d’une morale plus individuelle, et sont des valeurs exigées du contractant lui-même dont l’appréciation dépend de son comportement personnel, individuel, indépendamment de toute attention aux intérêts du cocontractant. En effet, même si leur méconnaissance conduit souvent à la lésion des intérêts du cocontractant, le regard porté à l’intérêt d’autrui n’est pas le vecteur principal de ces valeurs, la prise en compte de l’intérêt du cocontractant n’en est pas la notion cardinale.

frapper chacun, se développe une “éthique contractuelle” fondé sur la fraternité et la solidarité » (*Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, spéc. p. 609). Nous remettons en question pourtant la référence à cet « intérêt collectif » des contractants, comme nous avons pu le clarifier dans la partie 1.

⁵⁶⁰ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, p. 603.

⁵⁶¹ M. Mekki, *L’intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, n° 1208, p. 761. V. dans ce sens égal. N. Prod’homme, *Professionnel et consommateur : Une loyauté réciproque ?*, *op. cit.*, spéc. n° 1 : « cette obligation qui, loin de son origine étymologique (*legalis*, qui est conforme à la loi) s’entend aujourd’hui dans un sens moral (qui est conforme à l’honneur, la probité, la droiture) », et G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Loyauté.

⁵⁶² V. sur les valeurs morales auxquelles renvoie ce versant de la bonne foi, A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec, Ed. du Juris-Classeur, Paris, 2006, p. 300, n° 474.

⁵⁶³ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, p. 603.

⁵⁶⁴ A. Bénabent, *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l’exécution du contrat. Rapport français*, in *La bonne foi*, Ass. H. Capitant, t. 43, Louisiana 1992, Litec, Paris, 1994, p. 291, spéc. p. 300.

198. Ces exigences peuvent être résumées par les valeurs de transparence, de décence et de cohérence⁵⁶⁵ qui pénètrent le contrat. Nous ne nous arrêterons que très succinctement sur ces valeurs, qui ne concernent pas l'éthique relationnelle mais simplement individuelle, justement pour les écarter et mieux cerner le domaine de la bonne foi constituant une manifestation de la prise en compte étudiée.

Un premier devoir découle de l'exigence de loyauté ; la transparence. En effet, ce devoir regroupe des valeurs diverses et « invite à la promotion de la sincérité, du dialogue, de l'écoute attentive d'autrui, de la transparence et de la clarté »⁵⁶⁶, et son objectif est surtout de pousser le contractant à ne pas tromper l'autre. Il se traduit concrètement, et surtout, par la consécration d'une obligation d'information, mais d'autres manifestations peuvent aussi y être attachées⁵⁶⁷. Plus généralement l'exigence de transparence se traduit « par l'inopposabilité des clauses illisibles, inconnues, dissimulées ou non acceptées »⁵⁶⁸.

Ensuite, la valeur de décence paraît avoir pénétré le contrat. La décence suppose un équilibre contractuel minimum. Il ne s'agit pas d'un équilibre strict à observer entre les avantages tirés par chacune des parties, mais c'est une approche plus globale : le contrat ne doit pas être le moyen pour une partie d'exploiter la faiblesse de l'autre pour en tirer un avantage excessif⁵⁶⁹.

Enfin, la loyauté comporte aussi une exigence de cohérence dans le comportement de chacun des cocontractants. Cette exigence de cohérence apparaît surtout en phase précontractuelle dans la rupture des négociations, mais aussi dans la rupture du contrat lui-même. Elle traduit une exigence de constance dans le comportement, mais démontre que la liberté demeure le principe au cœur des

⁵⁶⁵ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, p. 603.

⁵⁶⁶ M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, RRJ 2004, n° 2, p. 723, spéc. p. 739.

⁵⁶⁷ Entre autres, la règle de l'article 1602 du code civil « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». N'est-ce pas un moyen d'assainissement des relations contractuelles, que de contrer l'exploitation d'une partie par une autre par le biais d'instrumentum obscurs préfigurant souvent des situations d'inégalité ? Une obligation de clarté peut aussi, par exemple, se dégager d'un arrêt qui affirme qu'« aux termes de l'article 1602 du code civil, le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige » (Cass. civ. 1^e, 13 avr. 1999, n° 97-13782, Bull. civ. I, n° 139, p. 90).

⁵⁶⁸ D. Mazeaud, *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, LPA 30 sept. 1998, p. 12.

⁵⁶⁹ Nous pouvons d'abord y attacher la sanction de la lésion même si elle est strictement encadrée, la responsabilité en cas du dol parce qu'elle conduit en fait souvent à une sorte de rééquilibrage du contrat par une sorte de compensation de l'engagement excessif du débiteur. C'est surtout la jurisprudence Macron (Cass. com., 17 juin 1997, Gaz. Pal. 1998, 1, Panor. cass. p. 84 ; D. 1998, p. 208, note J. Casey) qui traduit cette exigence de proportionnalité en matière de cautionnement. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel estimant que la banque avait commis une faute

relations contractuelles⁵⁷⁰. En effet c'est une exigence qui accompagne sans le remettre en question, l'exercice primordial de la liberté de ne pas conclure le contrat ou de mettre fin à celui-ci.

À un deuxième degré, la bonne foi va introduire dans le contrat une exigence morale d'une intensité plus forte. Elle traduit une valeur relationnelle⁵⁷¹, et rompt avec l'individualisme trop poussé et l'égoïsme. Son vecteur principal est la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

2. La morale de la relation ou la bonne foi-prise en compte de l'intérêt du cocontractant

199. La bonne foi introduit également une exigence de comportement ne se rattachant pas au registre de l'honnêteté, du civisme ou de la droiture. Il n'est pas difficile de constater qu'il s'agit d'un degré plus exigeant puisque supposant, au-delà d'une simple abstention, d'agir positivement d'une certaine manière. Ce comportement se rattache ici plutôt à la coopération, à l'entraide, à l'empathie, au dévouement même⁵⁷². La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, entendue dans sa théorie pure, relève de ce versant.

en demandant un aval « sans aucun rapport avec le patrimoine et le revenu de l'avaliste », et elle articule sa motivation autour de la bonne foi.

⁵⁷⁰ D'abord, pour ce qui est de la phase précontractuelle, la loyauté se traduit par l'exigence que chaque partie à la négociation fasse preuve d'une certaine constance dans son comportement. Ainsi sera sanctionné à ce stade le fait pour une partie d'adopter un comportement décevant à l'égard de l'autre, en entretenant des pourparlers suffisamment aboutis dans la durée et l'intensité faisant croire légitimement à l'autre que le contrat est sur le point d'être conclu, puis rompre soudainement les négociations. Notons qu'à ce stade précontractuel la liberté de ne pas conclure reste absolue. L'inconstance et l'incohérence dans la conduite des pourparlers ne peuvent en aucun cas aboutir à forcer la partie à conclure le contrat. Tout au plus cette incohérence est-elle constitutive d'une faute justifiant la réparation par une partie à l'autre du préjudice conséquent qui peut être seulement équivalent aux frais engagés ou à la perte d'une chance de conclure avec un tiers. La faute n'est donc pas la rupture elle-même, mais elle réside dans l'appréciation du comportement d'une des parties. Pour sanctionner cette faute la jurisprudence s'est fondée sur la bonne foi (Cass. com. 7 janv. 1997, D. 1998, p. 45 et Cass. com. 22 avril 1997) mais aussi plus spécifiquement sur le principe de loyauté (Cass. com. 7 avr. 1998, JCP E 1999, p. 579 ; D. 1999, p. 514). Lors de la rupture du contrat, la liberté de cesser les relations contractuelles demeure le principe aussi. Cependant, le cocontractant peut être amené à réparer la faute consistant dans la déloyauté de cette rupture, déloyauté qui apparaît dans son inconstance. Un exemple peut en être donné dans les rapports concédant-concessionnaire, lorsque le concédant incite son concessionnaire à effectuer de lourds investissements et qu'il ne renouvelle pas le contrat, cette inconstance sera sanctionnée par le jeu de la responsabilité.

⁵⁷¹ Elle est appelée exigence de « solidarité » par les auteurs du courant solidariste, ou parfois « coopération ».

⁵⁷² V. par ex. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., n° 109, p. 100 : « Ne pas laisser son partenaire se débattre dans les ennuis, patienter en raison de l'accablement du débiteur au lieu d'exiger son dû à l'heure dite en toute rigueur, s'entraider dans l'adversité : voilà la

La bonne foi est donc une notion complexe. Elle recèle une dualité de dimension ; « un aspect subjectif dans lequel elle se confond avec la loyauté et un aspect objectif dans lequel elle vise un comportement raisonnable, soucieux des intérêts légitimes du partenaire contractuel »⁵⁷³.

En effet, certains comportements ne sont pas sanctionnés, sur le fondement de la bonne foi, parce que le contractant n'a pas été tout à fait honnête pour soutirer un plus grand profit, pour sauvegarder ou accroître son intérêt personnel (et c'est le sens premier qui ressort lorsque quelqu'un est qualifié de mauvaise foi, c'est la malhonnêteté), mais plutôt parce qu'il fallait intervenir activement, avec vigilance, et parfois faire preuve d'inventivité, au profit de l'intérêt du cocontractant. Sans tromper l'autre, on peut juste être égoïste⁵⁷⁴.

Si ce degré-là de comportement rattaché à la bonne foi, est loin de faire l'unanimité, il semble pourtant découler de la notion entendue comme norme morale de comportement. « [Où] finit la loyauté ? Le droit nord-américain a prudemment retenu la notion d'«unfair labor practices», reprenant ainsi la «fides» (absence d'attitude déloyale) plutôt que la «diligentia» (dévouement) d'un homme honnête et consciencieux. Mais comment s'arrêter à cette opposition, prétendre qu'aimer c'est s'abstenir de toute haine ? »⁵⁷⁵

Dans ce sens, « la mauvaise foi se caractérise ici par l'indifférence au sort du cocontractant »⁵⁷⁶, et la bonne foi est révélatrice d'un «devoir de se soucier d'autrui »⁵⁷⁷, d'« un principe général par lequel chaque partie doit prendre en considération les intérêts de l'autre »⁵⁷⁸, forgé à partir des solutions jurisprudentielles mettant en œuvre celle-ci.

pointe extrême du devoir de loyauté, et rejoint les préoccupations humanistes que d'aucuns plaçaient sous l'égide de la bonne foi : devoir de faire le bien ». *Contra* F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 439, pp. 486 s.

⁵⁷³ G. Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, RDAI 2005, p. 695, spéc. p. 696.

⁵⁷⁴ V. cependant, D. Fenouillet, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme?*, *op. cit.*, n° 12 : « C'est par une appréciation *in abstracto* par rapport aux devoirs moraux que la déloyauté était caractérisée: renvoyant à l'idée générale de confiance trompée, elle pouvait consister en une hypocrisie, une incohérence, un égoïsme, etc. ». Contrairement à l'auteur, nous pensons que tromper la confiance du cocontractant, et être égoïste, sont à distinguer.

⁵⁷⁵ J.-E. Ray, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, *Dr. Soc.* 1991, p. 376.

⁵⁷⁶ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 109, p. 101.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ G. Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, spéc. p. 702.

200. En droit comparé, nous constatons que la bonne foi dans le sens de « prise en compte de l'intérêt du cocontractant » fait son chemin. En effet, un document du 3 mai 2011, produit dans le cadre de l'élaboration d'un Cadre commun de référence⁵⁷⁹ en matière de droit européen du contrat, pose à l'alinéa 10 de son article 2 – article consacré aux définitions qui s'appliqueront audit document – la définition suivante de la bonne foi : « 'bonne foi et bonne conduite' signifie un standard de comportement caractérisé par l'honnêteté, la loyauté et la prise en compte des intérêts de l'autre partie à la transaction ou relation en question »⁵⁸⁰.

201. La bonne foi, dans ce versant, est « [omniprésente], elle irradie tout le processus contractuel et astreint à un altruisme exigeant les parties au contrat à qui il est demandé de se comporter en partenaires bienveillants et soucieux de l'intérêt d'autrui, de la négociation du contrat jusqu'à son expiration »⁵⁸¹.

C'est cette dimension de la bonne foi qui concerne notre étude, puisque l'exigence de prise en compte relève du versant relationnel de la moralité dont elle est porteuse. La première caractéristique d'une théorie pure de la notion de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, à savoir la dynamique relationnelle, semble vérifiée dans le cadre de la bonne foi. C'est dans cet aspect seulement de la bonne foi que se manifeste la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, fondée sur un principe de fraternité⁵⁸².

⁵⁷⁹ C. Von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, 2009. Sur ce projet, V. Association H. Capitant et Société de législation comparée, *Projet de cadre commun de référence : terminologie commune*, vol. 6, éd. SLC, Paris, 2008 ; *Projet de cadre commun de référence : principes contractuels communs*, vol. 7, éd. SLC, Paris, 2008 ; V., sur ces deux derniers ouvrages, O. Lando, *La contribution française au droit européen du contrat*, RDC 2009, p. 729.

⁵⁸⁰ Art. 2 (10) : « 'good faith and fair dealing' means a standard of conduct characterised by honesty, loyalty and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question » (traduction libre). V. pour une référence expresse précédente à la « prise en compte des intérêts du cocontractant », la Directive de la CEE du 5 avril 1993 (Directive n° 93-13 du 5 avr. 1993, D. 1993, L, p. 360), en matière de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : « l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel, en traitant de façon morale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes », cité in Ph. Le Tourneau, *Existe-t-il une morale des affaires*, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrétien, Paris, 1996, p. 7, spéc. n° 29, p. 21.

⁵⁸¹ D. Mazeaud, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, LPA 6 mai 1998, p. 8.

⁵⁸² V. cependant, l'affirmation de M. Le Tourneau qui établit un lien explicite entre loyauté et fraternité lorsqu'il affirme que « la concurrence, au plan micro-économique, doit être *loyale* entre les divers concurrents ou, cela revient presque au même, que la concurrence doit être *fraternelle*. C'est-à-dire que chaque commerçant, chaque entreprise s'abstiendra de certains actes, de certaines pratiques,

Attardons-nous donc maintenant sur ce versant-là.

§2. La bonne foi et la morale de la relation

202. Le deuxième versant de la bonne foi met en œuvre une morale de la relation au-delà de la morale individuelle. C'est une morale qui dépasse le seul « comportement honnête », qui introduit le souci d'autrui et se traduit par la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

L'examen de ce versant nous demandera un mouvement en deux temps. Il s'agit d'abord d'examiner les manifestations d'intensités différentes de la prise en compte qui s'y révèlent (A), pour ensuite déterminer si cette prise en compte peut véritablement être rattachée à la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité (B).

A. Bonne foi support d'intensités différentes de la prise en compte

203. Ici, l'exigence de comportement introduite est en général d'une intensité plus grande que celle introduite par la bonne foi-honnêteté. À ce stade ce n'est plus seulement une prise en compte passive des intérêts de l'autre partie tout en poursuivant ses propres intérêts, c'est l'adoption d'un comportement qui positivement favorise les intérêts du cocontractant. C'est même, parfois, une certaine logique de sacrifice, « une morale du renoncement »⁵⁸³ qui est introduite dans le contrat.

La prise en compte manifestée par la bonne foi, paraît en effet intervenir dans deux intensités différentes : la coopération (1) d'une part, et l'abnégation (2) d'autre part⁵⁸⁴.

1. Prise en compte-coopération

204. Une première intensité de norme comportementale imposant telle prise en compte, apparaît dans la coopération exigée des parties⁵⁸⁵.

peut-être profitables, mais contraire à la loyauté. Cet habillage juridique recouvre un concept moral » (*Existe-t-il une morale des affaires, op. cit.*, spéc. n° 31, p. 21).

⁵⁸³ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, spéc. p. 617.

⁵⁸⁴ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, spéc. p. 617 : « 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 ». Au-delà de l'affirmation du rattachement de la coopération et de l'abnégation à une logique d'altruisme ou d'entraide, question dont nous réservons l'étude au paragraphe suivant, cette opinion a le mérite de mettre en évidence cette double intensité des exigences découlant de la bonne foi.

Nous tenterons d'abord de définir la coopération, mettant en évidence son indépendance par rapport au raisonnement sur l'intérêt commun (a), pour ensuite exposer les applications de la notion où se manifeste la prise en compte de l'intérêt du cocontractant (b).

a. Définition de la coopération: prise en compte réciproque de l'intérêt du cocontractant

205. Facette positive du devoir d'être de bonne foi, la coopération⁵⁸⁶ exige de dépasser le simple respect, par abstention de toute malhonnêteté, de l'intérêt du cocontractant, ou le respect strict de la lettre du contrat⁵⁸⁷, pour exiger des comportements positifs, et « oblige (les contractants) à exécuter leurs obligations en prenant en compte les intérêts de leurs partenaires »⁵⁸⁸ : c'est une « obligation de se soucier de la situation de l'autre partie »⁵⁸⁹, obligation bilatérale et réciproque pesant sur chacun des deux contractants.

La collaboration est plus exigeante que la simple bonne foi-honnêteté ou la loyauté puisqu'elle suppose des actes positifs. Ces actes positifs interviennent, dans l'opinion de certains, « au service d'un intérêt contractuel commun »⁵⁹⁰. Pour d'autres, ceux-ci sont pris en faveur du cocontractant et « tout contractant doit prendre en considération la situation de l'autre partie en s'attachant à agir utilement et en veillant à ce que le contrat ne lui apporte pas plus de nuisances que ce qui est “normalement” ou “raisonnablement” acceptable »⁵⁹¹.

Nous nous plaçons du côté de la deuxième de ces affirmations ; la collaboration est une exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

⁵⁸⁵ Dans ce sens, G. Lyon-Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, RTD civ. 1946, p. 75, spéc. n° 9 : Par la bonne foi « on expliquera une collaboration nécessaire des parties, une obligation réciproque de coopérer, de s'aider, d'informer son contractant ».

⁵⁸⁶ Synonyme de collaboration, V. sur ce point G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Coopération. Nous utiliserons indifféremment l'une ou l'autre.

⁵⁸⁷ M. Planiol, G. Ripert, P.-E. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, *Obligations*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1952, n° 379 *quarter*, cité in Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., n° 70, p. 71 : « le manquement à la bonne foi est (...) “autre chose que l'inexécution des actes nécessaires pour réaliser l'objet précis auquel on s'est engagé” ».

⁵⁸⁸ Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, n° 76.

⁵⁸⁹ P. Van Ommeslaghe, *Rapport général*, in La bonne foi, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 25, spéc. p. 41.

⁵⁹⁰ J. Mestre, *Bonne foi*, in Principes du droit européen du contrat, regards croisés avec le droit français, Dr. et patr. 2003, p. 42.

⁵⁹¹ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, n° 397, p. 251.

Dans cette approche, le devoir de coopération est affirmé comme un outil de formation des comportements à la prise en compte de l'intérêt d'autrui ; « l'exigence de la coopération semble être, plus qu'une nécessité socio-économique, d'abord un moyen d'éducation ou de "dressage" des comportements des contractants qui doivent conjuguer leurs efforts pour se procurer mutuellement la satisfaction escomptée. Au besoin, chaque partie doit dompter ses appétits égoïstes pour tenir compte de l'intérêt du partenaire que procure son engagement »⁵⁹².

206. La divergence des intérêts régnant le plus souvent dans les contrats permet de rejeter la description de la collaboration comme un « devoir incombant à chaque partie de travailler ensemble et activement à la réalisation de la prestation prévue par le contrat »⁵⁹³, description qui constitue une application des idées de Demogue, et de dire qu'il n'y a pas collaboration dans le sens de travail pour une « œuvre commune » ou pour un « intérêt commun ». Certes, lorsque le contrat comporte réellement un intérêt commun, la coopération intervient dans son sens premier de « concourir à une œuvre commune »⁵⁹⁴. Mais le plus souvent cette communauté d'intérêt fait défaut. Dans ce cas, la collaboration est la prise en compte réciproque de la situation de l'autre partie.

Coopérer c'est travailler ensemble oui, mais ce n'est pas avoir le même intérêt. Il y a un travail demandé, un effort reposant respectivement sur chacune des deux parties mais qui concerne un intérêt à la fois, l'intérêt de chacune respectivement et non un soi-disant intérêt commun au deux. C'est à dire que le débiteur et le créancier doivent chacun travailler pour chacun des intérêts respectifs en jeu.

Comment une partie serait-elle amenée à produire un effort dans l'exécution de l'obligation dont elle est créancière? À ce titre, le raisonnement en termes de « titulaire de l'intérêt » et « partie qui a en charge ce même intérêt », au lieu de débiteur et créancier, retenue par Mme Courdier-Cuisinier⁵⁹⁵ aide à distinguer entre

⁵⁹² F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, *op. cit.*, spéc. p. 769. L'auteur poursuit que grâce au devoir de coopération imposé par le juge que ce soit en droit national ou international, « les parties sont, par exemple, amenées à prendre conscience du fait que le respect (...) de l'intérêt du partenaire (...) tout comme la bienveillance du créancier dans l'exercice de ses droits, sont de nos jours des objectifs que la jurisprudence contrôle et (...) exige des contractants. Cette éducation passe donc par un appel à l'attitude active et positive de chaque partie » (*Ibid*).

⁵⁹³ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 305, n° 482.

⁵⁹⁴ *Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse*, V° Coopérer.

⁵⁹⁵ *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, n° 537 p. 339.

l'exécution proprement parlant de l'obligation, et le comportement accompagnant l'exécution, et que devrait avoir chacune des deux parties. Le créancier d'une obligation, le titulaire d'un intérêt, ne peut pas rester inactif. Il est appelé à certains efforts envers celui qui a en charge son intérêt.

Le caractère bilatéral⁵⁹⁶ et réciproque de la coopération apparaît ainsi, celle-ci étant donc aussi appelée à jouer du faible envers le fort⁵⁹⁷. Ce caractère met en évidence la valeur de la « relation », les exigences de comportements concernant les deux parties. On n'est plus dans la seule correction que la justice⁵⁹⁸ apporte aux inégalités au profit de la partie faible, mais dans une qualité de comportement exigée des deux parties.

207. L'exigence de coopération pénètre le droit européen comme obligation expressément imposée aux deux parties⁵⁹⁹ et est en constant développement⁶⁰⁰.

Il est clair que la jurisprudence française ne se contente plus d'une stricte et mécanique exécution des stipulations contractuelles. L'exécution est rendue beaucoup plus dynamique par la notion de bonne foi. Le comment importe autant que l'exécution de l'obligation substantielle : « l'exécution des obligations contractuelles va parfois au-delà des simples stipulations retenues par les parties pour se traduire par une véritable intervention en faveur du cocontractant »⁶⁰¹. C'est ce degré de coopération qui nous intéresse. M. Picod exprime clairement cette dimension de la bonne foi contractuelle : elle « impose aux parties un minimum de solidarité consistant à ne pas tirer un profit égoïste du contrat et à ne pas sacrifier les intérêts de son cocontractant. La jurisprudence a eu l'occasion de consacrer à maintes reprises

⁵⁹⁶ Exemple CA Paris (5^e ch. 8) 26 juin 1985, in J. Mestre, RTD civ. 1986, p. 102 ; V. aussi F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, op. cit., spéc. p. 747 et s.

⁵⁹⁷ Dans ce sens, J. Mestre et B. Fages, obs. sous CA Paris, 25^e ch. A, 19 janv. 2001, RTD civ. 2001, p. 360 : « l'obligation générale de loyauté peut être appelée à jouer dans les deux sens, et donc aussi du plus faible vers le plus fort, du distributeur vers le fabricant ».

⁵⁹⁸ Pour un éclairage sur le sens de la justice, J. Ghestin, *La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables*, in *La relativité du contrat*, Assoc. H. Capitant, Nantes 1999, LGDJ, Paris, 2000, p. 223, spéc. p. 249 : « La justice peut en effet être comprise comme la vertu morale qui impose le respect absolu des droits d'autrui ».

⁵⁹⁹ V. Principes du droit européen des contrats, article 1:202 : « Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet ». Notons qu'elle y est même autonome par rapport au devoir de bonne foi, devoir de bonne foi et devoir de collaboration figurant respectivement aux articles 1:201 et 1:202.

⁶⁰⁰ V. J. Mestre, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, RTD civ. 1986, p. 100 ; Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G 1988, I, 3318 ; et Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. Dalloz, Paris, 10^e éd., 2014/2015, n° 3676.

⁶⁰¹ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, op. cit., n° 398, p. 252.

une sorte de devoir de tolérance du créancier à l'égard de son débiteur défaillant. (...) Mais le devoir de tolérance engage à une simple abstention. Or exécuter de bonne foi, c'est aussi exécuter utilement en cherchant à se rapprocher de son cocontractant pour l'aider à faire face à une difficulté. Le créancier a l'obligation de tout mettre en œuvre pour faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations »⁶⁰².

b. Manifestations

208. Sauf l'obligation d'information renforcée qui mérite d'être traitée à part, et à laquelle nous consacrerons la prochaine section, nous tenterons maintenant d'exposer les modalités de collaboration mettant en relief la prise en compte étudiée. En effet, cette « obligation de coopération, (...) se décline sous différentes formes qui, toutes, ont pour objet la prise en compte, par chacun des contractants, des intérêts de son partenaire »⁶⁰³.

La collaboration marque le contrat de la phase de négociation⁶⁰⁴ jusqu'à son extinction. Si en phase de négociation, la prise en compte apparaît comme secondaire, chacun cherchant à défendre au mieux ses propres intérêts, elle apparaît plus clairement en phase d'exécution du contrat et même en fin de contrat.

209. D'abord, « le devoir de collaboration peut être envisagé sous deux angles. Tout d'abord, le débiteur devra, chaque fois que cela s'avère nécessaire, chercher à procurer à son créancier la plus grande satisfaction possible, au-delà de stipulations contractuelles incomplètes ou inexistantes (...). Ensuite, le créancier devra tout mettre en œuvre pour faciliter à son débiteur l'exécution de sa prestation (...) »⁶⁰⁵. Nous reconnaissons ici l'obligation pour le débiteur d'exécuter le plus utilement possible pour son créancier, et celle pour ce dernier de faciliter l'exécution pour son débiteur.

Mais ensuite, la collaboration impose parfois au cocontractant d'être vigilant quant aux intérêts de son partenaire.

Enfin se pose la question de savoir si la prise en compte joue aussi en fin de contrat, et va jusqu'à imposer au contractant de prendre en compte le sort de son

⁶⁰² Y. Picod, Comm. sous Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, JCP G 1988, II, 21037, spéc. n° 11.

⁶⁰³ Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, n° 76.

⁶⁰⁴ B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 838 : Exigence qui « a pour but de conduire les parties à avoir une attitude constructive dans la recherche d'un accord. Par son action positive, l'un des partenaires ou les deux prouvent leur volonté d'avoir une discussion sérieuse ».

⁶⁰⁵ Y. Picod, note sous CA Paris, 19 juin 1990, (Cts Tollemer c/de Bouillé), D. 1991, jurispr. p. 515.

partenaire après l'extinction du contrat, avec notamment une obligation qui pèserait sur lui de l'assister dans sa reconversion⁶⁰⁶.

Examinons tour à tour chacune de ces manifestations de la prise en compte dégagées de l'exigence de coopération.

b.1. Obligation d'exécuter le plus utilement possible pour le cocontractant

210. C'est la prise en compte de l'intérêt du cocontractant par le débiteur que met en évidence d'abord le devoir d'exécuter « le plus utilement possible » pour le créancier.

Il peut paraître étrange d'ajouter l'utilité à l'exécution. Le respect du contrat ne veut-il pas simplement dire l'exécution. L'exécution pure et simple serait-elle devenue insuffisante ?

En effet c'est ce qui ressort de la jurisprudence et du droit contemporain contractuel qui fonde un devoir de collaboration sur la bonne foi de l'article 1134 alinéa 3⁶⁰⁷. Et l'on a pu affirmer : « [exécuter] loyalement (...) c'est non seulement s'abstenir de toute mauvaise foi, mais c'est aussi exécuter en se rendant utile à son cocontractant, en lui procurant la plus grande satisfaction possible, au-delà du cadre strict des stipulations contractuelles »⁶⁰⁸.

Le devoir de collaboration va rendre l'exécution beaucoup plus dynamique, au-delà de la simple et stricte exécution de la lettre du contrat, en exigeant d'assurer l'utilité pour le cocontractant.

Donc, exécuter n'est souvent plus suffisant il faut « s'impliquer dans la relation de manière à la rendre utile pour son partenaire »⁶⁰⁹. Or nous avons vu que « [l]'utilité du contrat se confond avec la satisfaction égoïste de l'intérêt de chaque

⁶⁰⁶ En droit du travail, l'obligation de coopération se maintient même durant la suspension du contrat de travail, mais disparaît avec la fin du contrat. V. sur ce point, par exemple, Cass. soc., 27 nov. 1991, Juris-Data n° 1991-003213 ; Bull. civ. 1991, V, n° 537 ; Cass. soc., 21 oct. 2003, Juris-Data n° 2003-020622 ; RJS 2003, n° 1384 ; Cass. soc., 6 févr. 2001, Juris-Data n° 2001-008017 ; JCP G 2001, p. 1514, note P. Puigelier ; Cass. soc., 18 mars 2003, Juris-Data n° 2003-018591 ; Dr. Soc. 2003, p. 770, note J. Savatier.

⁶⁰⁷ Un auteur relève pourtant que « [l]'idée n'est pas nouvelle. Elle sous-tend même l'exécution des contrats *bonae fidei* du droit romain » (Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n° 157).

⁶⁰⁸ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n°1. Dans ce sens aussi, J.-Cl. Civ. Code. Art. 1134 et 1135, fasc. 11, par Y. Picod, n° 39 : « Le débiteur doit répondre à la confiance de son créancier en offrant d'exécuter de la façon la plus utile possible : "s'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement" considérait Pothier (*De la vente, Paris 1825, n° 202*). Aujourd'hui, plus que jamais, exécuter loyalement, c'est exécuter en donnant à sa prestation la plus grande efficacité possible ».

⁶⁰⁹ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, *op. cit.*, n° 404, p. 257.

partie et suppose un calcul permanent maximisateur de cet intérêt »⁶¹⁰. Dans la philosophie actuelle, le contrat étant considéré comme un instrument économique pour la satisfaction d'un intérêt particulier, le lien entre les notions d'utilité et d'intérêt est fort. Pénétrer le contrat est le moyen pour chaque partie de rechercher la satisfaction d'un intérêt ; c'est pourquoi le contrat leur est utile. Intérêt et utilité seraient donc le reflet l'un de l'autre, pour ne pas dire interchangeables.

Exécuter le plus utilement pour le cocontractant c'est donc prendre en compte l'intérêt de ce dernier au contrat, et travailler dans le sens de cet intérêt⁶¹¹. Telle prise en compte se trouve donc au centre de la collaboration dans sa première modalité, telle que dégagée de la jurisprudence et du droit contractuel contemporains.

Les décisions jurisprudentielles premières allant dans ce sens ont affirmé « que le transporteur devrait rechercher l'itinéraire le moins onéreux pour son client, et que l'installateur d'électricité devait rechercher le branchement le plus court »⁶¹².

211. Il pourrait paraître superflu de mettre en évidence la prise en compte de l'intérêt du cocontractant par le débiteur, ce dernier étant en charge en quelque sorte de cet intérêt⁶¹³, ou cet intérêt étant l'objet de son obligation. Mais une théorie pure de la prise en compte nous impose de la rechercher en dehors de l'exécution pure et simple du contrat, pour qu'elle ait une particularité suffisante. Or celle-ci s'avère plus comme une notion comportementale – le comment se greffant à la pure et simple exécution du contrat – que comme un élément du contrat tel la cause de l'obligation du créancier, ou l'objet de l'obligation du débiteur.

⁶¹⁰ M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, RRJ 2004, n° 4, p. 2153, spéc. p. 2159.

⁶¹¹ Dans ce sens, Ph. Le Tourneau, *Existe-t-il une morale des affaires*, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrétien, Paris, 1996, p. 7, spéc. n° 29 p. 21 : « Le devoir de fidélité est complété par celui de respecter, et même de privilégier, les intérêts de son cocontractant. Entre les diverses solutions possibles, le professionnel doit proposer (ou adapter, selon la marge de manœuvre qui lui est laissée), celle qui est la plus favorable aux intérêts de son partenaire, la plus appropriée à sa situation » ; V. égal. Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, n° 86 : « V. C. mon. fin., art. L. 533-4, selon lequel les prestataires de services d'investissement doivent "se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché" ; adde les considérants de la directive n° 93-13 du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, selon lesquels "l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes" ».

⁶¹² Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, op. cit., n°4, évoquant respectivement Cass civ 28 nov. 1905, D. 1909, 1, p. 193 et Cass. Req. 19 janv. 1925, DH 1925, 77. Ces arrêts sont également cités par B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, t. 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n° 1389, p. 481.

Le débiteur ne peut pas se contenter d'une stricte application de la lettre du contrat. Les nombreuses applications de l'obligation de collaboration fondée sur la bonne foi en droit interne, montrent que la jurisprudence le pousse à axer son attention sur l'intérêt de son cocontractant, à se montrer efficace tel qu'il aurait voulu voir sa propre obligation exécutée, à se mettre à sa place en quelque sorte.

Ce lien entre l'exécution utile ou fidèle fondée sur la bonne foi, et la prise en compte devient de plus en plus expresse, comme en témoigne l'affirmation que « l'obligation de bonne foi correspond à l'obligation d'exécuter fidèlement l'engagement et qu'en cela, elle peut être envisagée comme la prise en compte par les parties de l'intérêt au contrat de l'autre »⁶¹⁴.

Par exemple, un arrêt⁶¹⁵ rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, auquel nous reviendrons lors de l'étude de l'obligation d'information dans notre prochaine section, témoigne de la dynamique de ce devoir de coopération censée faire intervenir une exécution « *au mieux des intérêts du cocontractant* »⁶¹⁶. En effet la Cour juge que « [la] société chargée par ses clients d'exploiter leur installation de chauffage et de fourniture d'eau chaude était tenue de le faire au mieux de leurs intérêts et, en conséquence, de les informer de toute possibilité de modification favorable des tarifs de Gaz de France ».

Il a également été jugé qu'une banque « doit proposer rapidement à son client la solution la moins dommageable pour lui »⁶¹⁷.

C'est ensuite la prise en compte de l'intérêt du cocontractant par le créancier que met en évidence le devoir de collaboration.

b.2. Obligation de faciliter l'exécution par le cocontractant

⁶¹³ V. sur la distinction entre prise en charge et prise en compte de l'intérêt du cocontractant A.-S. Courdier Cuisinier, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, pp. 316 s., n° 503 s.

⁶¹⁴ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, pp. 313 s., n° 497 s.

⁶¹⁵ Cass. civ. 1^e, 11 juin 1996, Bull. civ. I, n° 245, p. 173 ; Defrénois 1996 n° 17, p. 1007, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1997, p. 425, obs. J. Mestre.

⁶¹⁶ Cette expression comme la « prise en compte de l'intérêt du cocontractant » ou celle de « solution la plus favorable aux intérêts du cocontractant » sont de plus en plus employées par la doctrine. V. sur ce point A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 42, n° 58 et spéc. note 150.

⁶¹⁷ CA Versailles, 10 déc. 1998, Gaz. Pal. 2000, somm. 202.

212. Demogue a été l'un des premiers à dégager le caractère bilatéral des obligations découlant de l'article 1134 alinéa 3 du code civil : le « créancier a plusieurs obligations. Il ne doit pas par sa conduite surcharger le débiteur, il doit par des actes positifs faciliter à celui-ci l'exécution de l'obligation et notamment se prêter à l'exécution »⁶¹⁸.

Lorsqu'elle est à la charge du créancier, la prise en compte est plus clairement mise en évidence puisque que, logiquement, c'est au débiteur de fournir tous les efforts pour assurer l'intérêt du créancier de l'obligation, ce dernier ayant conclu le contrat pour la réalisation de cet intérêt. Mais le devoir de collaboration entendu comme devoir de prise en compte, révèle l'esprit nouveau devant marquer les relations entre contractants, la qualité nouvelle de rapport devant exister entre eux. Au-delà d'une simple abstention, le devoir de collaboration impose des comportements positifs : le « créancier a l'obligation de tout mettre en œuvre pour faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations »⁶¹⁹.

Donc plus que la simple tolérance, la facilitation pour le débiteur de l'exécution de ses obligations est d'autant plus active. « Le critère est simple : chaque fois que le créancier pourra, sans sacrifier ses intérêts, être utile à son débiteur, une obligation de coopération lui sera imposée »⁶²⁰. Ce critère⁶²¹ rend cette exigence de comportement assez générale.

⁶¹⁸ R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations*, t. 6, éd. A. Rousseau, Paris, 1931, n° 12.

⁶¹⁹ Y. Picod, comm. sous Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, *op. cit.* V. égal. Ph. Le Tourneau, *Existe-t-il une morale des affaires*, *op. cit.*, spéc. n° 30 p. 21 : « Respecter les intérêts de son partenaire conduit encore, positivement, à faciliter l'exécution du contrat » ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, t. 2. Contrat*, *op. cit.*, n° 1387, p. 481 : « Le devoir de coopération crée l'obligation de faciliter l'exécution du contrat dans les limites dictées par les usages et la bonne foi (...). À la différence de la bonne foi qui est réclamée surtout au débiteur, l'obligation de coopération est à double sens, postulant la *solidarité des deux parties* pour parvenir au bon accomplissement des engagements » ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, n° 55, p. 229 : il est nécessaire de lui « faciliter la tâche ».

⁶²⁰ Y. Picod, comm. *op. cit.*

⁶²¹ V. aussi F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, *op. cit.*, spéc. p. 750 : « Le créancier est tenu de faciliter l'exécution de la prestation promise par ce dernier, chaque fois qu'il pourra le faire utilement et sans porter atteinte à ses propres intérêts ».

213. Par exemple, le maître d'ouvrage doit coopérer à la bonne exécution du contrat, en obtenant les autorisations nécessaires et en renseignant l'entrepreneur des difficultés du marché⁶²².

Dans les contrats de bail, il est reproché dans une espèce au créancier d'avoir invoqué une clause résolutoire pour défaut de paiement de loyers, alors qu'il n'avait pas remis les quittances à son locataire et l'avait ainsi empêché de bénéficier de l'allocation-logement, rendant ainsi plus difficile à son débiteur d'exécuter ses engagements⁶²³. Il est imposé au créancier de se rapprocher activement de son débiteur pour lui faciliter l'exécution de son obligation, avant de mettre en jeu la clause résolutoire. En effet, dans ce cas d'espèce, la « relation de cause à effet entre le défaut de collaboration du bailleur et la défaillance des preneurs n'était pas *a priori* aussi évidente. Néanmoins, la cour d'appel de Paris a considéré que les difficultés rencontrées par les preneurs s'expliquaient, au moins en partie, par l'impossibilité de récupérer des allocations »⁶²⁴. Cela suffit pour considérer le créancier comme ayant manqué à son devoir de coopération.

La Cour de cassation a également « rappelé à maintes reprises que la mise en demeure devait être explicite afin que le locataire puisse se trouver en mesure d'accomplir pleinement ses obligations. La mise en demeure doit en effet offrir au débiteur, de façon non équivoque, une dernière chance de régularisation »⁶²⁵.

Dans les contrats informatiques, et toujours du côté du créancier client, la bonne foi lui impose la collaboration et la facilitation du travail du cocontractant en acceptant la poursuite « du dialogue au moment même où l'ensemble est devenu opérationnel »⁶²⁶, et l'échec de l'opération lui est reproché à cause d'un « manque de persévérance manifesté par ce dernier qui ne peut, dès lors, prétendre avoir été victime d'une publicité mensongère (...) »⁶²⁷. Dans une autre espèce, « la mauvaise foi du client est caractérisée (...) du fait du défaut d'implication de sa part lors de l'exécution du contrat, la réalisation de prestations informatiques nécessitant en effet

⁶²² Cass. Civ 1^{ère}, 11 mai 1966, Bull. civ. I, n° 281, p. 215; 17 mars 1969, D. 1969, p. 532. V. les autres exemples cités par F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n° 441, spéc. p. 493, note 7 ; et Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, n° 84.

⁶²³ CA Paris, 19 juin 1990, D. 1991, jurispr. p. 515, note Y. Picod. Décision confirmée par Cass. civ. 3^e, 17 juill. 1992, RJDA 1992, n° 996. V. dans le même sens, Cass. civ. 3^e, 20 juin 1989, Loyers et copr. 1990, comm. 383.

⁶²⁴ Y. Picod, note sous CA Paris, 19 juin 1990, (Cts Tollemer c/de Bouillé), *op. cit.*

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ Cass. com., 9 juin 1979, Bull. civ. IV, n° 339 cité in A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 305, n°482.

une collaboration étroite du client »⁶²⁸. Ici aussi les juges ont voulu affirmer que « le client ne peut décider unilatéralement de mettre fin au contrat, sans avoir préalablement tout mis en œuvre pour permettre la réussite de son projet »⁶²⁹. C'est dire la puissance du devoir de collaboration pesant sur le créancier⁶³⁰, ce dernier devant s'impliquer dans l'exécution qui est à la charge de son débiteur, en lui facilitant la tâche pour que sa rupture du contrat ne soit pas considérée comme abusive.

Mais ces applications du devoir de collaboration incitant à faciliter l'exécution pour le cocontractant ne s'arrêtent pas au contrat de bail ou aux contrats informatiques mais semblent généralisées à tous les contrats⁶³¹.

On peut citer par exemple, un arrêt de la cour d'appel de Versailles⁶³², où la résiliation du contrat a été prononcée aux torts d'une société ayant rendu très difficile l'exécution par son débiteur (une chaîne de télédiffusion publique) de son obligation en accueillant les panneaux publicitaires du concurrent de ce dernier. La société est sanctionnée pour manquement à la bonne foi puisque, pour se procurer des recettes supplémentaires, elle a mis son cocontractant dans une situation telle que pour bien exécuter son obligation, celui-ci aurait du faire en même temps de la publicité à son concurrent ! Celle-ci a par son acte rendu l'exécution pour son cocontractant extrêmement difficile, et a méconnu l'intérêt élémentaire de celui-ci.

Ainsi, le « devoir de collaboration, (...) [participe] de cette approche du contrat où chacun des contractants est précisément tenu de prendre en compte l'intérêt de l'autre et de favoriser son exécution »⁶³³.

La bonne foi semble aussi imposer au contractant d'être « vigilant » envers les intérêts de son partenaire contractuel.

⁶²⁷ CA Paris, 26 juin 1985, inédit. *Rappr.* CA Paris, 10 mai 1988, D. 1988, inf. rap., p. 74.

⁶²⁸ Y. Picod, note sous CA Aix-en-Provence, 8^e ch. B, 5 nov. 1999, Gaz. Pal. 2001, n° 23, p. 40.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ V. aussi pour le devoir de collaboration du client Cass. Com, 11 mai 1999, Sté Campocasso c/ Sté G-Info et autres, Gaz. Pal. 2000, n° 109, somm. p. 51, note B. Amaudric Du Chaffaut ; CA Orléans, 20 févr. 2003, Contrats, conc. consom. 2003, n°1, comm. n° 135 : « les obligations du prestataire sont tempérées par celle corrélatives du client, de coopération, d'implication, de dialogue ».

⁶³¹ Pour certaines applications traditionnelles du devoir de collaboration à la charge du client voir J.-Cl. Civ. Code, Art. 1134 et 1135, fasc. 11, par Y. Picod, n°50.

⁶³² (12^{ème} ch. 1^{ère} sect.), 4 avr. 1996, D. 1997, Som. com. p. 88, obs. T. Hassler ; RJDA 1996, n° 880, p. 643.

⁶³³ *Droit de l'informatique*, JCP E 2001, p. 843.

b.3. Obligation de vigilance pour la sauvegarde de l'intérêt du cocontractant

214. Cette vigilance impose soit d'agir rapidement pour sauvegarder les intérêts du cocontractant, soit de relever ses erreurs.

215. D'une part, c'est la célérité dans l'action pour la sauvegarde des intérêts du cocontractant, ou du coobligé d'ailleurs, qui est parfois imposée au nom de la bonne foi.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation juge par exemple⁶³⁴ qu'une « obligation de garantie stipulée à la charge des époux D. avait pour but de protéger les bailleurs contre les défaillances du cessionnaire ; qu'en s'abstenant pendant plus de deux ans de provoquer la résiliation du bail malgré le défaut de paiement des loyers échus depuis plus de trois mois (...) en réclamant la totalité des loyers échus pendant cette période aux époux D. (...), les époux G. n'ont pas exécuté de bonne foi les conventions les liant aux époux D. dans la mesure où ils ont cherché à faire supporter par ceux-ci la conséquence de leur propre carence ».

Ainsi, le bailleur ne doit pas laisser la dette grossir trop longtemps et priver le garant d'une possible limitation des sommes que celui-ci devra supporter en définitive. Cette espèce met en lumière l'obligation de vigilance, mais aussi la logique de minimisation des charges du cocontractant⁶³⁵. Cette solution présente certes un caractère quelque peu paradoxal puisqu'elle impose donc plus de rigueur envers le débiteur pour prendre en compte les intérêts du garant. Le créancier est donc appelé à une sagesse dans son comportement, et le dosage auquel appelle la prise en compte n'est pas toujours évident. Ce dosage pose la question des critères de l'inertie constitutive d'un manquement à l'obligation d'agir en temps utile.

La première Chambre civile⁶³⁶ va dans le même sens, et c'est surtout en matière de cautionnement que l'obligation de vigilance apparaît. Ainsi, c'est « l'obligation du créancier d'agir en temps utile qui est affirmée (...) [lorsqu'] un arrêt de la première chambre civile reproche aux juges du fond de n'avoir pas tiré les conséquences du fait qu'en laissant s'accroître la dette de loyers, sans agir en temps utile, le bailleur a privé la caution de la possibilité d'acquitter elle-même les sommes

⁶³⁴ Cass. com. 5 déc. 1995, RJDA 1996, n° 456, p. 336 ; RTD civ. 1996, p. 898, spéc. p. 899, obs. Mestre ; Dr. et patr. 2003, n° 114, obs. J. Mestre.

⁶³⁵ Nous reviendrons donc sur cette espèce lors de l'étude de l'obligation de minimiser le dommage. V. *infra* n° 374.

⁶³⁶ Cass. civ. 1^e, 16 juill. 1998, JCP G 1999, II, 10000, obs. B. Fages.

dues et d'exercer son recours subrogatoire, évitant ainsi que d'autres loyers ne viennent à échéance »⁶³⁷. Cette solution est « inspirée par une juste volonté de moralisation du droit des sûretés. Même si le cautionnement n'est pas conclu dans l'intérêt de la caution, il n'est guère correct qu'un créancier profite de la position juridique confortable que lui procure l'existence d'une garantie personnelle pour agir au mépris des intérêts les plus élémentaires de son garant »⁶³⁸.

Un autre exemple montre comment la bonne foi incite le contractant à dépasser la lettre du contrat et « réagir de plus en plus vite »⁶³⁹ pour sauvegarder les intérêts de son cocontractant.

En effet, dans une espèce, une société s'était portée codébitrice avec l'un de ses préposés pour l'obtention d'une carte accréditive. Elle demande l'annulation de la carte après le départ de ce dernier de la société. La lettre du contrat imposait que la société supporte les retraits effectués après son départ par l'ex-préposé. Mais la Cour d'appel est censurée pour ne pas avoir « [recherché] si l'établissement émetteur de la carte avait, après avoir reçu opposition à son utilisation, mis en œuvre tous les moyens en sa disposition pour éviter que des retraits ou ordres de paiement soient effectués »⁶⁴⁰. La lettre du contrat ne suffit pas à résoudre les difficultés d'exécution, et « le devoir de loyauté peut aussi imposer alors à chacun des contractants de prendre des initiatives non prévues par les termes de l'accord, afin d'agir au mieux des intérêts de l'autre. (...) [La] lettre du contrat ne saurait constituer pour le créancier un socle intangible sur lequel il pourrait puiser une sorte de droit à la passivité »⁶⁴¹.

216. D'autre part, la bonne foi dans son versant incitant à la collaboration impose au contractant de relever les erreurs de son partenaire contractuel si ceci est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de ce dernier.

L'erreur relevée sera souvent dans le but de sauvegarder la créance! Ici aussi apparaît plus clairement le caractère réciproque et exigeant de l'obligation de collaboration.

L'exemple marquant à cet égard, est l'affaire où un créancier (la CGE)

⁶³⁷ J.-Cl. Civ. Code, Art. 1134 et 1135, fasc. 11, par Y. Picod, n° 52.

⁶³⁸ B. Fages, note sous Cass. civ. 1^o, 16 juill. 1998, JCP G 1999, II, 10000, spéc. n° 3.

⁶³⁹ J Mestre, *Une exécution qui, pour sa part, continue à être placée sous le sceau de la bonne foi*, RTD civ. 1999, p. 390.

⁶⁴⁰ Cass. com., 20 oct. 1998, D. affaires 1998, p. 1859.

assurant la distribution en eaux à deux immeubles appartenant à son débiteur (l'office), omet de lui facturer ces fournitures par erreur. La Cour d'appel retient la responsabilité du créancier. À l'opposé, la Cour de cassation, elle, juge⁶⁴² qu'« attendu, cependant, que la cour d'appel avait constaté que l'utilisation par l'office des deux immeubles en cause à des fins locatives impliquait nécessairement qu'ils étaient desservis en eau ; que dès lors, (...), l'office ne pouvait ignorer être débiteur du coût de la consommation d'eau qu'il était fondé à récupérer sur ses locataires, et tenu d'exécuter de bonne foi le contrat le liant au distributeur d'eau, devait vérifier si cette fourniture lui était facturée par la CGE ; qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé l'article susvisé ».

Un autre exemple apparaît dans un arrêt⁶⁴³ où une société occupant un local commercial, et voulant résilier son contrat de bail, envoie son congé par lettre recommandée avec accusé de réception, alors que la législation en la matière exigeait une signification par acte extrajudiciaire. Dans ce cas le congé était voué à la nullité. Le bailleur s'abstient de relever son erreur à son locataire. Il est sanctionné pour déloyauté et est condamné à payer des dommages-intérêts ; « [ce] n'est plus une obligation d'assistance juridique qui est alors en cause mais le devoir général de loyauté. Quoique rien dans l'arrêt ne rattache explicitement la faute à l'exigence de bonne foi, il semble, en effet, évident que son ombre plane sur la solution »⁶⁴⁴. Il est important de noter que la nullité du congé a été maintenue par la Cour. En effet, ceci est une confirmation de plus que la bonne foi agit donc comme norme de comportement à côté de l'exécution des obligations structurelles du contrat.

217. La coopération implique donc parfois pour les « contractants qu'ils prennent en considération, voire qu'ils privilégient les intérêts de leur partenaire »⁶⁴⁵. C'est même une sorte de « *devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui* [qui]

⁶⁴¹ J Mestre, *Une exécution qui, pour sa part, continue à être placée sous le sceau de la bonne foi*, *op. cit.*

⁶⁴² Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 1996, Bull. civ. I, n° 36, p. 23, RTD civ. 1996, p. 898, obs. J. Mestre ; D. 1997, p. 571, note Ph. Soustelle ; Defrénois, 1996, 744, obs. Ph. Delebecque ; Contrats, conc. consom. 1996, p. 76, obs. Leveneur.

⁶⁴³ Cass. civ. 3^e, 5 nov. 2003, Bull. civ. III, n° 189 ; D. 2003, p. 2966, obs. Y. Rouquet ; Gaz. Pal. 2003, p. 24, note P. H. Brault ; RDC 2004, p. 637, obs. Ph. Stoffel-Munck.

⁶⁴⁴ Ph. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. civ. 3^e, 5 nov. 2003, Bull. civ. III, n° 189, RDC 2004, n° 3, p. 637.

contraint chaque contractant à se soucier des intérêts de son partenaire comme des siens propres »⁶⁴⁶. La limite entre ce devoir et la non immixtion est en effet difficile à établir, mais est parfois rappelée par la jurisprudence⁶⁴⁷.

La collaboration atteint-elle la phase d'extinction du contrat, en imposant la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, et de s'intéresser à son sort en fin de contrat ?

b.4. Obligation de ne pas entraver la reconversion du cocontractant

218. Normalement, en fin de contrat, la liberté devrait retrouver toute sa force, ne pas rencontrer d'obstacles, puisqu'un contractant recouvre sa pleine liberté de ne point renouveler un contrat à durée déterminée arrivé à son terme, ou de rompre un contrat à durée indéterminée lorsqu'il trouve opportun de le faire, sous réserve cependant, du respect de la durée de préavis. Mais y a-t-il une norme comportementale positive découlant de la bonne foi qui incite à activement prendre les intérêts du cocontractant en compte en fin de contrat, au moyen d'une obligation d'assistance à la reconversion ?

Certes la question ne se pose pas dans tout contrat de la même façon. Elle concerne surtout les contrats qui concentrent l'activité économique d'un des partenaires, et dont la survie économique en dépend. Évidemment, le contrat de travail est en question, mais nous nous intéresserons en particulier aux contrats de distribution qui créent un réseau auquel appartient le concessionnaire.

219. En droit du travail, une obligation de reclassement, ou d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, existe à la charge de l'employeur⁶⁴⁸, et la liberté de l'employeur de mettre fin au contrat à durée indéterminée au moins, est contrebalancée par une exigence de prendre en compte l'intérêt du salarié en fin de contrat.

⁶⁴⁵ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 619.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ V. sur ce point Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V^o Bonne foi, n^o 88.

⁶⁴⁸ V. par ex. Cass. soc. 22 janv. 1992, RJS 1992, n^o 267 ; 8 avril 1992, JCP E 1992 II p. 360, note J. Savatier ; 25 fév. 1992, Bull. civ. V, n^o 122, p. 74 ; D. 1992, p. 390, note M. Défossez ; D. 1992, som. com., p. 294, obs. A. Lyon-Caen. Le législateur consacrerait à son tour cette solution à l'article 6321-1 du Code de travail : « L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail [al. 1^{er}]. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations [al. 2] ».

220. Cette logique trouve plus de difficulté à s'imposer en dehors du droit du travail.

221. Dans un premier temps, si le concédant maintient la liberté de restructurer son réseau, deux arrêts de la Cour d'appel de Paris du 11 février 1999⁶⁴⁹ et du 26 mars 1999⁶⁵⁰ sont venus lui imposer des obligations d'assistance et de conseil⁶⁵¹, même dans la phase du préavis de rupture, ainsi que de « veiller loyalement à ce que ses concessionnaires puissent partir sans perdre le fruit de leur participation à l'effort commun, contrepartie de leur engagement au sein du réseau ».

Le concédant a d'une part, par la négative⁶⁵², « l'obligation de ne pas diminuer les chances de reconversion du concessionnaire ». Par exemple, dans l'espèce du 26 mars 1999, le concédant refuse de lever l'exclusivité pendant la période de préavis. C'est le strict respect de la lettre du contrat. Mais la Cour d'appel considère son comportement comme fautif, ce qui a poussé certains à affirmer que « [tout] se passe comme si, pour bien exécuter le contrat à son terme, le concédant avait maintenant l'obligation de faciliter le reclassement de son concessionnaire ! Décidément, dans les relations de dépendance économique, le droit du travail n'est pas loin de servir de modèle »⁶⁵³.

D'autre part, le concédant est tenu par la positive, d'une obligation d'apporter toute aide et assistance à son concessionnaire, dans cet objectif⁶⁵⁴.

⁶⁴⁹ D. 1999, inf. rap., p. 82 ; JCP E 2000, p. 320, note J.-P. Chazal ; RTD civ. 1999, p. 390, obs. J. Mestre.

⁶⁵⁰ Gaz. Pal. 1999, p. 31, note H. Vray.

⁶⁵¹ La Cour affirme : « Considérant 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 (...) propriétaire du réseau, des obligations d'assistance et de conseil (...) de veiller loyalement à ce que ces concessionnaires puissent partir sans perdre le fruit de leur participation à l'effort commun (...) ».

⁶⁵² La Cour d'appel de Paris avait, dans une espèce du 1^{er} mars 1996 (D. affaires 1996, p. 612), précisé « qu'un constructeur automobile est tenu d'exécuter de bonne foi ses engagements de concédant et, à ce titre, de permettre à son concessionnaire de réussir une reconversion pour laquelle les parties ont précisément convenu d'un préavis ; dès lors, il commet une faute, génératrice de responsabilité contractuelle, s'il échelonne la résiliation des trois contrats le liant à son ancien partenaire et rend ainsi plus difficile la poursuite d'activité du concessionnaire, nécessaire à sa reconversion » (J. Mestre, *Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi*, RTD civ. 1996, p. 898).

⁶⁵³ J. Mestre et B. Fages, obs. sous CA Paris, 5^e ch. B, 26 mars 1999, Gaz. Pal. 1999, p. 31, note H. Vray, RTD civ. 2000, p. 114.

⁶⁵⁴ V. les décisions relevées par M. Picod ayant sanctionné « l'inertie du concédant dans le cadre de la rupture du contrat » in J.-Cl. Civ. Code, Art. 1134 et 1135, fasc. 11, par Y. Picod, n° 50.

222. Cette tentative des juges du fond d'instaurer une obligation d'assistance à la reconversion a été fermement stoppée par l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 6 mai 2002⁶⁵⁵ qui, se contentant du respect du préavis, affirme que « le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion ». Celui-ci n'a point le « devoir de veiller aux intérêts de son ancien cocontractant – pas plus que de s'assurer de sa reconversion après la rupture »⁶⁵⁶.

Rien n'empêche techniquement de pouvoir fonder sur la bonne foi, et le devoir de collaboration qui en découle, une obligation d'assistance à la reconversion du cocontractant à l'instar de multiples autres obligations qui en ont été dégagées. C'est donc une décision de « politique contractuelle » qui est en question, avec la vision du contrat et des rapports entre contractants qu'elle suppose. D'ailleurs un frémissement vers le dépassement de cette dernière solution peut être constaté. D'abord, un arrêt du 12 mai 2004⁶⁵⁷ met en avant le contrôle par la Cour de cassation de la prise en compte par les juges du fond de toutes les circonstances entourant la rupture, pour la détermination de la durée du préavis. Ensuite c'est l'arrêt du 8 octobre 2013⁶⁵⁸ qui doit être relevé. Si les juges ne vont pas jusqu'à y consacrer une obligation d'assistance à la reconversion, ils contrôlent pourtant par un « faisceau d'indices »⁶⁵⁹ le comportement du concédant lors de la rupture du contrat⁶⁶⁰. Il y a donc au moins consécration d'un devoir par la négative de ne pas entraver la reconversion du partenaire contractuel.

En l'absence d'une norme positive de comportement consacrée par une obligation d'assistance à la reconversion, c'est la technique de l'abus qui permettra donc de contrôler la prise en compte de l'intérêt en fin de contrat. Celle-ci fait donc

⁶⁵⁵ Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, Juris-Data n° 2002-014206 ; JCP G 2002, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck ; D. 2002, p. 1754, obs. E. Chevrier, p. 2841, obs. D. Mazeaud, et p. 3008, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 2002, p. 810, obs. Mestre et Fages, RTD com. 2003, p. 157, obs. B. Bouloc. Dans le même sens V. Com. 7 avr. 2004, n° 02-15.287, Cah. dr. entr. 2004, n° 3, p. 30, obs. J.-L. Respaud, RJ com. 2005, p. 197, note S. Lebreton-Derrien.

⁶⁵⁶ L. Aynès, *Chroniques de droit des contrats, Juin-novembre 2005 : vers une consolidation de tendances antérieures*, Dr. et patr. janv. 2006, p. 86.

⁶⁵⁷ Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12.865, Bull. civ. IV n° 86 p. 90.

⁶⁵⁸ Cass. com. 8 oct. 2013, n° 12-22.952, D. 2013, p. 2617, note D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 23 janv. 2014, p. 13, obs. St. Gerry-Vernières.

⁶⁵⁹ S. Amrani-Mekki, M. Mekki, comm. sous Cass. com. 8 oct. 2013, n° 12-22952, D. 2014, p. 630.

⁶⁶⁰ La Cour confirme l'arrêt des juges du fond qui ayant fait « ressortir que le concédant avait sciemment entravé la reconversion des concessionnaires, a, de ces seuls motifs, pu déduire, que, nonobstant le respect du préavis contractuel, la société Fiat (le concédant) ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation ».

son entrée en fin de contrat comme limitation à la liberté de rompre le contrat. Mais nous reviendrons dans le chapitre second du titre, sur les supports de la prise en compte fonctionnant comme limitation à une prérogative.

Un degré d'intensité plus grande du devoir de bonne foi, support de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, peut être décelé, même s'il reste exceptionnel.

2. Prise en compte-abnégation

223. Parfois la bonne foi impose un comportement répondant à une exigence de moralité relationnelle plus forte encore, de sorte que l'on a pu, à certains égards, affirmer que c'est l'exigence morale d'abnégation, qui est introduite dans le contrat.

La trace de cette exigence peut être retrouvée dans une seule espèce (a), indiquant une portée encore très limitée de cette intensité de prise en compte, et une difficulté à la voir faire son chemin (b).

a. Trace dans la jurisprudence...

224. Un exemple tiré de la jurisprudence illustre cette logique d'une morale du renoncement qui pénètre le rapport contractuel, et réside dans l'arrêt *Mazda* du 15 janvier 2002⁶⁶¹, très largement commenté, et qui sanctionne, sur le fondement de la bonne foi, un abus de droit lorsqu'un importateur de voitures, dans un contexte difficile pour son marché, distribue des dividendes à ses actionnaires tout en imposant des sacrifices à ses cocontractants, au point de mettre en péril leur activité économique. Même si un arrêt ne fait pas jurisprudence, d'autant plus qu'il n'a pas été publié au bulletin, cette affaire reste importante. Elle illustre parfaitement cette logique du renoncement puisqu'il est demandé au contractant de s'abstenir de la poursuite de ses intérêts en ne distribuant pas des dividendes à ses associés, pour privilégier ceux de son cocontractant et l'aider à redresser sa situation. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant est d'une puissance toute différente dans ce cas⁶⁶².

⁶⁶¹ Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172 ; Juris-Data n° 2002-012712 ; JCP 2002, II, 10157, note C. Jamin ; RTD civ. 2002, p. 294, note J. Mestre et B. Fages ; D. 2002, p. 1974, note Ph. Stoffel-Munck.

⁶⁶² Cette solution peut aussi relever de l'obligation de faciliter l'exécution pour son cocontractant, mais ici la prise en compte est d'une particulière intensité puisqu'est demandé au contractant, en période de crise grave pour son partenaire, de s'imposer des sacrifices pour le mettre en mesures d'exécuter ses obligations et de se maintenir dans son activité économique.

Dans l'espèce, le pourvoi reprochait, entre autre, à la Cour d'appel d'avoir considéré que sur la base de l'article 1134 du code civil, la société « aurait dû consacrer en "aides" aux concessionnaires les sommes distribuées aux actionnaires sous forme de dividendes ». La Cour de cassation refuse de sanctionner ce raisonnement « quasi-révolutionnaire »⁶⁶³ et affirme qu'« attendu qu'ayant, par une décision motivée, relevé que la société France Motors, qui s'était trouvée confrontée à un effondrement général du marché de l'automobile, aggravé par une hausse du yen, avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité, l'arrêt retient que le concédant *ne s'est pas imposé la même rigueur* bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux *mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires (...)* la cour d'appel (...) a pu estimer que la société France Motors avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente et qu'elle devait réparation au garage Schouwer du préjudice qui en était résulté pour lui (...) »⁶⁶⁴.

Nous reviendrons certes sur cette solution dans la section du titre 2 consacré à l'abus de droit, mais toujours est-il qu'il est nécessaire d'évoquer cette espèce ici aussi puisqu'il est donc reproché au concédant « de ne pas avoir agi *positivement* en allouant cette somme aux membres de son réseau plutôt qu'à ses actionnaires »⁶⁶⁵. En d'autres termes, il était demandé à l'importateur de renoncer à profiter des bénéfices et d'entreprendre des mesures positives « salvatrices » qui contribuent au « soulagement » de ses cocontractants ! Ici, la prise en compte de la situation ou de l'intérêt du cocontractant va très loin. Elle suppose le sacrifice, et l'abnégation. La norme de comportement ici introduite est d'une particulière exigence, et M. Stoffel-Munck précise dans son commentaire de la solution que « [si] l'on définit la faute comme la violation d'un devoir de comportement, il faut constater que l'arrêt en consacre un *specimen* remarquable. En effet, à dire qu'il y a faute à ne pas s'imposer "la même rigueur" que celle qu'on fait souffrir à autrui, on paraît admettre que pèse

⁶⁶³ J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, RTD civ. 2002, p. 294.

⁶⁶⁴ Nous soulignons.

⁶⁶⁵ C. Jamin, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172, JCP 2002, II, 10157.

sur une partie un devoir non seulement d'entraide, mais presque de compassion envers l'autre. Même ramenée au champ clos des relations de dépendance, la solution étonne »⁶⁶⁶.

b.... Portée encore très limitée

225. Certes, la portée de l'arrêt demeure très limitée puisqu'il a justement été relevé qu'il a été rendu par une formation restreinte, qu'il n'a pas été publié au bulletin, et que c'est « en l'état de ces constatations et appréciations déduites de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause... »⁶⁶⁷, que le raisonnement de la Cour d'appel a été apprécié⁶⁶⁸. En d'autres termes, la Cour se garde bien d'annoncer un principe de large portée, et semble affirmer que c'est réellement une appréciation *in concreto* qui a prévalu en l'espèce.

226. Toutefois, même si la solution est affirmée timidement, elle porte en elle les germes d'un bouleversement des perceptions traditionnelles en droit contractuel.

D'une part, l'intervention du juge dans l'exercice de la liberté du concédant est d'une particulière intensité dans ce cas, puisqu'il apprécie le choix que celui-ci opère dans la gestion de son réseau⁶⁶⁹, et dans l'allocation des sommes dont il dispose.

Ensuite, le modèle auquel est comparé le cocontractant pour juger de son comportement, est particulièrement imposant. Il semble dépasser le simple bon ou honnête contractant, et se rapprocher de l'ami ou du frère même. Accessoirement à la fonction économique du contrat, apparaît une norme de comportement particulièrement exigeante s'imposant aux parties et découlant d'une certaine vision du contrat.

Même si cette vision n'est encore que minoritaire, elle ne peut être exclue aujourd'hui du paysage contractuel. Elle maintient d'ailleurs en elle toutes les possibilités

⁶⁶⁶ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ?*, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172 ; Juris-Data n° 2002-012712, D. 2002, p. 1974, n° 11.

⁶⁶⁷ Cass. com. 15 janv. 2002, *op. cit.*

⁶⁶⁸ V. sur ce point C. Jamin, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172, *op. cit.*

⁶⁶⁹ V. sur ce point D. Mazeaud, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 57, spéc. p. 64 : « Ce que la Cour accorde au juge, implicitement au moins, avec cet arrêt, c'est le pouvoir de contrôler la gestion économique de son réseau par le concédant et d'apprécier l'opportunité de ses choix économiques et sociaux au regard de leurs effets sur la situation économique de ses distributeurs ». Cette solution a d'ailleurs été critiquée, V. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? op. cit.*, spéc. n°s 12-13.

de développement, si une politique juridique et jurisprudentielle apparaît dans ce sens⁶⁷⁰, même si nous en doutons dans le futur proche.

La prise en compte de l'intérêt du cocontractant se manifeste ainsi dans la bonne foi, et paraît jouer dans deux intensités différentes ; la coopération et ensuite, plus timidement l'abnégation.

Mais cette prise en compte peut-elle être rattachée à la théorie pure de la notion ?

B. Bonne foi et théorie pure de la prise en compte

227. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant relève du versant relationnel de la moralité introduite par la bonne foi. Cependant ceci n'est pas suffisant pour rattacher cette prise en compte à la théorie pure de la notion. Il faut en plus établir d'une part, la particularité suffisante de la notion, notamment par rapport aux exigences justifiées par la bonne exécution du contrat, ou par l'intérêt commun. D'autre part, il faut vérifier la finalité servie par la notion : il faut et il suffit qu'il y ait prise en compte de l'intérêt d'autrui dans l'intérêt d'autrui (et non simplement dans l'intérêt du contrat), donc une dimension altruiste.

Pour établir l'appartenance de cette prise en compte manifestée dans la bonne foi, à la théorie pure de la notion – celle appartenant à notre champ de recherche, et fondée sur un principe de fraternité –, nous étudierons donc d'abord les critères de justification de l'exigence de prise en compte ici (1), ensuite sa finalité (2).

1. Critères de justification de cette exigence de comportement

228. La première question qui se pose ici est celle de savoir si l'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant introduite par la bonne foi est une exigence générale que la jurisprudence tend à introduire dans tout contrat, ou si elle est justifiée par une particularité reliée à certains contrats seulement⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Justement M. Stoffel-Munck affirme dans ce sens : « D'aucuns se demanderont d'où le juge tire ce devoir d'altruisme qu'il fait, de manière innommée mais claire, peser sur le concédant. On répondra que la norme de loyauté à laquelle se réfère l'art. 1134, al. 3, c. civ. lui donne compétence à ce faire, exactement comme l'art. 1382 c. civ. lui permet de sanctionner la violation de tout devoir de comportement qu'il lui plaît de consacrer. Si l'usage que le juge fait ici de son pouvoir créateur est fortement discutable en termes de politique juridique, il est difficile de lui discuter ce pouvoir au plan technique » (*L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ?*, *op. cit.*, n° 11).

⁶⁷¹ Plusieurs critères ont été avancés pour rendre compte de l'exigence de collaboration au sein des contrats. On a soutenu par exemple que « [cette] solidarité peut être inhérente soit à la nature de certains types de contrats, soit aux caractéristiques particulières des rapports entre les contractants (...) l'importance des relations de proximité ou d'intimité qui existent entre les parties » (F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, RDAI 1999, p. 737, spéc. p. 767), ou que cet usage nouveau était justifié par la « diversification des modèles contractuels, et en

L'intérêt de la question se présente à double titre, d'abord quant à la portée de cette exigence de prise en compte, ensuite quant à la particularité de la notion : si cette introduction est justifiée par les exigences d'une bonne exécution du contrat, ou par l'intérêt commun, cette prise en compte n'aurait aucune particularité et ne relèverait pas d'une théorie pure de la notion.

Examinons d'abord les critères particuliers avancés pour justifier cette exigence, notamment l'existence d'un intérêt commun (a), pour ensuite mettre en évidence le critère plus général qui semble se profiler (b).

a. Critères particuliers

229. Intéressons-nous d'abord aux critères particuliers qui ont été avancés à savoir, l'inégalité entre parties instituée par le contrat, l'objet de l'obligation, l'essence du contrat, ou l'imbrication étroite des intérêts des cocontractants.

230. En premier lieu, certains contrats établissent une situation inégalitaire entre cocontractants. L'inégalité entre partenaires contractuels inhérente à certains contrats se présente comme un des critères de la coopération qui opère comme un correctif à cette situation⁶⁷². Aussi, « [très] souvent, la jurisprudence tiendra compte du rapport inégalitaire entre les parties pour accroître les obligations du professionnel à l'égard du profane »⁶⁷³. Les relations contractuelles de dépendance⁶⁷⁴ se présentent

particulier à l'apparition d'un nouveau type de contrat, le contrat-coopération » (M. Latina, Rép. civ. Dalloz, V^o Contrat, n^o 121. V. notamment la doctrine citée par l'auteur : R. Libchaber, *Réflexions sur les effets du contrat*, in Mélanges Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p. 211 s. ; Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mélanges Paul Didier, Economica, 2008, pp. 247 s. ; *Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique*, in Mélanges Jean Hauser, Dalloz, 2012, pp. 879 s.).

⁶⁷² La contrepartie de la dépendance impose pour la partie forte de ne pas « confisquer le contrat dans son intérêt exclusif, avec indifférence et mépris pour les intérêts légitimes de son partenaire, à savoir pour la poursuite de son activité économique » (D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n^o 99-21172, D. 2002, p. 2841).

⁶⁷³ J.-Cl. Civ. Code, Art. 1134 et 1135, fasc. 11, par Y. Picod, n^o 47. Un parallèle a pu être opéré avec le contrat de travail. V. sur ce point, quant aux contrats de concession, C. Jamin, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n^o 99-21172, *op. cit.* : « Certes, les réseaux de concessionnaires sont uniquement constitués d'un ensemble de contrats. Cependant ceux-ci ne se bornent pas à être le support d'échanges : ils créent de véritables organisations destinées à perdurer. Or, même dépourvues de la personnalité morale, celles-ci engendrent inmanquablement des rapports de domination qui les apparentent le plus souvent à des structures hiérarchiques, celles-ci empruntant alors au moins de manière partielle à une logique institutionnelle, bien qu'elles prennent soin de ne jamais se présenter comme telles. C'est la raison pour laquelle il est très difficile d'invoquer à leur propos un principe de liberté de choix dans les modes de gestion et d'allocation des ressources, dont le principal effet est d'exonérer ceux qui animent les réseaux de leur responsabilité à l'égard de leurs cocontractants. Un tel raisonnement entérinerait le fait que le contrat soit un pur moyen de domination de certaines

donc comme le « domaine de prédilection »⁶⁷⁵ de l'obligation de coopération, et de l'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. « L'inégalité et la dépendance qui président parfois à la conception du contrat sont corrigés et compensés par cet impératif moral qui contribue ainsi à restaurer une certaine justice contractuelle »⁶⁷⁶. Ce critère est compatible avec une théorie pure de la notion de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, et c'est ici un des domaines où apparaît son rôle correctif du rapport entre principes de liberté et d'égalité⁶⁷⁷.

231. En second lieu, dans certains contrats, c'est l'objet de l'obligation qui imposera une attention plus grande à l'intérêt du cocontractant. En effet si l'objet est complexe⁶⁷⁸ ou dangereux, il découle du bon sens que l'exécution imposera, une collaboration plus étroite de la part du débiteur et du créancier⁶⁷⁹; « plus une opération est complexe, plus le créancier doit faciliter l'exécution du contrat en collaborant avec son débiteur »⁶⁸⁰. Ici, si l'exigence de prise en compte de l'intérêt du

personnes sur d'autres dont les intérêts pourraient être à tout moment sacrifiés sans aucune contrepartie, en contradiction flagrante avec la philosophie libérale qui sert pourtant de support à la critique de l'arrêt, *puisque le contrat ne se présenterait plus alors comme un instrument d'émancipation individuelle*, l'un des contractants s'obligeant à commander et l'autre à obéir, un peu à la manière d'un *sujet* ».

⁶⁷⁴ Ce « devoir imposé aux contractants d'exercer les droits et les pouvoirs que leur confèrent la loi ou le contrat dans le respect de l'intérêt légitime d'autrui a, essentiellement, vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution (...) qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent dans une clause d'exclusivité », D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, *op. cit.*

⁶⁷⁵ D. Mazeaud, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, *op. cit.*, spéc. p. 59.

⁶⁷⁶ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 610.

⁶⁷⁷ V. *supra* n°s 161 s. Si la liberté du plus fort est exercée sans égard pour les intérêts de la partie en situation de dépendance, il est légitime qu'un correctif de cette liberté intervienne pour que le contrat ne soit pas un instrument d'exploitation au nom du principe de liberté.

⁶⁷⁸ V. par ex. les exemples jurisprudentiels cités par B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, t. 2. *Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n° 1389 p. 481.

⁶⁷⁹ L'exemple des contrats informatiques est très utile à cet égard. En effet, « [la] technicité de la prestation sera ainsi largement prise en considération (...), le vendeur devra aider l'acquéreur à définir ses besoins et bien souvent prolonger son obligation de conseil par une assistance à la mise en route, voire par la formation du personnel de l'acquéreur (V. M. Vivant et C. Le Stanc, *Droit de l'informatique et des réseaux* : Lamy 1999, n° 4) ; pour définir les besoins de l'acquéreur, il devra également "procéder à une étude préalable et sérieuse des besoins (...) pour parvenir à l'élaboration du logiciel se rapprochant le plus possible des buts recherchés" (CA Paris, 18 juin 1984, cité in Vivant et Le Stanc, *op. et loc. cit.*). La dangerosité du produit ou de la prestation de service fait, depuis longtemps, peser sur le débiteur une obligation de mise en garde particulièrement stricte, largement consacrée par le droit de la consommation » (J.-Cl. Civ. Code, Art. 1134 et 1135, fasc. 11, par Y. Picod, n° 46).

⁶⁸⁰ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, *op. cit.*, spéc. p. 751.

cocontractant se confond avec les nécessités d'une bonne exécution du contrat, elle n'aurait aucune particularité et s'éloignerait de la théorie pure de la notion.

232. En troisième lieu, c'est « l'essence »⁶⁸¹ même du contrat qui justifierait parfois une telle exigence, tels le contrat de société, le contrat de travail, où ceux dont l'objet même est la prise en charge de l'intérêt du cocontractant, tel le contrat de mandat. Ces contrats mettent en avant, par essence, une qualité de confiance particulière entre cocontractants qui justifie une exigence de collaboration renforcée ou permanente. Pour le contrat de société par exemple, les « associés, en raison de *l'affectio societatis* qui caractérise les sociétés, se doivent mutuellement une loyauté particulière »⁶⁸².

Ici ceux sont les caractéristiques particulières de la relation entre contractants qui justifient l'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. En effet, certains contrats étant appelés à se développer dans le temps, ou mettant en œuvre un projet commun ou une relation de confiance particulière entre contractants, sont un terrain propice à la collaboration. Ce sont des contrats qui ont en commun le fait que « l'utilité du contrat n'apparaît pas spontanément par son exécution formelle. Le concours actif et durable de chacune des parties est nécessaire si l'on veut que le contrat accouche de toute sa richesse »⁶⁸³.

Mais la prise en compte exigée dans ces contrats s'éloigne du champ de notre étude puisqu'elle ne relève pas d'une théorie pure de la notion, tel que nous l'avons clarifié dès notre introduction, puisqu'elle n'aurait aucune particularité⁶⁸⁴.

233. En dernier lieu, qu'en est-il des autres contrats ne comportant pas intrinsèquement un rapport de confiance entre parties, tels les contrats commerciaux par exemple ? Ici la durée, l'ancienneté de la relation contractuelle, l'imbrication des intérêts de façon à établir un réel projet commun⁶⁸⁵ ou un degré particulier de

⁶⁸¹ Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V^o Bonne foi, n^o 75.

⁶⁸² J. Ghestin, note sous Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n^o 65, p. 50, JCP G 1996, II, 22665, p. 287.

⁶⁸³ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n^o 159.

⁶⁸⁴ Nous nous intéressons à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant justement lorsqu'elle n'est pas l'essence ou l'objet du contrat, donc dans les contrats présentant une dynamique antagoniste d'intérêts.

⁶⁸⁵ V. sur ce point A. Cathiard, note sous Cass. com., 6 fév. 2007, n^o 03-20463, D. 2007, p. 1317 : « Au-delà de la qualité des parties, c'est la nature des liens entre elles qui doit commander la mise en

confiance⁶⁸⁶, sont tous des indices ayant été avancés pour justifier l'obligation d'être attentif aux intérêts du partenaire contractuel. Par exemple les contrats commerciaux internationaux rendent la collaboration nécessaire vu les difficultés liées aux distances ainsi que les enjeux souvent importants reliés à tels contrats.

Quant au critère spécifique d'« imbrication des intérêts », deux raisons nous poussent pourtant à le refuser comme justification de la prise en compte.

D'abord, ce critère renvoie à la question de l'altérité entre les deux parties, et éloigne la prise en compte de sa conception morale et donc de sa théorie pure.

Certes, « lorsque (...) le degré d'altérité entre les parties tend à devenir nul, la texture de la relation en est profondément changée »⁶⁸⁷. Ripert écrit : « en droit privé, nous allons voir l'obligation d'assistance apparaître entre les personnes qui font partie du même groupement »⁶⁸⁸. Mais quel est, en particulier, l'effet de l'altérité sur la collaboration entendue comme prise en compte de l'intérêt de l'autre partie ?

Pour M. Stoffel-munck, et « en raison de la règle générale liant, dans d'inverses proportions, solidarité et altérité, le contractant est d'autant plus fondé à s'attendre à la bienveillance d'autrui que celui-ci lui serait proche. En d'autres termes, moins les parties sont étrangères l'une à l'autre, plus la loyauté se fera

oeuvre de règles juridiques spécifiques de contrôle (...). La durée permet l'aménagement de rapports mutuels entre des parties qui recherchent une organisation complexe de la production, la mise en place d'un réseau ou d'un système de coopération professionnelle (...) Au demeurant, l'écoulement du temps assure aux parties la mise en place de liens réciproques. Les antagonismes respectifs s'effacent devant le projet commun des parties de « construire-ensemble ». Il en résulte, notamment, une exigence de collaboration qui oblige les partenaires relationnels » ; et M. Fontaine, *Les contrats internationaux à long terme*, in Mélanges Roger Houin, Dalloz, Sirey, 1985, p. 263 : « Certains contrats réalisent un équilibre ponctuel entre des intérêts, qui restent fondamentalement divergents. (...) D'autres, par contre, associent les contractants dans la poursuite d'un intérêt commun. (...) Pour réaliser une œuvre de longue haleine, il faut collaborer ».

⁶⁸⁶ « La loyauté est une norme de comportement par essence flexible. Toujours présente dans le contrat, cette exigence pèse cependant d'un poids variable d'une relation contractuelle à l'autre, selon le degré de confiance que pouvaient concrètement se faire les contractants » (Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com. 10 juil. 2007, n° 06-14768, D. 2007, p. 2839).

⁶⁸⁷ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, 2000, n° 242, p. 210. L'auteur poursuit : « le simple fait de contracter rend les parties moins étrangères l'une à l'autre (...) L'amoinissement de l'altérité découlant de la communauté contractuelle peut justifier que les exigences morales dictées par l'article 1134 al. 3 trouvent alors une prise plus forte qu'ailleurs. (...) L'altérité n'est pas identique dans tous les contrats, ceux-ci ne donnent pas tous lieu à une « petite société » » (*Eod loc. spéc.* n° 245, pp. 213-214). Mais dans quel sens l'altérité est-elle entendue dans cette dernière affirmation ? Si c'est dans le sens que les parties deviennent moins étrangères lorsqu'elles contractent, alors la réduction de l'altérité joue de la même façon dans tous les contrats. S'il s'agit de l'altérité des intérêts en jeu, alors il y a bien sûr une différence entre les contrats.

⁶⁸⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1949, n° 150, spéc. p. 273.

exigeante, et plus le modèle de comparaison en fonction duquel s'apprécie *in abstracto* le manquement à l'article 1134 al. 3 sera paré de vertus »⁶⁸⁹. C'est cette dernière partie de l'affirmation que nous remettons en question.

Bien sûr la collaboration ou la prise en compte de l'intérêt du cocontractant est renforcée lorsque le degré d'altérité est moindre (d'où la particularité du droit des sociétés, du droit du travail etc...), mais ceci veut-il dire qu'un seuil de moralité plus important est atteint, que le modèle de comportement serait plus « paré de vertus », qu'en définitive la fraternité ou l'altruisme en sont pour autant accrus ? Une réponse négative s'impose. Nous avons démontré le rapport inversement proportionnel entre la communauté ou l'identité des intérêts et la fraternité. Si ce degré moindre d'altérité entre les intérêts des parties, introduit une exigence de prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, nous pensons que celle-ci s'écarte dans ce cas de la théorie pure de la notion.

Ensuite, la Cour de cassation, a refusé, dans le même mouvement évinçant toute obligation d'assistance, ce critère de l'« intérêt commun » ou celui de « réseau à l'essor duquel les deux partenaires participent au mieux d'intérêts économiques communs » comme justification cette obligation. Certains considèrent en effet « le réseau de distribution intégrée (...) comme une communauté organisée, avec un maître à sa tête et des concessionnaires qui sont, sinon à ses ordres ou à son seul service, du moins au service d'une entreprise commune »⁶⁹⁰, où l'obligation d'assistance jouerait, à défaut d'accorder une indemnité au distributeur, comme le moyen technique pour qu'une certaine justice distributive s'opère en fin de contrat⁶⁹¹. Mais la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 octobre

⁶⁸⁹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 245, p. 213.

⁶⁹⁰ Ph. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, Juris-Data n° 2002-014206, JCP G 2002, II, 10146.

⁶⁹¹ Le réseau de distribution est apparenté à une institution, ou à une communauté à l'instar d'une société, d'une entreprise, donc le raisonnement s'apparente beaucoup plus au droit des sociétés, ou au droit du travail, notamment lorsqu'on constate que la Cour d'appel évoquait « les intérêts économiques communs », qui rendent justifiable que les concessionnaires ne sortent pas sans le « fruit de leur participation à l'effort commun ». V. par ex. D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, *op. cit.*: « le contractant dominant, qui exerce son droit de rompre unilatéralement le contrat, devait faire en sorte que la fin de la relation économique qui l'unissait à son distributeur ne se solde pas inéluctablement par la cessation de l'activité économique du contractant dépendant (...) le concédant qui va désormais "tirer seul profit de l'intérêt commun" (...) ne saurait être indifférent à l'égard des intérêts légitimes de son ex-cocontractant ». La justice distributive commande ainsi, qu'au sein d'une communauté, les richesses soient partagées selon les

1997, affirme que « le contrat de concession n'est pas un mandat d'intérêt commun »⁶⁹².

Dans ce type de contrat, « la satisfaction de l'intérêt du concédant est la conséquence et non la cause des actes juridiques passés par le concessionnaire »⁶⁹³. En effet, il ne suffit pas qu'il y ait satisfaction concomitante des deux intérêts en jeu pour parler d'intérêt commun, sinon, « dans cette optique, la quasi-totalité des contrats synallagmatiques seraient d'intérêt commun »⁶⁹⁴, puisque la réalisation de l'objet du contrat satisfait en principe l'intérêt de chacune des deux parties⁶⁹⁵.

D'ailleurs c'est essentiellement lors de la restructuration du réseau qu'apparaît à quel point les intérêts des deux parties peuvent être divergents, lorsque le concédant juge que son intérêt, pour l'essor de son réseau, lui commanderait d'en exclure son concessionnaire.

b. Critère général

234. Pour certains, ces critères particuliers ne sont pas suffisants. Certes, la nature du contrat et la relation particulière de confiance établie entre les parties (entre autres le contrat de société, le contrat de travail, celui à exécution successive, le mandat, la pratique commerciale surtout celle internationale), la complexité de la prestation, ou l'imbrication des intérêts des parties demeurent des critères essentiels de la coopération⁶⁹⁶, définie comme prise en compte réciproque de l'intérêt du partenaire contractuel. Mais un critère plus global est aussi mis en avant, « chaque

besoins (dans une conception plus fraternelle de la justice distributive) ou selon les mérites (dans une conception plus économique de la justice distributive).

⁶⁹² Cass. com. 7 oct. 1997, n° 95-14.158, Bull. civ. IV, n° 252, D. 1998, p. 413, note C. Jamin, et 333, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gauthier, et 370, obs. J. Mestre ; RTD com. 1998, p. 401, obs. B. Bouloc ; Contrats conc. consom. 1998, comm. 20, obs. L. Leveneur ; JCP 1998, II, 10085, obs. J.-P. Chazal. Dans son commentaire M. Chazal affirme : « la cour écarte non seulement le fondement du mandat d'intérêt commun, mais également celui du contrat d'intérêt commun ».

⁶⁹³ A. Constantin, note sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, LPA 16 sept. 1998, p. 17, spéc. n° 18.

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ V. Ph. Becqué, *L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive*, Cah. dr. entr. 1985, n° 6, p. 25. T. Buhagiar, *La concession exclusive dans la branche de l'automobile*, JCP CI 1980, 13438 : « dans une convention bilatérale commerciale ou civile, les parties n'agissent que sous l'impulsion de l'intérêt qu'elles éprouvent envers l'objet du contrat ». Nous avions évoqué d'ailleurs l'opinion soutenant que l'« intérêt ne peut véritablement être commun que si le créancier du prix trouve un intérêt personnel à l'obligation dont il est le débiteur » (Th. Hassler, *L'intérêt commun*, RTD com 1984, p. 581, spéc. p. 584).

⁶⁹⁶ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G 1988, I, 3318, n°s 6 s.

partie [devant] faciliter l'exécution de la prestation de l'autre chaque fois qu'elle est en mesure de le faire utilement »⁶⁹⁷. Ainsi, « [au]-delà de ces contrats, qui constituent la terre d'élection d'un devoir de coopération, la jurisprudence tend à en généraliser l'existence entre les parties »⁶⁹⁸. Certains y voient même un principe directeur du droit contractuel⁶⁹⁹.

Ce troisième critère est plus général, et s'adapterait à tout contrat. Il hisserait la prise en compte de l'intérêt du cocontractant introduite par le devoir de bonne foi, au nombre des normes de comportement⁷⁰⁰ imposées à tout contractant.

En généralisant le devoir de prise en compte, ce critère reflète la volonté d'introduire une certaine vision du contrat, des principes devant y composer, et de la qualité de rapport⁷⁰¹ devant y régner⁷⁰².

C'est de la place et de l'acception du principe de liberté dont il s'agit⁷⁰³. Si il demeure le principe, il se trouve tempéré par l'appréciation des choix comportementaux des contractants⁷⁰⁴, au nombre desquels la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, au moyen de la bonne-foi.

⁶⁹⁷ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n°6. V. aussi, F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, *op. cit.*, spéc. p. 750 : « Le créancier est tenu de faciliter l'exécution de la prestation promise par ce dernier, chaque fois qu'il pourra le faire utilement et sans porter atteinte à ses propres intérêts » ; et J. Mestre, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, RTD civ. 1986, p. 100.

⁶⁹⁸ Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, n° 76.

⁶⁹⁹ F. Diesse, *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat*, Arch. phil. dr. 1999, p. 259, *adde*, l'art. 0 :303 des principes directeurs du droit européen du contrat : « Les parties sont tenues de collaborer lorsque cela est nécessaire à l'exécution de leur contrat ». Ces références sont tirées de Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, n° 76.

⁷⁰⁰ Rappelons-le avec un auteur, « exécuter le contrat de bonne foi, c'est adopter au fil de l'exécution un comportement loyal, c'est-à-dire refléter dans son attitude un ensemble de vertus d'inspiration morale sur lesquelles le cocontractant pouvait légitimement compter, soit qu'il puisse les attendre de chacun dans un monde civilisé, soit qu'il ait pu spécialement les escompter de son partenaire en raison de la confiance particulière qui imprégnait leur relation » (Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com. 10 juil. 2007, n° 06-14768, *op. cit.*).

⁷⁰¹ *Contra*, ce critère mettrait en avant un raisonnement par l'utilité cf. article 1 :202 des Principes du droit européen du contrat qui stipule : « chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet ». Comp. avec l'article 5.1.3 des Principes d'Unidroit, qui limite cette obligation entre les parties « lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations ».

⁷⁰² J. Mestre, *Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé*, Revue Lamy dr. civ. mars 2009, 7 : « à travers cette exigence [de bonne foi], chacun de nous projette le plus souvent sa conception du contrat et peut-être, plus profondément encore, sa vision des rapports sociaux ».

⁷⁰³ L'émergence de la bonne foi conduit à penser que « le centre de gravité du contrat moderne a changé et que l'on est passé, (...) d'une approche individualiste fondée sur le libéralisme économique à une vision plus moralisante du contrat qui laisse une place bien plus grande aux contrôles de l'ordre public gardien de la morale et à l'interventions des juges » (C. Masse, *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat. Rapport général*, in La bonne foi, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 217).

⁷⁰⁴ V. dans ce sens Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, Juris-Data n° 2002-014206, *op. cit.* : « Autrement dit, elle (la Cour d'appel) ne critiquait pas le fait de résilier, mais

Une limite à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant semble se dégager de ce critère : le sacrifice des intérêts propres ne saurait être exigé⁷⁰⁵. La bonne foi opère ainsi une conciliation entre liberté et contrainte⁷⁰⁶, entre égoïsme et relation par le biais de l'introduction de la prise en compte. Mais la mesure de cette conciliation n'est pas toujours évidente à déterminer⁷⁰⁷.

Si certains contrats seraient porteurs d'une intensité particulière de coopération, en raison de l'existence de critères particuliers en plus : l'objet du contrat ou l'altérité faible des intérêts, nous avons constaté que ceux-ci éloignent du même coup cette coopération de la théorie pure de la prise en compte.

Pourtant, ce critère général d'une coopération imposée toutes les fois où cela serait possible, dégage la bonne foi des critères restrictifs et permet de la révéler, dans son versant de coopération, comme manifestation de la prise en compte de

stigmatisait le comportement déloyal adopté par le concédant *en marge* de l'exercice de son droit. Ce n'était donc pas un abus de droit mais la déloyauté manifestée à l'occasion du processus de résiliation qui était en cause ». V. égal. C. Masse, *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat. Rapport général, op. cit.*, p. 223 : « la prise en compte du comportement, et non pas seulement des intentions, que doit démontrer la personne qui est l'objet de cette obligation est ici prédominant ».

⁷⁰⁵ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, op. cit.*, spéc. p. 750 : « Le créancier est tenu de faciliter l'exécution de la prestation promise par ce dernier, chaque fois qu'il pourra le faire utilement et sans porter atteinte à ses propres intérêts ». V. égal. J. Mestre, *Bonne foi et équité, même combat !*, RTD civ. 1990, p. 652 : « Celle-ci peut légitimement vouloir imposer à l'individu contractant un certain dépassement de son individualisme foncier, et donc un effort de rapprochement vers le partenaire contractuel, mais elle ne saurait, en revanche, raisonnablement aller au-delà et exiger de lui l'altruisme absolu négateur de ses propres intérêts ou même, plus simplement, le dévouement chronique et illimité ».

⁷⁰⁶ M. Mekki présente le principe de loyauté – pour nous c'est la bonne foi – comme « [principe] d'action, il combine la poursuite d'un intérêt commun, la recherche d'un accord de volontés, tout en reposant sur la persistance d'une divergence entre les intérêts en présence. Grâce au principe de loyauté, liberté et contrainte peuvent être conciliées » (*L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 1208, p. 761).

⁷⁰⁷ V. sur ce point S. Darmaïn, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, n°s 392 et 393, p. 249. Pour MM. Sériaux et Ghestin, c'est selon la nature de la relation contractuelle que varie la mesure de la prise en compte des intérêts d'autrui. M. Sériaux affirme : « Il est bien clair en effet que le devoir d'entraide est mesuré, non comme le soutient la doctrine majoritaire par un égoïsme bien tempéré, mais par le besoin d'autrui. Ce besoin (d'aide ou d'amour, quelle différence ? Peu importent les mots, seules comptent les réalités qu'ils décrivent) varie autant que les relations contractuelles elles-mêmes » (*Droit des obligations*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, n° 55, p. 229). M. Ghestin soutient lui : Cette coopération est la caractéristique typique du contrat. Elle comporte elle-même des degrés variables selon les types de contrats. De la fraternité qui anime les contrats à titre gratuit, à la solidarité, caractérisant les sociétés, on arrive à la nécessité d'une simple coordination » (J. Ghestin, *La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables*, in *La relativité du contrat*, Assoc. H. Capitant, Nantes 1999, LGDJ, Paris, 2000, p. 223, spéc. p. 245).

l'intérêt du cocontractant telle que définie dans sa théorie pure, fondée sur un principe de fraternité.

Examinons dans un second temps la finalité de l'exigence d'attention aux intérêts du partenaire contractuel introduite par la bonne foi, pour compléter notre vérification de sa correspondance avec la théorie pure.

2. Finalité de cette exigence de comportement

235. La prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel étant une notion neutre en soi, il nous faut procéder à une ultime vérification de sa finalité avant de pouvoir la faire relever de la théorie pure de la notion, fondée sur le principe de fraternité. Celle-ci sert-elle vraiment un objectif altruiste ?

La finalité peut d'un côté être la simple « bonne exécution du contrat » et donc pourrait participer de la fonction interprétative de la bonne foi, dans un but de porter l'exécution du contrat à sa plénitude, de permettre à chaque partie de retirer le maximum d'utilité du contrat. Elle relève ainsi du renforcement de la vision du contrat comme instrument économique.

D'un autre côté, l'objectif servi peut être l'introduction d'une morale altruiste et de l'empathie, mettant plus l'accent ici sur la fonction sociale du contrat qui constitue « un haut lieu de sociabilité et d'amitié »⁷⁰⁸. C'est cette dernière forme de prise en compte des intérêts du cocontractant qui relèverait d'une théorie pure de la notion.

Trancher entre ces deux finalités n'est point aisé, puisque la bonne foi est porteuse à la fois de ces deux dimensions. Exposons ces deux finalités possibles : l'efficacité contractuelle et l'altruisme (a), puis tentons de clarifier la confusion souvent opérée entre elles (b), pour enfin essayer d'opérer un choix entre elles quant à chacune des intensités de prise en compte révélées par la bonne foi (c).

a. Finalité : l'efficacité du contrat, ou l'altruisme ?

236. Dans une première lecture, la prise en compte qui se manifeste dans la bonne foi renforcerait « l'efficacité économique du contrat »⁷⁰⁹. Elle impliquerait « que chaque

⁷⁰⁸ A. Sériaux, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 55.

⁷⁰⁹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.*, n° 1228, p. 774. Dans ce sens égal., R. Libchaber, *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. n° 20, p. 227 : « une certaine bonne foi est requise, qui ne se limite pas à une banale prohibition de la malveillance.

partie s'efforce de maximiser l'utilité retirée par les autres parties de l'exécution du contrat »⁷¹⁰. Donc exécuter le plus utilement pour le cocontractant, faciliter l'exécution par celui-ci, être vigilant pour sauvegarder ses intérêts, et l'assister en fin de contrat n'auraient pour objectif que de permettre la maximisation et la bonne exécution du contrat⁷¹¹, de lui permettre de réaliser pleinement son but.

Dans cette optique, « ce n'est plus, (...) au regard des devoirs naturels de l'homme, au regard des exigences sociales prescrivant à tout un chacun de se comporter de façon civile, loyale et honnête, que la responsabilité du créancier va trouver son fondement, mais c'est, beaucoup plus spécifiquement, la recherche de la meilleure réalisation du but contractuel qui justifie le "devoir de collaboration". C'est donc parce que la collaboration est utile au contrat que collaboration il y a »⁷¹².

Ce raisonnement s'éloigne donc de la conception altruiste, et même de la conception morale en général, et paraît relever beaucoup plus d'un raisonnement

Conformément à la tradition civile, la bonne foi doit s'entendre de l'état d'esprit de celui qui croit à la validité juridique de son comportement, même si c'est à tort (...) ce que l'on demande à chacun des contractants, c'est une certaine conscience d'agir d'abord au profit du contrat, c'est-à-dire de l'opération économique qu'il prend en charge ».

⁷¹⁰ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 1992, n° 438, note 515.

⁷¹¹ Ici donc, le « comportement des parties, nécessairement unilatéral, (...) relève d'un ensemble de règles participant d'une déontologie en cours d'édification. Celle-ci n'a pas pour finalité le bien de l'autre, son intérêt, ou encore la solidarité entre contractants, comme voudraient le faire croire les sympathiques successeurs de Léon Bourgeois et de Demogue. Mais l'intérêt bien compris de l'intervenant lui-même ; c'est-à-dire un profit à la fois individuel et collectif » (L. Aynès, *Vers une déontologie du contrat ?*, conférence à la Cour de cassation le 11 mai 2006, accessible sur le site de la Cour de cassation, 2006, spéc. n° 8). Cette vision de la bonne foi qui dénonce paradoxalement celle de Demogue, est en fait à relier à l'opinion de celui-ci qui opère un passage par la notion d'« union d'intérêts » pour fonder la coopération entre cocontractants. V. par ex. sur ce dernier point J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, spéc. p. 53 : « la pratique contractuelle et la jurisprudence passent insensiblement, à partir d'une certaine conception d'un intérêt commun, à un devoir positif de collaboration, qui est à la fois plus exigeant et, si j'ose dire, plus formateur des caractères ».

⁷¹² Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, 2000, n° 69, p. 70. V. égal. dans ce sens, G. Wicker, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les concepts contractuel français à l'heure des principes du droit européen des contrats. Actes du colloque du 30 et 31 janvier 2003*, faculté Jean Monnet Paris XI. Institut Charles Dumoulin, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, (sous la dir. de), éd. Dalloz, Paris, 2003, p. 151, *passim.*, par ex. p. 163, n° 15 : « L'appréciation du contenu du contrat à partir de sa prestation caractéristique met en évidence que nombre des solutions attachées, par la doctrine ou la jurisprudence, à la bonne foi, à la loyauté, parfois à l'équité, procèdent tout simplement de la considération de son utilité objective ou subjective », ou pp. 166-167, n° 24 : « Ce comportement positif, qui se rattache au devoir de collaboration, loin d'être général, ne peut être exigé des parties que lorsqu'une collaboration, matérielle ou intellectuelle, s'avère nécessaire eu égard à la nature ou à l'objet du contrat (...) ce devoir de collaboration ne correspond en aucune façon à un devoir d'entraide pesant sur les parties. Il ne s'agit pas pour elles de se soutenir mutuellement, mais d'agir en sorte que le contrat, auquel elles sont assujetties, soit pleinement utile ».

utilitariste ; c'est la maximisation de l'utilité dans l'exécution du contrat qui en est le moteur. On revient donc en quelque sorte à la conception de l'article 1134 alinéa 3 comme norme interprétative.

En réalité parfois, « la coopération des contractants n'est pas exempte d'arrière-pensées, chaque partie cherchant à atteindre des fins propres »⁷¹³ et « il s'agit très souvent d'exiger de chaque partie d'adopter un comportement ou d'apporter une diligence particulière de nature à permettre à l'autre d'obtenir la satisfaction de son propre intérêt à travers la réalisation normale de l'objet du contrat »⁷¹⁴.

237. Dans une seconde lecture, « [la] bonne foi de l'article 1134 c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son co-contractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère »⁷¹⁵. Ici la prise en compte de l'intérêt du cocontractant s'inscrit dans une logique toute différente de celle de la bonne exécution du contrat, qui relève plus d'une logique altruiste.

Si, dans un premier temps, la bonne foi n'est plus seulement le devoir d'agir en « honnête homme ». Elle fonde des comportements que la simple honnêteté ne suffit pas à justifier : c'est réellement plus l'altruisme qui apparaît dans certaines exigences de comportements imposées aux cocontractants⁷¹⁶.

Mais, même au cœur de l'opinion faisant relever la collaboration de l'altruisme, nous retrouvons chez certains la confusion avec un ordre d'idée tout à fait différent qui fait retomber la notion dans l'approche utilitariste.

⁷¹³ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, op. cit., n°3. V. dans ce sens J. Carbonnier, *Droit Civil. Les Obligations*, éd. Quadrigé/PUF, Paris, 2004, n° 1030, spéc. p. 2119 : « les contrats dont traite ordinairement le droit civil sont d'une pâte plus médiocre. Ce sont, selon l'expression de la psychologie sociale, des formes de *coopération antagoniste*. Entendons que, par des moyens communs, de pure opportunité, chacun des contractants cherche à atteindre des fins propres, et qu'un conflit est latent sous la coopération (...) il est bon que le droit sache voir la coopération contractuelle telle qu'elle est bien souvent : restreinte et non exempte d'arrière-pensées ».

⁷¹⁴ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, op. cit., spéc. p. 765.

⁷¹⁵ A. Sérioux, *Droit des obligations*, op. cit., n° 55, p. 229.

⁷¹⁶ V. dans ce sens D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 609 : « Outre ce *civisme contractuel* (...), [au] nom d'un *altruisme contractuel*, respectueux des intérêts

b. Confusion entre altruisme et utilitarisme

238. Nombreux justifient l'exigence d'altruisme introduite par la bonne foi sur le contrat « creuset de l'intérêt commun des parties »⁷¹⁷, et dans l'approche solidariste traditionnellement reliée à la vision de Demogue et désignée abusivement par « cette “fraternité contractuelle” »⁷¹⁸.

Une telle prise en compte s'écarte de la théorie pure de la notion, et donc n'est pas celle que nous recherchons à mettre en évidence, comme nous l'avons déjà démontré plus haut. Ici, c'est au plan de la finalité que la confusion est opérée ; il est primordial de faire la différence entre ces opinions et ce que nous soutenons. Le raisonnement par l'intérêt commun appartient à la logique utilitariste et non point altruiste.

Dans le sens que nous avons attribué à la solidarité composante de la fraternité, l'assise de la collaboration change de centre de gravité. Elle n'est plus l'intérêt mais l'action c'est-à-dire le comportement des parties.

Concrètement, ceci veut dire que même si l'« exigence de collaboration entre les parties implique aussi que chacune d'elles doit s'efforcer de maximiser l'utilité retirée par l'autre partie de l'exécution du contrat »⁷¹⁹, l'objectif principal n'est pas la convergence ou l'unification 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 ».

⁷¹⁷ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité... op. cit.*, p. 609 : 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 et d'abnégation ».

⁷¹⁸ *Droit de l'informatique*, JCP E 2001, p. 843. M. Stoffel-Munck affirme à juste titre en commentant l'opinion de Demogue : « [on] ne s'accordera pas avec l'auteur quand il donnera son exposé comme une “conséquence de la tendance solidariste à obliger les deux contractants à agir au mieux des intérêts de tous deux”, car cette vision est fécondée par une exigence charitable de souci pour la personne d'autrui, alors que tel qu'il les a présentés, les devoirs du créancier sont dérivés du souci objectif de réaliser le but contractuel » (*L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, op. cit.*, n° 69, p. 71). Certes nous nous démarquons de l'auteur en ce que nous avons démontré l'éloignement entre solidarisme et altruisme.

⁷¹⁹ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, op. cit.*, spéc. p. 748. V. aussi sur ce point S. Darmaisin, *Le contrat moral, op. cit.*, n° 407, p. 259 : « Par ailleurs, le terme de coopération entretient faussement l'idée d'un partenariat destiné à assurer la correcte exécution du contrat. S'il est exact que les parties doivent collaborer pour donner au contrat le plus de chance de réussite possible, l'exigence jurisprudentielle ne s'arrête pas là. Il transparait en effet de certaines décisions que ce qui est demandé dépasse largement le seul souci de la correcte exécution du contrat pour insister sur le souhait d'une exécution utile à l'autre partie ».

239. Cette confusion opérée entre ces deux ordres de raisonnement pourtant différents, d'utilitarisme et d'altruisme se retrouve d'ailleurs souvent⁷²⁰.

Chez certains auteurs, la distinction apparaît plus clairement et la collaboration peut relever d'un schéma de pensée comme de l'autre ; « [s]'agissant d'un élément caractéristique du devoir de coopération, la solidarité traduit l'idée d'un *devoir moral d'assistance mutuelle, d'entraide* entre les parties ou d'un *devoir de participer à l'œuvre commune*. Elle est également définie comme le devoir de tenir compte des intérêts du cocontractant ou de se mettre à sa place dans l'exécution des engagements souscrits et dans l'exercice des droits nés du contrat »⁷²¹. Ici c'est l'empathie qui est mise en exergue, mais il y a une claire distinction entre le domaine de l'« entraide » et celui de l'« œuvre commune ».

Pour d'autres, la différence entre ces deux ordres d'idées est faite sans cloison étanche séparant les deux. Ces deux fonctions de la bonne foi peuvent d'abord être appelées à jouer toutes les deux l'une à côté de l'autre⁷²², ou bien encore, l'une au service de l'autre⁷²³.

⁷²⁰ V. B. Oppetit, *Éthique et vie des affaires*, in Mélanges André Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 323, J. Mestre, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, RTD civ. 1986, p. 100, spéc. p. 101 : « l'exigence – ou, plus exactement l'esprit – de collaboration est plus formateur des caractères en impliquant, de manière positive, des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun », ou J. Ghestin, *La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables*, op. cit., spéc. pp. 245-249 : « Concrètement la coopération suppose que l'action tournée vers l'intérêt propre de chaque partie soit cependant compatible avec la communauté contractuelle d'intérêts. Une telle exigence, susceptible de se concilier avec une vision purement utilitaire du contrat, du moins dans des relations contractuelles marquées par la durée et la personnalisation corrélative, semble toutefois inséparable d'une certaine conception morale de celui-ci supposant la prise en compte des intérêts d'autrui ». Pour M. Mazeaud, la fraternité contractuelle supposerait que le « contrat, petite communauté d'intérêts, doit être exécuté de façon à ce que chaque contractant en retire tous les avantages escomptés » (*Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, LPA 6 mai 1998, p. 8).

⁷²¹ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, op. cit., spéc. p. 766. (Nous soulignons).

⁷²² Domat, *Traité des Lois*, éd. Centre de philosophie politique et juridique Université de Caen, Caen, 1989, chap. V, 5 : « Dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où ils sont entrés ». La bonne foi décrite ici est porteuse à la fois, dans la formation du contrat, de la valeur morale de transparence, et dans l'exécution de celui-ci, on revient à la bonne foi norme interprétative qui s'oppose aux « contrats de droit strict ».

⁷²³ B. Oppetit, *Éthique et vie des affaires*, op. cit., spéc. p. 333 : « Incontestablement, l'essor de l'éthique des affaires, même s'il procède d'une morale de l'intérêt bien compris et correspond, au fond, à une instrumentalisation utilitariste des valeurs morales (*ethic pays*), révèle une crise profonde (...) Le phénomène confirme la permanence d'un besoin du corps social. (...) l'éthique des affaires, (...) répond à une inquiétude et à une aspiration : elle vise à conjurer les excès de l'individualisme du *self interest*, qui menacent l'avenir, et tend à définir un compromis entre la morale du sacrifice et l'amoralisme individualiste ».

240. S'il paraît essentiel de distinguer conceptuellement la finalité utilitariste de celle altruiste, ceci ne veut absolument pas dire qu'ils sont toujours exclusifs l'un de l'autre puisque l'exigence de collaboration peut servir à la fois les deux objectifs⁷²⁴. L'utilité est certes un fruit de la collaboration. La collaboration serait donc une « [manifestation] convergente du "juste" et de "l'utile" »⁷²⁵. Mais en est-elle l'objectif ou la simple conséquence ? Nous percevons une différence entre l'utilité-objectif du contrat, et l'utilité-conséquence de l'exigence morale de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Si la bonne foi-collaboration est exigée moralement, cela ne l'empêche pas d'être utile au contrat. Dans cette deuxième perception, l'utilité est accessoire ; si la bonne foi incite entre autres, comme nous l'avons démontré, à exécuter le plus utilement possible pour le cocontractant, il est évident qu'accessoirement, l'utilité retirée du contrat se voit accrue.

Au-delà de la confusion opérée entre la collaboration-bonne exécution du contrat et la collaboration-altruisme, cette dernière forme de collaboration est remise en question et la « controverse n'est pas près de s'achever entre ceux qui continuent de penser qu'« "[en] contrat, trompe, qui peut" et ceux qui invitent les contractants à s'aimer ou s'aider les uns les autres »⁷²⁶.

⁷²⁴ Ceci a d'ailleurs été parfois clairement affirmé comme par exemple en droit international, avec la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 qui met en avant que « l'importance des principes de bon comportement dans les contrats internationaux procède d'une prise de conscience sur la nature réelle du contrat. En effet, cette prise de conscience nous conduit aujourd'hui à admettre une nouvelle approche du contrat : se refusant de mettre en valeur, comme par le passé, l'antagonisme des intérêts des parties, elle met l'accent sur la collaboration, sur un *affectio contractus* qui permet de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires, empreints de plus de fraternité, d'entente ou de solidarité, et donc répondant aux objectifs d'utilité économique et de justice, au sens juridique, qui doivent caractériser tout contrat » (F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, op. cit., spéc. p. 756). Nous ne répèterons pas les réserves que nous avançons face à la notion d'*affectio contractus*, généralisation de l'intérêt commun au contrat.

⁷²⁵ Y. Picod, note sous CA Paris, 19 juin 1990, (Cts Tollemer c/de Bouillé), D. 1991, jurispr. p. 515.

⁷²⁶ D. Mazeaud, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, op. cit. Pour certains « [quoique] l'on dise, le dévouement fraternel va bien au-delà de la collaboration que l'on peut exiger de deux contractants » (J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 99, spéc. p. 121). V. égal. sur ce point, Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n° 160 : « à ce stade aucune compassion n'est exigée. Le créancier ne sacrifie pas une partie de ses droits au profit de son débiteur. Tout au plus accepte-t-il de faciliter l'exécution à son cocontractant, de l'aider, le conseiller, voire de patienter, mais à terme il ne perd rien ». Pour eux, il est exagéré de penser que « dans tout contrat, le respect de la bonne foi fait naître entre les parties un devoir d'assistance, de collaboration, de coopération, d'aide mutuelle et, à la limite, d'amitié et de fraternité. (...) La vision idyllique, peu réaliste, généralise abusivement les obligations particulières qui, dans certains contrats, font naître entre les parties ou de l'un envers l'autre un supplément de devoir, compte tenu de la nature propre de ce contrat » (G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, éd. Les Cours de droit, Paris, 1976/77, n° 280, p. 209).

Toujours est-il qu'ayant démontré que le plus souvent, il n'y avait point de « petite société », et que les intérêts demeurent le plus souvent antagonistes, l'altruisme ou la fraternité sont seuls capables de rendre compte de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant lorsqu'elle se retrouve dans les contrats où le degré de divergence des intérêts est important.

Vérifions ceci quant à l'application de cette recherche de la finalité, sur les différentes mises en œuvre de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant introduites par le support de la bonne foi.

c. Application aux devoirs découlant de la bonne foi

241. Recherchons la finalité principale poursuivie par la prise en compte-coopération et celle recherchée par la prise en compte-abnégation.

c.1. Application aux devoirs découlant de la prise en compte-coopération

242. Quel est pour chacun des devoirs découlant de la prise en compte-coopération, la part respective des finalités altruiste et utilitariste ? Nous garderons la réflexion sur l'obligation de vigilance découlant de la collaboration à l'étude de l'obligation de minimiser son dommage dont elle se rapproche, à laquelle nous nous intéresserons au chapitre suivant.

243. Dans le cas de l'obligation d'exécuter le plus utilement pour le cocontractant, la finalité de prise en compte paraît, au premier abord, se rapprocher plus de l'utilité et de l'efficacité contractuelles, puisqu'il y a renforcement de l'utilité retirée par chacune des parties, de l'exécution du contrat.

Mais, toujours est-il que l'efficacité économique du contrat, n'en est pas l'objectif primordial. En effet, « [souvent], l'exécution de l'obligation ne peut se détacher de la manière de l'exécuter, et donc de la conduite du débiteur. L'exécution utile des obligations contractuelles est difficilement séparable de la morale »⁷²⁷. Il apparaît quelque peu artificiel ou au moins difficile, de séparer l'exécution (attitude objective) du devoir comportemental (attitude subjective).

Il n'est donc pas si facile de trancher pour l'analyse économique de l'exigence de collaboration dans l'exécution la plus utile pour le cocontractant. Il demeure

⁷²⁷ J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? op. cit.*, p. 116.

possible, dans ce cas aussi, de faire relever l'exigence de collaboration de la lecture morale de la bonne foi.

244. Quant à la facilitation de l'exécution pour le partenaire, et hormis le cas des contrats dont l'objet est complexe tels les contrats informatiques, où la finalité peut être principalement utilitariste, la coopération étant rendue obligatoire par la complexité⁷²⁸ afin de bien exécuter les contrats et pour répondre aux besoins du client⁷²⁹, cette exigence de comportement a été généralisée à tout type de contrat, ce qui favoriserait une finalité morale altruiste.

Dans les cas de contrats de bail que nous avons étudiés, la finalité économique utilitaire de la bonne exécution du contrat semble moins évidente à défendre. Même si celui-ci est un contrat à exécution successive, il ne renferme pas un degré de confiance particulier entre parties. Ici, c'est une authentique prise en compte de l'intérêt du cocontractant, de sa situation et un rejet d'un égoïsme tranché d'une partie cherchant à réaliser son propre intérêt sans aucun égard au partenaire, qui semblent être sanctionnés par l'exigence de collaboration.

245. En dernier lieu, le rejet sec de l'obligation d'assistance à la reconversion du partenaire⁷³⁰, serait une régression de la finalité morale et altruiste⁷³¹, ou de l'« obligation de se soucier de la situation d'autrui »⁷³². Cependant, une double justification semblerait militer en faveur de l'existence d'un tempérament du principe de liberté en fin de contrat par une approche morale altruiste, au moyen de telle prise en compte.

⁷²⁸ Ce qui rejoint le critère particulier de justification de la prise en compte, à savoir la complexité de l'objet du contrat, et qui éloigne du même coup cette prise en compte de sa théorie pure comme nous l'avons vu.

⁷²⁹ C. Aix-en-Provence (8^e ch. B), 5 nov. 1999, Gaz. Pal. 2001, n° 23, p. 40 ; JCP G 1988, II, 21037, note Y. Picod : « la mise au point d'un logiciel spécifique, qui peut toujours s'avérer plus longue que prévu, nécessite la collaboration étroite du client, notamment pour la validation de certains choix ».

⁷³⁰ Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, Juris-Data n° 2002-014206 ; JCP G 2002, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck ; D. 2002, p. 1754, obs. E. Chevrier, p. 2841, obs. D. Mazeaud, et p. 3008, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 2002, p. 810, obs. Mestre et Fages, RTD com. 2003, p. 157, obs. B. Bouloc. Dans le même sens V. Com. 7 avr. 2004, n° 02-15.287, Cah. dr. entr. 2004, n° 3, p. 30, obs. J.-L. Respaud, RJ com. 2005, p. 197, note S. Lebreton-Derrien.

⁷³¹ Ce qui a incité un auteur à conclure : « [il] ne faut donc peut-être plus tant attendre d'un contractant professionnel et l'idée sympathique de prise en compte des intérêts d'autrui voire de renoncement à ses propres intérêts au profit de ceux de son cocontractant paraît bien utopique et antiéconomique » (J.-L. Respaud, note sous Cass. com. 6 mai 2002, n° 99-14.093, Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 19, spéc. p. 22).

D'abord, la légère évolution dans la position de la Cour de cassation semblerait affirmer que cette dernière ne demeure pas indifférente au nécessaire contrôle de l'égoïsme en fin de contrat. En effet, un auteur soulève que celle-ci « réalise une synthèse de ces deux courants doctrinaux consistant en un “libéralisme tempéré” »⁷³³. Le respect du préavis ne suffit plus, il y a examen des circonstances accompagnant la rupture, et de la durée de celui-ci.

Sans être obligé de l'assister, le contractant est quand même tenu à une prise en compte minimale des intérêts du partenaire⁷³⁴.

C'est ensuite surtout l'évincement par la Cour de cassation du critère d'« intérêt commun » pour justifier l'obligation d'assistance qui favoriserait la finalité morale et altruiste. Ainsi, l'explication de l'obligation d'assistance, ou à défaut du devoir de ne pas entraver la reconversion, par la thèse solidariste, et l'intérêt commun – qui se rapproche beaucoup plus d'un raisonnement utilitariste –, est à écarter.

Les intérêts demeurant fondamentalement divergents dans la plupart des contrats où la justification par l'intérêt commun est avancée, il paraît nécessaire de faire appel à un registre différent, celui de l'altruisme pour rendre compte de l'exigence de coopération-prise en compte.

La solution s'explique donc au final par l'introduction d'une moralité relationnelle en fin du contrat, qui incite à dompter l'égoïsme et tempérer la liberté, pour prendre en compte la situation du cocontractant.

Vérifions maintenant la finalité de la prise en compte de intérêts du partenaire lorsqu'elle intervient aux dépens même des intérêts propres du contractant.

c.2. Application au devoir découlant de la prise en compte-abnégation

⁷³² P. Van Ommeslaghe, *Rapport général*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 25, spéc. p. 41.

⁷³³ A. Van Eeckhout, *La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires*, RDC 2005, p. 491.

⁷³⁴ G. Robin, *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, RDAI 2005, p. 695, spéc. p. 703 : « le contractant, en position dominante quand il souhaite rompre un contrat, doit prendre en considération les intérêts de son cocontractant plus faible sans pour autant tomber dans les excès d'une conception de la solidarité contractuelle l'obligeant par exemple à prêter assistance à son ancien partenaire pour assurer sa reconversion ».

246. Si le refus du sacrifice des intérêts propres du contractant semble, le plus souvent, être la limite à l'exigence de prise en compte découlant de la bonne foi⁷³⁵, nous avons vu que la jurisprudence a exigé parfois une solution relevant d'une logique d'abnégation et de sacrifice.

La solution de l'arrêt *Mazda* semble s'affirmer dans la lignée d'un droit social des contrats dans lequel l'égoïsme d'une partie, même si fondé sur la lettre du contrat et la fonction économique de celui-ci, n'est pas toléré lorsque la survie économique⁷³⁶ de l'autre partie est en jeu.

Ici aussi, plusieurs valeurs concurrentes, constituant la finalité de cette exigence, peuvent apparaître. Il est important d'y revenir de façon concise pour vérifier l'optique dans laquelle la jurisprudence imposerait une prise en compte de l'intérêt du cocontractant si exigeante, porteuse d'abnégation ou de renoncement aux intérêts personnels du contractant.

247. D'abord serait-ce l'incohérence dans le comportement qui est sanctionnée ? En effet, « [on] ne peut, dans le même temps, invoquer la crise économique pour imposer une politique commerciale extrêmement rigoureuse à ses distributeurs et en faire complètement abstraction dans ses rapports avec ses actionnaires »⁷³⁷. La liberté est ainsi encadrée par la nécessité qu'elle s'exerce avec un minimum de cohérence. Mais une remarque tend à remettre en question cette explication ; il est à noter que l'incohérence stigmatisée dans ce cas est subjective, et non objective. En d'autres termes, c'est un choix opéré par le contractant dans la gestion de son réseau – qui n'emploie pas un critère commun ou dirait-on égalitaire dans le traitement qu'il se réserve et celui qu'il réserve au concessionnaire – qui est apprécié. Ce n'est pas une succession de comportements contradictoires ou incohérents envers la même partie qui est sanctionnée, comme par exemple lorsqu'il fait preuve de patience envers son débiteur pour ensuite se comporter, de manière surprenante, avec une extrême rigueur envers lui.

⁷³⁵ « Le créancier est tenu de faciliter l'exécution de la prestation promise par ce dernier, chaque fois qu'il pourra le faire utilement et sans porter atteinte à ses propres intérêts ». V. égal. F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, *op. cit.*, spéc. p. 750.

⁷³⁶ Son « avenir économique » (D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, D. 2002, p. 2841).

⁷³⁷ D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, *op. cit.*

248. Ensuite, serait-ce l'efficacité économique qui constituerait la finalité de la solution, ou plus précisément la préférence d'un mode de gestion sur un autre dans une analyse économique de celle-ci ? Mais il n'est point établi que le remplacement de la distribution des dividendes par la distribution de ces sommes en aides au concessionnaire en difficulté, comme il est évoqué dans le raisonnement de la Cour d'appel, aurait été économiquement plus utile. Rien ne prouve qu'accorder un dédommagement au concessionnaire aurait abouti, en fin de compte, à une réduction des coûts.

249. Or d'une part, dans les faits, « le caractère exceptionnel des difficultés économiques rencontrées (« un effondrement général du marché de l'automobile, aggravé par une hausse du yen ») a-t-il probablement pesé dans le débat : « la conjoncture n'était pas à l'égoïsme »⁷³⁸.

Ensuite l'incidence de ces difficultés sur le partenaire était aussi d'une particulière gravité. Elle conduisait à la disparition économique de ce dernier.

Cette dernière donnée ayant probablement joué, puisque c'est en termes de « mesures salvatrices » et d'« aides » que le comportement du partenaire est apprécié, c'est le refus de l'exclusion économique du partenaire contractuel qui ressort de la solution.

Mais pour certains, même cette sanction de l'égoïsme s'explique par une finalité utilitariste.

Dans une analyse économique, l'égoïsme est sanctionné parce qu'il y a anéantissement économique du partenaire. C'est la position de M. Behar-Touchais qui considère que « [l]'égoïsme contractuel n'est sanctionné que s'il est antiéconomique. (...) [On] peut être contractuellement égoïste si et seulement si ce n'est pas trop antiéconomique pour son cocontractant. En d'autres termes, seul l'égoïsme contractuel antiéconomique pourrait être abusif »⁷³⁹.

⁷³⁸ J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, RTD civ. 2002, p. 294.

⁷³⁹ M. Behar-Touchais, *Solidarisme contractuel et contrat de distribution*, RDC 2003, p. 154. Dans ce même sens, T. Revet, *L'éthique des contrats en droit interne*, in *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, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, n° 17, p. 221 : « il s'agit d'une prise en compte, non d'une prise en charge (...) Et l'objectif n'est pas tant de supprimer cette inégalité que de l'organiser, en la limitant et en la compensant. L'inégalité est, en effet, admise, légitimée, même : elle n'est pas contraire à l'ordre public ; elle permet le profit, qui n'est pas interdit ».

D’ailleurs l’auteur établit un parallèle avec la position de la Cour de cassation refusant l’obligation d’assistance à la reconversion du partenaire, pour prouver le raisonnement par l’efficacité économique tenu par la Cour⁷⁴⁰. Dans cette deuxième position, c’est justement pour avoir considéré que le préavis accordé au partenaire était suffisant pour lui assurer la protection de l’utilité économique (lui accorder le temps de se convertir), que l’obligation d’assistance à la reconversion pesant à la charge du concédant est exclue⁷⁴¹.

Pourtant, une analyse morale peut fortement être soutenue ; la sanction d’un comportement ayant abouti à la disparition économique du partenaire, est une « exigence d’altruisme contractuel »⁷⁴², et signifie le refus de l’exclusion, qu’elle soit économique ou sociale. Cette dernière valeur est proprement fraternelle.

L’altruisme commencerait une entrée, peut-être timide, au sein du contrat. La liberté contractuelle doit ainsi composer avec d’autres valeurs, telles que l’égalité, ou la fraternité avec sa fonction de lien social. La prise en compte de l’intérêt du cocontractant est un tempérament de la liberté et de l’égoïsme⁷⁴³, pour que le contrat ne soit pas un moyen d’exploitation et d’exclusion économique et sociale⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ M. Behar-Touchais, *Solidarisme contractuel et contrat de distribution*, op. cit. : « Dans l’arrêt du 6 mai 2002, le concessionnaire qui a profité d’un préavis suffisant pour se reconvertir et qui ne s’est pas pris en charge à ce stade ne doit s’en prendre qu’à lui-même. Au contraire, dans l’arrêt du *Mazda*, le concessionnaire mérite la protection car le concédant a mis son cocontractant dans l’impossibilité sur le plan économique de tirer profit du contrat, alors qu’il aurait pu faire autrement ».

⁷⁴¹ Mais rappelons que, justement, le préavis n’est pas toujours suffisant, lorsque le concédant prend des mesures rendant la reconversion du partenaire impossible. V. par exemple Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, *Juris-Data* n° 2002-014206, *JCP G* 2002, II, 10146 : « Les juges (du fond) retenaient comme faute à l’encontre du concédant "d’avoir attendu d’avoir négocié et conclu la reprise des succursales [...] et l’extension de leur territoire exclusif avec un tiers pour procéder à la résiliation du contrat de concession", dans la mesure où cela mettait le concessionnaire "en situation d’infériorité dans la négociation de son fonds de commerce avec un repreneur déjà assuré, du fait de cette résiliation, de disposer du territoire convoité" ».

⁷⁴² D. Mazeaud, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), *Économica*, Paris, 2004, p. 57, spéc. p. 64. L’auteur précise : « l’exigence d’altruisme contractuel interdit au maître du contrat de mépriser les intérêts de son partenaire au point de fragiliser sa situation économique, alors que l’activité contractuelle du réseau, au succès duquel celui-ci a contribué, lui permet de dégager des profits importants dont bénéficient ses actionnaires ».

⁷⁴³ V. plus généralement sur ce point, mais dans une analyse quelque peu nuancée par rapport à la notre, J. Ghestin, *La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables*, in *La relativité du contrat*, Assoc. H. Capitant, Nantes 1999, LGDJ, Paris, 2000, p. 223, spéc. pp. 245-249. V. égal. T. Revet, *L’éthique des contrats en droit interne*, op. cit., n° 7, p. 212 ; Ph. Le Tourneau, *Existe-t-il une morale des affaires*, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrétien, Paris, 1996, p. 7, spéc. n° 16 p. 15 : « cet objectif de respect du client est antinomique avec la recherche du plus grand profit possible, qui est une forme de matérialisme. Lorsque le profit devient le but suprême, il est un mal. Telle est la raison pour laquelle le libéralisme absolu est immoral, car il signifie le triomphe de l’argent et l’écrasement du faible ».

⁷⁴⁴ En effet pour le doyen Ripert « la liberté contractuelle n’est reconnue que parce que l’échange des produits et des services nous apparaît comme la plus juste et la plus facile organisation des rapports

Dans l'arrêt *Mazda* du 15 janvier 2002⁷⁴⁵, la solution intervenant pour limiter la liberté du concédant serait justifiable parce qu'il n'y a pas eu respect de la fonction sociale de la liberté.

Mais, même si « ne précisant pas le rôle joué par la considération de la gravité du préjudice dans le *déclenchement* de la responsabilité, l'arrêt (*Mazda*) laisse croire que, conformément aux canons classiques, tout préjudice consécutif à un défaut d'altruisme est réparable »⁷⁴⁶, nous soutenons que la solution devrait rester exceptionnelle, et être maintenue pour un seuil précis de préjudice. Très exceptionnellement, lorsque la survie économique du partenaire semble en dépendre, on voit l'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant atteindre une intensité particulière où il y a refus de l'exclusion économique, et où un raisonnement plus proche du sacrifice, dans une certaine mesure, de l'intérêt personnel peut entrer en jeu.

250. La bonne foi est la première des manifestations de la prise en compte, constituant une norme positive de comportement. Nous nous intéressons maintenant à une deuxième de ces manifestations qui a pu être fondée sur la bonne foi, mais qui garde une particularité suffisante justifiant de lui consacrer des développements indépendants : l'obligation d'information renforcée.

Section 2 : L'obligation d'information renforcée

251. L'obligation d'information – renforcée – comme la bonne foi, se présente comme une technique d'introduction d'une norme positive de comportement particulière : la prise en compte de l'intérêt du cocontractant (§1). Cette prise en compte relève-t-elle de la théorie pure de la notion, fondée sur le principe de fraternité ? C'est ce que nous déterminerons dans un deuxième temps (§2). Mais, il est important de démontrer avant tout, comme nous l'avons fait pour la bonne foi, mais plus succinctement, comment celle-ci s'est imposée comme moyen

sociaux. Si, dans certains cas, cette liberté aboutit à l'exploitation injuste des faibles par les forts, il faut la briser » (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1949, n° 59, spéc. p. 103).

⁷⁴⁵ V. *supra* n°s 224 s.

⁷⁴⁶ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ?*, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172 ; Juris-Data n° 2002-012712, D. 2002, p. 1974, n° 14.

d'introduction de valeurs morales dans la relation contractuelle (Paragraphe préliminaire).

Paragraphe préliminaire. Aperçu sur le développement de l'obligation d'information

252. En dehors de toute codification, une obligation d'information réussit à s'imposer dans les domaines contractuels les plus variés. Arrêtons-nous d'abord, sur le développement de la notion et son effet sur le principe de liberté (A), pour ensuite suivre la variation dans les fondements, et partant, de la conception de cette obligation (B).

A. Le développement de la notion au regard du principe de liberté

253. Développée particulièrement au cours du XXe siècle, l'introduction d'une obligation d'information⁷⁴⁷ du cocontractant marque le dépassement de la conception libérale et individualiste ayant caractérisé le droit contractuel jusqu'alors.

En effet, elle « a contre elle les meilleurs arguments de la doctrine libérale »⁷⁴⁸. Elle heurte d'abord la liberté contractuelle puisqu'elle s'impose aux parties en dehors de leur volonté, ensuite elle présente un risque quant à la sécurité juridique, et enfin elle met en danger l'autonomie des parties puisqu'elle « renforce l'assistanat et la dépendance »⁷⁴⁹.

L'introduction et le développement, qu'il soit légal⁷⁵⁰ ou jurisprudentiel⁷⁵¹ de

⁷⁴⁷ Sur laquelle V. J. Alisse, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse Paris II, 1975 ; C. Lucas de Leyssac, *L'obligation de renseignements dans les contrats in L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 305 ; J. Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente*, LGDJ 1983 ; V. Christianos, *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*, Story Scientia, 1987 ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 1992.

⁷⁴⁸ M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, RRJ 2004, n° 2, p. 723.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 723.

⁷⁵⁰ V. par ex., la consécration d'une obligation générale d'information par le Code de la consommation (L. 111-1 à L. 111-7 C. consom. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 est venu en effet procéder à la refonte des articles L. 111-1 et suivants du C. consom., et s'applique aux contrats conclus après le 13 juin 2014. V. sur ce point Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, spéc. n° 45), ainsi que par l'Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013, à l'article 37. V. sur ce dernier point, D. Mainguy, *Droit d'inventaire : La réforme du droit des contrats et des obligations en 2014 ?*, 17 juin 2014, accessible sur le Blog de Daniel Mainguy : « Autre innovation majeure celle de l'instauration d'un *devoir d'information général* ayant pour objet une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie ».

⁷⁵¹ V. par ex. CA Versailles, 1re ch., 10 janv. 1997, RTD civ. 1997, p. 930, obs. J. Mestre (Garagiste) ; D. 1997, inf. rap. p. 88 ; Cass. civ. 1^o, 3 juin 1998, Bull. civ. I, n° 198 ; JCP 1998, IV, n° 2684 (Vendeur professionnel) ; 25 févr. 1997, RTD civ. 1997, p. 924, obs. J. Mestre (Médecin) ; 29 avr. 1997, RTD civ. 1997, p. 925, obs. J. Mestre, *ibid.*, (Avocat) ; 15 déc. 1998, Bull. civ. I, n° 364 (Huissier de justice) ; 23 mars 1999, et CA Paris, 1re ch. A, 2 févr. 1999, RTD civ. 2000, p. 323 et

celle-ci, se présente donc comme un moyen idéal pour limiter les place et force du principe de liberté au profit d'une vivification du principe d'égalité d'une part, et d'une attention à la réalité concrète du partenaire contractuel⁷⁵² – notamment celui en situation d'infériorité – d'autre part.

Les termes recouvrant ce qui est génériquement désigné par obligation d'information sont très divers⁷⁵³. Outre l'information, le renseignement, la mise en garde, le conseil, il s'agit parfois « d'avertir, d'attirer l'attention, de détromper »⁷⁵⁴. Nous pouvons également évoquer la dissuasion qui est souvent mise en œuvre par le moyen d'une information.

En général le droit de la consommation aura un apport considérable au droit commun en la matière, puisque seront essentiellement visés par cette obligation, les contrats entre professionnels et consommateurs⁷⁵⁵.

Le développement de l'obligation d'information et des domaines qu'elle couvrira peu à peu, a été accompagné par une évolution du fondement de celle-ci.

B. L'évolution du fondement de la notion

254. Dans une première phase, comme nous l'avions évoqué, aucune sanction n'accompagnait le défaut d'information. En effet, une telle sanction était rattachée au dol et, la réticence n'était pas suffisante pour caractériser des tromperies⁷⁵⁶.

325, obs. J. Mestre et B. Fages (Notaire) ; Cass. civ. 3^e, 25 fév. 1998, Bull. civ. III, n° 44, D. affaires 1998, p. 487 (Architecte, entrepreneur) ; Cass Com., 24 juin 2008, Bull. civ IV, n° 127, D. 2008, p. 486, note M. Roussille, p. 2697, note D. Houtcieff, JCP G 2008, II, 10160, note Mathey, RDC 2009, p. 107, obs. S. Carval ; Cass Com. 4 oct. 1967, Bull. civ. III, n° 308 ; Cass Com. 18 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 188, D. 1993, inf. rap., p. 165, JCP G 1993, IV, 1781 (Banquier). Ce dernier a même un devoir de conseiller au client de ne pas contracter, R. Vabret, *Le devoir de ne pas contracter*, JCP G 2012, 1052 ; CA Paris 28 fév. 1994, D. 1994, p. 365, note Cl. Ducouloux-Favard (Société de bourse).

⁷⁵² Cette évolution a « substitué (...) à la responsabilisation de chaque contractant pour défendre ses propres intérêts, expressions de la philosophie individualiste postulant une égalité naturelle des parties, une obligation de parler, d'informer, de renseigner, révélatrice d'une conception où l'égalité recherchée est non plus postulée mais réelle » (C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, op. cit., n° 28). V égal. A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, n° 574, p. 372.

⁷⁵³ V. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 8, p. 7 et n° 464, p. 370.

⁷⁵⁴ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 8, p. 7.

⁷⁵⁵ V. la présentation des obligations spéciales d'information in F. Terré, P. SIMLER, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n° 261.

⁷⁵⁶ Au départ donc, « la jurisprudence a paru poser, sur ce point, un principe négatif. Qui ne parle pas ne trompe pas. La morale n'impose pas de donner des armes contre soi, en révélant à celui avec qui l'on traite les inconvénients qu'il peut y avoir pour lui à s'engager. Ici encore, c'est "à l'autre" de défendre ses intérêts » (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, Paris, 15^e éd., 2012, n° 213, spéc. p. 200).

Puis intervient une évolution des fondements de l'obligation d'information⁷⁵⁷, évolution importante à relever puisqu'elle révèle la conception derrière le devoir d'information.

Les fondements de l'obligation de renseignement oscillent en effet entre la réticence dolosive, la responsabilité civile et un troisième fondement : la bonne foi⁷⁵⁸.

Ceci révèle en même temps que la théorie des vices du consentement ou le rattachement de l'obligation d'information au dol⁷⁵⁹ ne suffit plus à rendre compte de toutes les facettes de l'obligation, puisque cette dernière ne sera plus exclusivement imposée pour son incidence sur le consentement des parties.

Pour certains il ne fait aucun doute que le devoir de coopération est le fondement « suffisant »⁷⁶⁰ du devoir d'information, même s'il est affirmé en même temps que « [l]'apparition en droit positif de cette obligation et son développement sont (...) antérieurs à ceux du devoir de coopération »⁷⁶¹.

Effectivement, l'obligation d'information affectant le consentement des parties, même si elle peut en découler, demeure indépendante du devoir de contracter de bonne foi. Ces deux notions ne sont pas interchangeables. C'est ce qui ressort clairement du fait que, parfois, la solution est justifiée par la seule obligation de contracter de bonne foi, sans le passage par une obligation d'information⁷⁶².

Toujours est-il que le rattachement de l'obligation d'information aux fondements de loyauté ou de bonne foi traduit l'évolution dans sa conception. Celle-ci devient un outil de moralisation parce que ce n'est plus l'effet du défaut d'information sur la qualité du consentement qui est stigmatisé mais l'exigence morale d'être transparent⁷⁶³. Nous nous y intéresserons plus en détails dans ce qui suit.

⁷⁵⁷ Sur laquelle, Ph Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, spéc. n°s 42 s.

⁷⁵⁸ Pour ce dernier fondement, V. H. Roland et L. Boyer, *Obligations, Contrat*, Litec, Paris, 1995, n° 292 ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, n° 22 ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 47, p. 38 ; et J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ. 1994, p. 239.

⁷⁵⁹ Sur les rapports ambigus entre obligation d'information et réticence dolosive, V. S. Le Gac-Pech, *comm. sous Cass. com.*, 7 juin 2011, n° 10-13.622, Juris-Data n° 2011-010920, JCP E 2011, 1915.

⁷⁶⁰ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, n° 574, p. 372.

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² V. entre autres, Com. 12 mai 2004, n° 00-15.618, D. 2004, AJ, p. 1599, obs. A. Lienhard. V. aussi Cass. civ. 1^e, 15 mars 2005, *Société Affiche européenne holding*, RTD civ. 2005, p. 381, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2005, p. 1462, note A. Cathiard.

⁷⁶³ D'ailleurs, le passage du rattachement de l'obligation d'information au dol (V. Cass. Civ 3^e, 3 fév. 1981, Dalloz Sirey 1984, jurisprudence, pp. 457 s.), à la sanction plus générale de toute déloyauté, fondée sur la bonne foi (V. Cass. civ. 1^e, 10 mai 1989, Gaz. Pal. 1989, 2, panor. Cass., p. 112 qui

§1. L'obligation d'information renforcée, introduction de cette norme positive de comportement

255. Ce qui nous intéresse donc est une certaine modalité d'obligation d'information, celle intervenant dans l'intérêt du cocontractant, prenant en compte sa situation concrète, celle axée sur les valeurs relationnelles.

Comment identifier une telle obligation ? Et selon quelles modalités introduit-elle cette exigence de prise en compte ?

Intéressons-nous d'abord au critère d'identification de l'obligation d'information renforcée, manifestation de la prise en compte (A), et ensuite aux différentes modalités de cette prise en compte (B).

A. Critère d'identification de l'obligation d'information, manifestation de la prise en compte

256. Comment identifier l'obligation d'information mettant en avant la prise en compte de l'intérêt du cocontractant ?

Madame Fabre-Magnan opère dans sa thèse une distinction des obligations d'information, selon un critère fonctionnel, entre celles ayant une incidence sur le consentement des parties et celles ayant une incidence sur l'exécution du contrat⁷⁶⁴.

Nous croyons qu'il existe un troisième genre d'obligation d'information, à savoir celle ayant une incidence sur la situation de l'autre partie au contrat⁷⁶⁵, différente de celle intervenant pour permettre la pleine efficacité et utilité du contrat⁷⁶⁶.

adopte un double fondement de la sanction de la réticence dolosive, le dol et la bonne foi, puis Cass. civ. 1^o, 16 mai 1995, JCP. éd. G. 1996, n°22736 qui ne fait référence qu'à la bonne foi), traduit un plus grand laxisme dans l'application de la sanction et révèle donc un renforcement des exigences morales. D'ailleurs la jurisprudence semble se passer de la preuve de l'intention de tromper. Aussi, assistons-nous progressivement au détachement de l'obligation précontractuelle d'information du dol pour la rattacher exclusivement à la bonne foi, bonne foi définie comme l'exigence d'une certaine norme de comportement.

⁷⁶⁴ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 452, p. 356 : « L'obligation d'information a une incidence sur le consentement d'un contractant dès lors que, si le créancier avait connu cette information, il n'aurait pas pris la même décision (...). En revanche, elle a une incidence sur l'exécution du contrat dès lors que, si le créancier avait connu cette information, il aurait manifesté le même consentement mais aurait reçu une exécution satisfaisante du contrat ».

⁷⁶⁵ V. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 438, p. 344 : « la morale et la bonne foi exigent du débiteur qu'il mette tout en œuvre pour permettre à son créancier la parfaite jouissance de sa prestation ». Ceci rejoint l'obligation de faciliter l'exécution de ses obligations pour son débiteur, et ceci passe souvent par le moyen de la mise en œuvre d'une obligation d'information.

⁷⁶⁶ Il paraît important, ici, de faire la nuance entre l'utilité contractuelle comme objectif contractuel, et qui intervient beaucoup plus dans une approche économique du contrat, et la recherche de l'utilité

257. Cette distinction fonctionnelle correspond-t-elle à celle chronologique entre obligation d'information précontractuelle et contractuelle, ce qui nous faciliterait la tâche quant à l'identification de l'obligation d'information renforcée nous intéressant ?

En effet, la différence d'intensité de l'exigence morale peut grossièrement être rattachée aux différentes étapes de la vie du contrat. Si l'information au service de la moralité individuelle, du devoir de loyauté ou d'honnêteté, sera le plus souvent – mais non exclusivement – traduite par l'obligation d'information précontractuelle, l'exigence morale plus intense introduisant la prise en compte de l'intérêt du cocontractant interviendra le plus souvent par l'obligation d'information contractuelle, en phase d'exécution du contrat.

Pourtant cette distinction fonctionnelle ne correspond pas toujours à celle chronologique. Si l'obligation précontractuelle d'information correspond *a priori* à une obligation ayant une incidence sur le consentement des parties, cela n'est pas toujours le cas. Nous pouvons imaginer en phase précontractuelle un défaut d'information, n'étant pas déterminant pour le consentement d'une partie, mais dénotant une malhonnêteté ou – et c'est cela qui nous intéresse particulièrement – un défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. D'ailleurs, la référence à la situation du cocontractant englobe toutes les phases de la vie du contrat, la phase des négociations, celle de l'exécution du contrat, et même la fin du contrat.

Si la correspondance entre critères fonctionnel et chronologique n'est pas toujours exacte, toujours est-il qu'elle traduit bien la différence de la place assignée au principe de liberté contractuelle. Si en phase précontractuelle la liberté demeure le principe et sera appelée à jouer un rôle plus important, ce qui affecte certes la vision portée sur la moralité à ce stade, en phase contractuelle l'évolution des exigences morales traduit la réduction de la place accordée au principe de liberté au profit d'autres valeurs, à la lumière de la relation contractuelle.

258. Sur la base de ce que nous avons exposé plus haut, nous pensons qu'il faut d'abord écarter les obligations d'information ayant une incidence sur le

et de l'efficacité du contrat *pour le cocontractant*, préoccupation plus morale qu'économique, qui

consentement des parties et celles sanctionnées pour défaut de moralité individuelle (1). Nous pourrions ainsi identifier les obligations d'information mettant en œuvre une dynamique de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, désignées par « obligations d'information renforcées » (2).

1. Fonctions à écarter

259. C'est l'évolution du fondement de la notion qui révèle l'évolution de la vision de cet technique contractuelle. L'abandon du fondement des vices du consentement, et le rattachement à la loyauté ou à la bonne foi traduit une évolution importante dans la conception de l'obligation d'information : d'un outil au service de l'assainissement du consentement, celui devient outil de moralisation du contrat. L'attention n'est plus axée sur la qualité du consentement mais sur la qualité du comportement. Ceci traduit en même temps le recul du dogme de l'autonomie de la volonté et de l'importance assignée au principe de liberté, puisque ce n'est plus l'effet sur la qualité du consentement qui est stigmatisé, mais une exigence morale qui est mise en avant. Mais de quelle exigence morale s'agit-il ? D'être transparent ? D'aider autrui ?

Deux fonctions de l'obligation d'information sont à écarter pour nous permettre d'identifier celle introduisant la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, à savoir l'assainissement du consentement (a), et le manquement à la moralité individuelle (b).

a. L'assainissement du consentement

260. Un premier type d'obligation d'information est à distinguer de celle nous intéressant. Il s'agit de l'obligation agissant sur la qualité du consentement, et qui vient permettre au contractant en situation d'infériorité dans l'information de renforcer sa situation, et d'être en mesure d'émettre un consentement plus éclairé⁷⁶⁷.

Même si au premier abord, le fait d'obliger une partie à informer l'autre constitue une atteinte à l'affirmation chère à la doctrine individualiste et libérale du contractant, meilleur défenseur de ses propres intérêts⁷⁶⁸, sauf que cette atteinte est

entre dans le champ de l'obligation d'information nous intéressant.

⁷⁶⁷ Sur laquelle S. Le Gac-Pech, comm. sous Cass. com., 7 févr. 2012, n° 11-10.487, Juris-Data n° 2012-001705, JCP E 2012, 1263.

⁷⁶⁸ Sur l'obligation de se renseigner qui va dans le même sens, V. P. Jourdain, *Le devoir de "se" renseigner*, D. 1983, chron. p. 139, spéc. p. 144 : « chacun doit veiller à la conservation de ses

justifiée par un autre objectif tout aussi individualiste et allant dans le sens de la théorie de l'autonomie de volonté, à savoir celui du renforcement de la qualité du consentement⁷⁶⁹. Cette première forme d'obligation d'information agit donc dans le sens du renforcement du principe de liberté contractuelle et de l'autonomie de volonté⁷⁷⁰.

Cette forme d'obligation d'information transparaît surtout dans la facilité avec laquelle la réticence dolosive est retenue, traduisant moins la sanction d'une tromperie que le renforcement du consentement de la partie en situation d'infériorité. Le « laxisme dans l'appréciation de la réticence dolosive s'explique, sans aucun doute par le déséquilibre devant l'information qui caractérise la relation précontractuelle, et que l'obligation d'information est justement appelée à corriger. Il traduit donc le souci de protéger le consentement de la partie faible dans une relation déséquilibrée »⁷⁷¹.

En droit de la consommation, nous retrouvons aussi cette première forme d'obligation d'information. Dans la phase précontractuelle, elle s'inscrit « dans le cadre du principe de l'autonomie de la volonté. Certes, le droit de la consommation fournit aux consommateurs, pour les éclairer, des moyens qu'ignore le droit civil.

propres intérêts et se renseigner par soi-même avant de pouvoir exiger des autres qu'ils nous instruisent, s'imposer au contraire plus que jamais face au développement des obligations de renseignements. Elle en constitue un frein salutaire permettant d'en éviter les excès et d'écarter les risques toujours possibles d'inflation ».

⁷⁶⁹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, n° 1239, p. 781 : « La liberté ne se conçoit cependant pas sans loyauté. Il s'agit de rétablir l'idée selon laquelle chacun est mieux à même d'exprimer ses intérêts sans pour autant en être le seul juge ».

⁷⁷⁰ Dans ce sens, D. Mazeaud, *Rapport de synthèse in Colloque La Franchise : questions sensibles*, Rev. Lamy dr. aff. 2012, n° HS, p. 56, spéc. n° 9 : « Dans la vision libérale, l'obligation précontractuelle d'information qui pèse désormais sur le franchiseur n'a pas d'autre objectif que d'assurer la liberté du franchisé en instillant, à titre préventif, une forte dose de lucidité dans son consentement » ; et S. Pimont, note sous Cass. civ. 1^e, 28 oct. 2010, n° 09-16913, RDC 2011, p. 531 : « On peut penser qu'un tel rapport juridique précontractuel dérive de l'ordre (spontané) du marché, qu'il formalise les attentes des agents économiques (consommateurs/entreprises). L'obligation de conseil protégerait et raffermirait la liberté contractuelle (plutôt que le contrat), c'est-à-dire (aussi) celle de ne pas contracter ».

⁷⁷¹ M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, op. cit., spéc. p. 740. Dans le même sens, R. Libchaber, obs. sous Cass. civ. 1^e, 13 mai 2003, Bull. civ. n° 114, p. 89, Defrénois 2003, art. 37845, p. 1568 : « la cause de la nullité [réside] dans l'état d'esprit du trompé, plutôt que dans une obligation civile, positive, de son cocontractant - qui n'est d'ailleurs révélée que par le dol. Dans la ligne du Code civil, les manœuvres pratiquées ne vicient pas le consentement parce qu'elles sont interdites en elles-mêmes, mais parce qu'elles ont débouché sur un contrat inopportun. De même, la réticence ne doit pas vicier le consentement au nom de la violation d'une obligation d'informer sous-jacente, mais parce que le silence a favorisé une erreur (...) ».

Mais c'est bien la volonté du consommateur qui demeure la base des obligations assumées par lui »⁷⁷².

Dans le commerce international, parmi les devoirs de la période précontractuelle, « chaque partie doit informer et renseigner l'autre de telle sorte qu'elle s'engage en connaissance de cause »⁷⁷³.

En définitive, informer peut avoir dans un premier temps pour fonction de préserver la qualité du consentement, et assurer donc une plus forte résonance au principe de liberté contractuelle⁷⁷⁴. Cette forme d'obligation d'information n'est pas une manifestation de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Mais justement, qu'en est-il lorsque l'information n'intervient pas pour éclairer le consentement ?

b. La sanction de la moralité individuelle

261. Une autre forme d'obligation d'information est aussi à écarter, ne constituant pas une manifestation de la prise en compte, même si elle traduit le passage de la sanction d'un vice du consentement à la sanction d'un défaut de moralité, cette moralité étant individuelle.

Madame Fabre-Magnan relève clairement la différence de degrés qu'il peut y avoir entre les exigences morales en général, différence qui s'applique aussi au cas particulier de l'obligation d'information dans son analyse morale. En effet, elle relève qu'au-delà de l'antagonisme des intérêts souvent présent entre les parties à un contrat, la morale leur impose une certaine qualité de comportement. Elle se demande, à juste titre, de quelle qualité il s'agit. « Cette morale oblige-t-elle à ne pas nuire gratuitement à autrui ? À ne pas nuire à autrui même pour son propre intérêt ? À aider autrui si cela ne compromet pas ses propres intérêts ? Ou enfin à aider autrui même contre son propre intérêt ? »⁷⁷⁵

⁷⁷² J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, op. cit.

⁷⁷³ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, RDAI 1999, p. 737, spéc. p. 742. L'auteur précise que celui-ci « accorde une grande importance au devoir d'informer l'autre partie de tous les faits susceptibles de déterminer ou d'éclairer son consentement » (*Ibid*).

⁷⁷⁴ V. dans ce sens, J. Cedras, *Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport 2003, p. 215 ; « L'obligation de renseignement dans la formation de certains contrats sert à éclairer la volonté du plus faible, à prévenir ses possibles erreurs, dans une optique raisonnable de liberté contractuelle ». Et pour une formulation claire de cet objectif V. D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 20 octobre 2009, n° 08-20274, RDC 2010, p. 30 : « la raison d'être des devoirs d'information et de conseil est de densifier le consentement de leur créancier, afin qu'ils ne s'engagent dans les liens du contrat qu'en parfaite connaissance de cause ».

⁷⁷⁵ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 32, p. 25. Nous revenons ici à la question essentielle des rapports entre morale et droit. Le droit doit-il systématiquement imposer tout ce que la morale impose ou bien une limite existe-t-elle ? Et ensuite

En effet, depuis plus d'une trentaine d'années, le lien est établi en jurisprudence entre la réticence dolosive et la bonne foi. « Le fondement de la réticence dolosive tend ainsi à se modifier : elle n'opère plus guère en raison de l'altération du consentement d'un contractant, surpris par un silence, mais davantage parce qu'une déloyauté est intervenue dans le processus de formation du contrat »⁷⁷⁶. Il y a là objectivisation de la cause de nullité : c'est le comportement du contractant qui est visé et non l'effet sur la croyance du partenaire. C'est un manquement à la moralité qui est stigmatisé et non l'erreur.

Un exemple d'une décision de la chambre commerciale du 20 septembre 2005⁷⁷⁷ en témoigne, où une banque disposant d'une information particulièrement importante révélant que l'exploitation future du client cautionné était vouée à l'échec, engage sa responsabilité en ne s'assurant pas que les cautions détenaient la même information.

À quel titre le comportement de la banque est-il sanctionné ?

D'abord c'est la bonne foi qui constitue le fondement de la solution, et non la théorie des vices du consentement. C'est donc une certaine moralité qui est sanctionnée⁷⁷⁸. Mais laquelle ? La banque est-elle sanctionnée pour ne pas avoir tenu compte des intérêts de la caution ? La réponse doit être négative.

L'opinion du doyen Ripert nous aide à déterminer la réponse : « dans la plupart des contrats, il y a opposition d'intérêts entre les contractants. Chacun est le gardien de ses propres intérêts et doit, par conséquent, se renseigner lui-même. Il n'y a donc rien de coupable à ne pas donner à l'autre partie des indications qu'elle aurait pu se procurer elle-même. Mais la solution change (...) si l'une des parties a

comment cette limite peut-elle être tracée ? Madame Fabre-Magnan relève l'opinion de Saint Thomas d'Aquin qui affirme que « [la] loi ne peut donc réprimer tout ce qui est contraire à la vertu, elle se contente de réprimer ce qui tendrait à détruire la vie en commun » (Saint Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, Les éditions du Cerf, Paris, 1985, question 77, p. 485, cité in M. Fabre-Magnan, *eod. loc.*, n° 48, p. 39).

⁷⁷⁶ R. Libchaber, obs. sous Cass. civ. 1^e, 13 mai 2003, Bull. civ. n° 114, p. 89, *op. cit.*

⁷⁷⁷ Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732.

⁷⁷⁸ *Contra*, L. Aynès, *Chroniques de droit des contrats, Juin-novembre 2005 : vers une consolidation de tendances antérieures*, Dr. et patr. janv. 2006, p. 86 : « Nul moralisme ou appel à la générosité dans tout cela. Il n'est pas reproché à la banque d'avoir garanti ses intérêts ou de l'avoir fait excessivement. Mais de ne pas avoir, dans des circonstances exceptionnelles, mis son cocontractant en mesure de s'engager en connaissance de cause ».

l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre (...) et devait, par devoir d'honnêteté, révéler ce fait »⁷⁷⁹.

Ici les valeurs morales servies sont la sincérité, la transparence⁷⁸⁰ et l'honnêteté⁷⁸¹. C'est, ici aussi, une morale individuelle qui est sanctionnée. Le contractant a été malhonnête et de mauvaise foi. Il a profité de l'inégalité dans l'information. Cette moralité reste pourtant une moralité individuelle, qui apprécie le comportement en soi sans regard porté sur son effet sur la situation du cocontractant.

Nous retrouvons ainsi, au niveau de l'obligation d'information dans son versant moral, la dualité d'exigences de comportement introduites par le devoir de bonne foi en général, à savoir la moralité individuelle d'une part, et ensuite celle relationnelle, s'adressant au comportement et à la position à avoir par rapport à l'autre partie.

Quels sont donc les critères à retenir permettant d'identifier les obligations d'information renforcées mettant en œuvre une dynamique de prise en compte de l'intérêt du cocontractant ?

2. Fonctions de l'obligation d'information support de la prise en compte : vivification de l'égalité et collaboration

262. Une forme différente d'obligation d'information est à distinguer des deux premières, et est celle nous intéressant. En effet, l'obligation d'information peut être sanctionnée parce qu'est exigée la prise en compte de la situation particulière, et de l'intérêt du cocontractant.

C'est une obligation d'information renforcée qui entre en jeu dans ce cas. Ce qui est déterminant c'est que la fonction de l'obligation d'information ici, n'est pas l'assainissement du consentement, ni la volonté de sanctionner une morale

⁷⁷⁹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1949, n° 48, spéc. p. 89.

⁷⁸⁰ D. Mazeaud, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001 p. 637, spéc. p. 642 : l'obligation précontractuelle d'information est « une exigence de transparence qui oblige chacun des négociateurs à informer l'autre de tous les éléments propres à l'éclairer dans sa prise de décision ».

⁷⁸¹ En ce sens, Encyclique *Popolurum progressio*, n° 59, Paul VI, 26 mars 1967, in *Les trois encycliques sociales*, texte présenté et annoté par Robert de Montvalon, Le Seuil, 1967, pp. 375-376 : « Le faux est ce qui n'est pas réel, n'existe pas. Or, les relations sociales sont faites d'échanges, chacun donne pour recevoir. Et la justice qui a pour règle l'égalité des prestations (justice commutative) suppose que ces prestations existent ou correspondent à la réalité...La vérité est donc une exigence fondamentale de la vie en société ».

individuelle, mais celle de « valeurs relationnelles »⁷⁸², d'une « obligation positive d'aider autrui »⁷⁸³.

Cette transformation dans les exigences morales introduites, traduit une mutation qualitative du regard porté au contrat, et aux rapports devant y exister. M. El Gharbi affirme ainsi qu'aux côtés des « devoirs classiques de bonne conduite, d'autres exigences morales “tels la coopération, l'entraide, la minimisation du dommage subi” ont fait leur apparition. Et cette vision contractuelle ne désigne pas seulement une extension quantitative des devoirs moraux, mais une transformation qualitative de ceux-ci. C'est d'une nouvelle moralité contractuelle qu'il s'agit »⁷⁸⁴. Ceci le porte à conclure que « [manifestement], l'obligation d'information occupe une place privilégiée dans ce mouvement de moralisation du droit des contrats si l'on entend par là le processus par lequel le droit à travers la loi et le juge reprend à son compte des valeurs relationnelles en leur donnant un contenu et une force juridique »⁷⁸⁵.

263. Nous reconnâtrons donc l'obligation d'information support de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, à chaque fois qu'elle est au service de la vivification de l'égalité réelle du partenaire, ou qu'elle intervient au service de la dynamique de collaboration.

264. D'abord, dans « la logique de l'exigence d'une information obligatoire c'est le principe d'égalité de fait par le droit qui est affirmé »⁷⁸⁶. En effet, dans la théorie libérale, où chaque contractant est conçu comme le meilleur défenseur de ses intérêts, et où l'affirmation de principe de l'égalité des contractants suffit, il devrait

⁷⁸² M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, op. cit., spéc. p. 744, mais celui-ci qualifie la loyauté ainsi que la coopération de valeurs relationnelles. Nous pensons, contrairement à cet auteur, que seule la valeur de coopération est relationnelle, celle de loyauté relevant plus d'une morale individuelle.

⁷⁸³ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 52, p. 42. L'auteur relève clairement cette différence en affirmant que « [si] moralement, il a toujours paru évident qu'il ne fallait pas essayer de tromper autrui, il est plus nouveau d'imposer une obligation positive d'aider autrui. Pourtant, le droit semble aujourd'hui prendre en considération ces deux idées : comme la morale, il est passé d'une exigence de loyauté entre les parties à une volonté d'aider et de protéger la partie la plus faible, impliquant un devoir positif d'informer celui qui ne peut pas s'informer » (*eod. loc.* n° 50, p. 40).

⁷⁸⁴ M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, op. cit., spéc. p. 730.

⁷⁸⁵ M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats* op. cit., spéc. p. 744.

revenir à chaque contractant le soin de s'informer⁷⁸⁷ de la meilleure façon sur l'affaire qu'il compte conclure, ou après sa conclusion, sur tout élément pouvant affecter son exécution.

Cependant, nous voyons introduite, par la loi ou la jurisprudence, une obligation pesant sur un contractant d'informer son partenaire – et non plus exclusivement pour que le consentement de ce dernier soit sain. La construction légale et jurisprudentielle de l'obligation d'information répond bien à sa principale finalité, la recherche d'une égalité des contractants. Ceux-ci sont égaux « devant la loi contractuelle, en formation ou déjà existante, dans la connaissance et la maîtrise de l'information »⁷⁸⁸. Cette forme d'obligation d'information sert à corriger les inégalités de fait entre contractants et à réduire donc les situations d'exploitation d'un contractant par un autre, allant même jusqu'à introduire une attention particulière à la situation concrète du partenaire.

L'égalité formelle n'est donc plus suffisante, il faut un effectif et égal accès à l'information et donc à la connaissance. Et c'est le cocontractant qui est en quelque sorte responsable d'assurer cette égalité effective dans l'information à son partenaire. L'obligation d'information va donc, d'abord, servir à gommer les « inégalités des conditions économiques ou techniques »⁷⁸⁹.

Cette obligation d'information renforcée transparaît dans le fait que, « [d]'une façon générale, le professionnel est tenu de renseigner avec exactitude le non-initié, non seulement dans les cas expressément prévus par la loi, mais d'une façon plus générale, toutes les fois que cela sera utile à son créancier »⁷⁹⁰.

Par ailleurs, et nous le verrons, ce sont particulièrement les relations du banquier à son client ainsi que les contrats informatiques⁷⁹¹ qui constituent le lieu propice à une situation inégalitaire technique de départ, corrigée par la prise en compte de l'intérêt du cocontractant au moyen d'une obligation d'information renforcée.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ V. en ce sens P. Jourdain, *Le devoir de "se" renseigner, op. cit.*

⁷⁸⁸ C. Willmann, note sous Cass soc., 15 déc. 1999, n° 98-41549, D. 2001, p. 507.

⁷⁸⁹ J. Mestre, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, RTD civ. 1986, p. 100.

⁷⁹⁰ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G 1988, I, 3318, n° 18.

⁷⁹¹ Par exemple Cass. com., 8 juin 1979, Bull. civ. IV, n° 186, et CA Paris, 26 juin 1998, Juris-data, n° 024441.

Il est important de relever qu'il y a, dans cette obligation d'information introduite au service de l'intérêt du cocontractant, dépassement de ce seul « souci contemporain d'équilibre contractuel, justifiant une intervention unilatérale de rééquilibrage au profit de la partie considérée en situation d'infériorité »⁷⁹². On n'est plus dans la seule correction que la justice apporte aux inégalités au profit de la partie faible, mais dans une qualité de comportement exigée des deux parties dans ce sens.

265. D'un autre côté, l'obligation d'information renforcée permet de dépasser les simples exigences de morale individuelle, pour inciter à adopter un acte positif, celui de révéler une information au service de l'intérêt du cocontractant. Elle apparaît dans ce cas comme l'un des corollaires du devoir de coopération⁷⁹³ tel que nous l'avons défini dans le chapitre précédent⁷⁹⁴, et pèse le plus souvent sur le cocontractant le plus puissant.

La « jurisprudence a mis à la charge du créancier une obligation d'information lui permettant d'exécuter utilement ses obligations »⁷⁹⁵. C'est un écho à l'affirmation de Demogue qu'« une des conséquences de la 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 »⁷⁹⁶. Cette obligation d'information relative à l'exécution du contrat est distincte de l'obligation précontractuelle d'information et elle est parfois exigée par les textes⁷⁹⁷, mais elle est le plus souvent dégagée par la jurisprudence.

Même si cette obligation d'information dépend de la nature du contrat et de la qualité des parties contractantes, le constat actuel est que celle-ci est appelée à jouer

⁷⁹² J. Mestre, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, *op. cit.*

⁷⁹³ V. en ce sens, A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, n° 511, p. 320 : « l'information ne se limite pas aux simples renseignements. Elle peut avoir également pour objet un conseil ou une mise en garde. Ces degrés supérieurs d'information dépassent alors le cadre du comportement honnête et loyal. Un contractant peut être honnête tout en ne conseillant pas son cocontractant ou en ne le mettant pas en garde. En fait, ces degrés d'information supposent la plupart du temps un dialogue entre les parties. Ils constituent en quelque sorte un renseignement personnalisé qui ne peut être transmis que si les deux parties connaissent leur situation respective - économique, professionnelle, intellectuelle... Ils correspondent donc d'avantage à un esprit de coopération ».

⁷⁹⁴ À savoir un effort entrepris respectivement par chacune des parties, au service de chacun des intérêts en jeu dans le contrat.

⁷⁹⁵ Y. Picod, *La clause résolutoire et la règle morale*, JCP G 1990, I, 101224, spéc. n° 6.

⁷⁹⁶ R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations*, t. 6, éd. A. Rousseau, Paris, 1931, n° 29.

⁷⁹⁷ Sur des exemples d'obligations légales d'information relatives à l'exécution du contrat, dans le Code des assurances ou les lois régissant les rapports locataire-bailleur, V. F. Terré, P. Simler et Y.

plus généralement « chaque fois qu'existe un déséquilibre des connaissances entre les contractants, c'est-à-dire *lorsque l'une des parties ignore légitimement des informations qui lui étaient utiles et que l'autre partie connaissait ou se devait de connaître* »⁷⁹⁸. Ceci confirme que si la coopération trouve sa place plus naturellement dans certains contrats, elle tend à devenir une exigence généralisée, par le jeu de la jurisprudence, à tout contrat. Elle correspond donc, de plus en plus, à une vision nouvelle du contrat, espace d'entraide et de collaboration – telle que nous la définissons – pour la réalisation de chacun des intérêts des cocontractants, et des rapports contractuels devant consacrer un minimum de moralité relationnelle. L'obligation d'information dans l'exécution du contrat est encadrée donc par la nature du contrat, la qualité des parties, mais elle se présente plus généralement comme un instrument de moralisation de tout rapport contractuel.

Par exemple, et nous l'avons évoqué⁷⁹⁹, une société chargée par une copropriété d'exploiter son installation de chauffage ne l'informe qu'un an et demi plus tard de l'application d'un tarif plus avantageux par Gaz de France. La Cour de cassation juge que : le « débiteur, qui est tenu d'exécuter ses obligations en satisfaisant au mieux les intérêts de ses créanciers, engage sa responsabilité s'il manque à son devoir d'information et de conseil »⁸⁰⁰.

Cette obligation d'information intervient en phase d'exécution du contrat et, sous sa facette-ci, semble déclinée du devoir de coopération : ici l'objectif de l'obligation d'information n'est clairement pas l'assainissement du consentement de l'autre partie, mais traduit la prise en compte de ses intérêts. En effet, « [au] lieu de faire en sorte que son cocontractant optimise l'intérêt que présentait pour lui l'exécution du contrat, ce qui supposait qu'elle l'informe avec célérité de tout événement susceptible d'améliorer sa situation contractuelle, la société avait attendu plus d'un an et demi pour lui délivrer une information de la plus haute importance »⁸⁰¹, et elle est sanctionnée pour ceci.

Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 441, spéc. p. 493.

⁷⁹⁸ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil (sous la dir. de G. Ghestin). Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 2013, n° 512, spéc. p. 579.

⁷⁹⁹ V. *supra* n° 211.

⁸⁰⁰ D. Mazeaud, obs. sous Cass. civ. 1^e, 11 juin 1996, Defrénois 1996, p. 1007.

⁸⁰¹ *Ibid.*

Nous pouvons aussi la dégager en phase précontractuelle dans « l'obligation faite aux professionnels de révéler à leur éventuel cocontractant l'inopportunité même de l'accord qu'il envisageait de conclure »⁸⁰². Cet exemple est topique puisqu'il concerne une obligation d'information précontractuelle, mais qu'il est clair que dans ce cas, ni l'assainissement du consentement du partenaire, ni la morale individuelle de l'honnêteté et de la transparence ne suffisent à justifier une obligation d'information allant aussi loin. Il y a introduction par cette forme d'obligation d'une attention à la situation concrète du cocontractant. Le contractant ne peut plus demeurer étranger à l'intérêt contractuel de son partenaire, et à sa meilleure réalisation.

Arrêtons-nous maintenant aux différentes modalités de prise en compte de l'intérêt du cocontractant introduites par l'obligation d'information.

B. Obligation d'information et modalités de la prise en compte

266. L'obligation d'information renforcée introduit la prise en compte par des modalités différentes. Parfois c'est une obligation de renseignement c'est-à-dire de délivrer, de façon neutre et brute, les informations permettant une plus grande satisfaction de l'intérêt du cocontractant lors de la conclusion ou exécution du contrat. D'autres fois c'est une obligation de mise en garde en attirant son attention sur les risques, sur l'aspect négatif ou les précautions accompagnant ou devant accompagner l'adoption d'un certain comportement. Enfin ce peut être une obligation de conseil lorsqu'il est demandé de se prononcer sur l'opportunité d'adopter un certain comportement, d'orienter positivement la décision du cocontractant, ou même l'inciter à ne pas conclure.

La distinction entre ces différentes modalités ou degrés, n'est pas toujours évidente en pratique. Elle va largement dépendre des circonstances. Le degré de prise en compte pourrait servir comme l'un des facteurs de distinction.

Arrêtons-nous sur chacune de ces modalités : l'obligation de renseignement (1), celle de mise en garde (2), et enfin celle de conseil (3).

1. L'obligation de renseignement

⁸⁰² J. Mestre, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, op. cit.

267. L'obligation de renseignement équivaut en définitive à la simple obligation d'information. « Il s'agit, dans les deux cas, de communiquer à autrui un élément objectif, à l'état brut »⁸⁰³.

Cette modalité est la plus neutre en soi, c'est-à-dire que la prise en compte n'y est pas visible directement, puisqu'elle se matérialise exactement comme une obligation d'information simple : il suffit de délivrer l'information pour exécuter l'obligation.

Elles diffèrent donc par l'objectif, ou la valeur qui les sous-tend. Justement, c'est dans le cas de l'information pure et simple, que les critères de détermination de l'obligation d'information renforcée seront le plus utiles, puisqu'ils permettront, en définitive, d'établir quand cette obligation d'information n'agit pas sur le consentement du contractant, ou pour introduire seulement une certaine morale individuelle au sein du contrat.

Nous contestons donc la réduction de l'information au sens strict, à la fonction de permettre au cocontractant de s'engager en connaissance de cause⁸⁰⁴.

268. Les circonstances de délivrance de cette information brute seront déterminantes pour y découvrir une obligation d'information renforcée, manifestant un certain degré de la prise en compte.

En effet, le moment de délivrance de cette information simple est un premier élément indicateur. Une information même brute, intervenant au moment de l'exécution du contrat, permettra souvent au cocontractant d'en profiter pour retirer une plus grande satisfaction de son intérêt contractuel.

Ensuite, ce peut-être l'objet même de l'information qui indique une prise en compte de l'intérêt du cocontractant. En effet, même une information simple, sans particulière mise en garde ni conseil sur l'attitude à adopter, mais concernant par exemple la possibilité d'obtenir un prix plus avantageux, comme dans l'espèce jugée le 11 juin 1996⁸⁰⁵ exposé plus haut⁸⁰⁶, ou une voie plus efficace pour la satisfaction de

⁸⁰³ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 9, p. 8. Cette obligation ne renferme « aucune impulsion à agir » (G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil (sous la dir. de G. Ghestin). Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 502, spéc. p. 557).

⁸⁰⁴ V. par ex. J. Ghestin, *Traité de droit civil. Le contrat : formation. 2. Les obligations*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1988, n° 593.

⁸⁰⁵ Cass. civ. 1^e, 11 juin 1996, Bull. civ, I, n° 245, p. 173 ; Defrénois 1996, n° 17, p. 1007, obs. D. Mazeaud.

⁸⁰⁶ V. *supra* n° 211.

l'intérêt recherché⁸⁰⁷, constitue une information renforcée tenant compte de l'intérêt du cocontractant.

269. Une affaire très intéressante a même introduit l'obligation d'information pour la sauvegarde de l'intérêt du cocontractant au niveau européen. Il s'agit de l'arrêt *Zolotas contre Grèce* de la Cour européenne des droits de l'Homme, rendu le 29 janvier 2013⁸⁰⁸, où un État est condamné, sur la base de l'article 1^{er} du Protocole n° 1⁸⁰⁹, protégeant contre les atteintes aux biens et au droit de propriété. Les faits méritent d'être exposés. Le requérant, M. Zolotas se voit perdre devant les juridictions civiles, par le jeu de la prescription, toute prétention sur un compte bancaire qu'il avait ouvert, mais sur lequel il n'établit aucune opération pendant plus de vingt ans. La Cour européenne, et pour estimer qu'il y a effectivement eu violation de l'article 1^{er} du Protocole, affirmera que « [le] titulaire d'un compte peut alors de bonne foi s'attendre à ce que son dépôt auprès de la banque soit en sécurité, surtout lorsqu'il remarque que des intérêts sont portés sur son compte. Il est légitime qu'il escompte qu'une situation menaçant l'équilibre de la convention qu'il a conclue avec la banque et ses intérêts financiers lui soit signalée afin qu'il puisse prendre à l'avance ses dispositions pour se conformer à la loi et sauvegarder son droit de propriété. Pareille relation de confiance est inhérente aux opérations bancaires et au droit y relatif (...) l'État a l'obligation positive de protéger le citoyen et de prévoir ainsi l'obligation pour les banques, compte tenu des conséquences fâcheuses que peut avoir la prescription, d'informer le titulaire d'un compte inactif de l'approche de la fin du délai de prescription et de lui donner ainsi la possibilité d'interrompre la prescription en effectuant par exemple une opération sur le compte ». En d'autres termes, l'État est condamné pour ne pas avoir mis à la charge de la Banque une obligation d'information du titulaire du compte sur ce qui menaçait son intérêt⁸¹⁰, spécifiquement dans ce cas le droit fondamental de propriété.

⁸⁰⁷ Dans ce sens, V. Ph. le Tourneau, *Quelques aspects des responsabilités professionnelles*, Gaz. Pal. 1986, 2, doct. p. 616 : « Le professionnel (...) doit *donner des conseils pertinents, adaptés à la situation*. Entre les diverses solutions possibles, il lui faut proposer (ou adopter, selon la marge de manœuvre qui lui est laissée) celle qui est la plus favorable aux intérêts de son client (Ex. Cass 1^{er} civ 9 juillet 1985 D. 1986 118 note J. Prévault), singulièrement celle qui est la plus économique ».

⁸⁰⁸ CEDH, 29 janv. 2013, n° 66610/09, *Zolotas c/ Grèce* : RTD civ. 2013, p. 336, obs. J.-P. Marguénaud, RDC 2013, n° 3, p. 837, obs. J. Rochfeld.

⁸⁰⁹ Il s'agit du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁸¹⁰ La décision précise en outre que « l'article 1 du Protocole n° 1, qui tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre toute atteinte par l'Etat au respect de ses biens, peut également impliquer des obligations positives entraînant pour l'Etat certaines mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété ». C'est en

D'ailleurs, un commentateur de cet arrêt affirme expressément que se dégage de cette solution l'« impératif que chacun des contractants considère les intérêts de l'autre »⁸¹¹.

Mais nous pouvons cependant affirmer que la prise en compte est plus marquée dans les autres modalités d'obligation d'information, puisqu'un degré plus élevé d'assistance et d'aide du cocontractant y est décelé.

2. L'obligation de mise en garde

270. L'obligation de mise en garde est l'obligation de fournir une information mais en mettant en avant l'aspect négatif⁸¹², les inconvénients, le risque ou même le danger⁸¹³ que comporte l'élément, objet de l'information. Son objectif est en définitive la dissuasion du cocontractant d'adopter un certain comportement⁸¹⁴.

Elle comporte donc une dimension d'avertissement contre un risque⁸¹⁵, ou contre une contrainte technique⁸¹⁶. L'information est mise en lien ici avec son aspect négatif. « Mettre en garde quelqu'un, c'est certes lui fournir une information, mais en insistant et en attirant son attention sur les risques qu'il y aurait à ne pas en tenir compte (...) [c'est souligner] les conséquences objectives elles aussi, à déduire de cette information, le tout dans une perspective de risque, de danger à éviter »⁸¹⁷.

Par un arrêt du 5 novembre 1991⁸¹⁸, la Cour de cassation avait jugé que « quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les

d'autres termes une obligation positive à la charge de l'État d'intervenir « dans les relations horizontales » (J.-P. Marguénaud, obs. sous CEDH, 1^{re} sect. 29 janv. 2013, *Zolotas c/ Grèce*, n° 2, RTD Civ. 2013, p. 336), dans les relations privées. V. plus généralement, sur les traits de cette obligation d'information « européenne », J. Rochfeld, obs. sous CEDH, 1^{re} sect. 29 janv. 2013, *Zolotas c/ Grèce*, n° 2, RDC 2013, p. 837, spéc. n° 4.

⁸¹¹ J. Rochfeld, obs. sous CEDH, 1^{re} sect. 29 janv. 2013, *Zolotas c/ Grèce*, n° 2, *op. cit.*, spéc. n° 1.

⁸¹² En ce sens, N. Bourdalle et J. Lasserre Capdeville, *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier*, Banque et droit 2006, n° 107, p. 17, spéc. n° 13, p. 22.

⁸¹³ V. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 467, p. 372.

⁸¹⁴ Cependant nous verrons que la dissuasion en elle-même, s'apparente plus à une obligation de conseil.

⁸¹⁵ V. sur ce point M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 467, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 2013, n° 777, spéc. p. 388 ; J.-Cl. Civ. Code, Art. 1136 à 1245, Fasc. 50, par B. Petit, n° 48.

⁸¹⁶ V. sur ce point Ph. Le Tourneau, *Quelques aspects des responsabilités professionnelles*, *op. cit.* ; *Les obligations professionnelles*, in Mélanges Louis Boyer, Presses Universitaires des Sciences sociales Toulouse, 1996, p. 365 et jurispr. citée.

⁸¹⁷ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 11, p. 8.

⁸¹⁸ Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-18.005, Bull. civ. 1991, IV, n° 327. V. égal. Cass. com. 10 déc. 1996, n° 94-16.082, Juris-Data n° 1996-00-4769, Bull. civ. II, n° 307 ; Cass. com. 22 mai 2001, n° 98-14.087, Juris-Data n° 2001-00-9673, Bull. civ. IV, n° 94.

marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance ». Ce devoir d'information sera expressément qualifié par la suite de devoir de mise en garde⁸¹⁹.

271. La modalité d'exécution de l'obligation de mise en garde révèle aussi l'attention particulière et personnalisée à la situation et aux intérêts du cocontractant. Révéler le risque ou l'inconvénient en soi n'est pas toujours suffisant, il faut s'assurer que l'objectif de la mise en garde a été réellement atteint, c'est-à-dire que le lien a été établi par le cocontractant entre la communication du risque ou du désavantage et sa situation propre. L'information doit donc être « sur mesure »⁸²⁰.

272. Plus particulièrement cette obligation sera mise à la charge du banquier dispensateur de crédit⁸²¹, permettant à l'emprunteur profane⁸²² de faire sanctionner un crédit excessif. Outre la qualité de profane cette obligation se trouvera limitée aussi par le devoir de non ingérence de la banque dans les affaires de son client.

273. Une « obligation d'éclairer » a également fait son entrée.

L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation est venue mettre à la charge du

⁸¹⁹ Cass. com., 10 déc. 1996, n° 94-16.082, Juris-Data n° 1996-004769 ; Bull. civ. 1996, II, n° 307 ; JCP E 1997, n° 116 ; Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-14.087, Juris-Data n° 2001-009673 ; Bull. civ. 2001, IV, n° 94 ; JCP G 2001, IV, 2313 ; Cass. com., 14 déc. 2004, n° 03-10.099, Juris-Data n° 2004-026191 ; Bull. civ. 2004, IV, n° 222 ; JCP G 2005, IV, 1257.

⁸²⁰ Sur ce point, V. par ex. D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 20 octobre 2009, n° 08-20274, RDC 2010, p. 30 : « le banquier doit, pour correctement exécuter son obligation, délivrer une information "sur mesure" (...) l'information doit être personnalisée (...). Il doit, pour satisfaire à son devoir de mise en garde, prendre en considération la situation spécifique de son interlocuteur et adapter ses conseils à chaque cas particulier » ; et D. Noguéro, obs. sous Cass. civ. 1^e, 12 juin 2012, n° 11-18.277, (inédit), RD imm. 2012, p. 459 : « l'information était impersonnelle, générale et abstraite, alors qu'est attendue une information personnalisée, spéciale et concrète ».

⁸²¹ Sur laquelle, R. Routier, *Nouveau contour de l'obligation du prêteur de mettre en garde l'emprunteur profane*, Lexbase Hebdo Édition Affaires 2005, n° 94. Pour une première mise en évidence, J. Mestre, *L'heure est décidément au devoir de conseil*, RTD civ. 1996, p. 384. V. surtout Cass. civ. 1^e, 12 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 327 ; D. 2005, p. 3094, note B. Parance ; JCP G 2005, II, 10140, note A. Gourio ; JCP E 2005, 1359, note D. Legeais ; RDI 2006, p. 123, obs. H. Heugas-Darraspen ; Banque et droit 2005, n° 104, p. 80, obs. T. Bonneau. Une jurisprudence ultérieure viendra sans cesse clarifier les contours de cette obligation, V. Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, JCP G 2007, II, 10146, note A. Gourio ; D. 2007, p. 1950, note V. Avena-Robardet ; D. 2007, p. 2081, note S. Piedelièvre ; RTD civ. 2007, p. 779, note P. Jourdain, et Cass. civ. 1^e, 30 oct. 2007, JCP E 2007, 2576, note D. Legeais ; D. 2008, p. 256, obs. E. Bazin ; RTD com. 2008, p. 263, note D. Legeais.). Ces références sont tirées de C. Siffrein-Blanc, obs. sous Cass. civ. 2^e, 2 octobre 2008 (2 arrêts), LPA 30 janv. 2009, p. 13, spéc. n° 11.

⁸²² L. Aynès, *Vers une déontologie du contrat ?*, conférence à la Cour de cassation le 11 mai 2006, accessible sur le site de la Cour de cassation, 2006, spéc. n° 13 : « A propos de la responsabilité du banquier, la première chambre civile a nettement tracé les frontières, dans les quatre arrêts rendus le 12 juillet 2005 : pas de mise en garde envers l'emprunteur averti ; mais l'obligation d'ouvrir les yeux du profane, afin de provoquer une décision éclairée ».

banquier qui consent un prêt tout en proposant à son client d'adhérer à une assurance de groupe, une « obligation d'éclairer »⁸²³, en écartant la traditionnelle obligation « d'information ou même de conseil ». La banque est tenue d'« éclairer [le client] sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation ». La première chambre civile⁸²⁴ puis la deuxième⁸²⁵ auront l'occasion de reprendre cette solution.

Mais quelle est la nature de cette obligation d'éclairer ? Un commentateur de l'arrêt relève que « [partant] du principe que l'admission d'un devoir de mise en garde aurait pu être concevable dans cette affaire, le professeur Legeais en a déduit qu'il existait une différence de nature et de contenu entre ces deux notions (D. Legeais, *Obligation du banquier prêteur d'éclairer son client adhérent à une assurance de groupe*, obs. sous Cass. Ass. Plén., 2 mars 2007, pourvoi n° 06-15.267, JCP E 2007, 1375) »⁸²⁶. Contrairement, pour d'autres auteurs⁸²⁷, cette obligation se confond avec la mise en garde. « Une seule différence demeure. La Cour de cassation ne semble pas appliquer à l'obligation d'éclairer la distinction qu'elle a opérée entre client averti et client profane »⁸²⁸. Pour d'autres encore, elle consiste en une mise en garde doublée d'une obligation « de lui conseiller une meilleure solution »⁸²⁹.

⁸²³ Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, JCP E 2007, 1375, obs. D. Legeais ; D. 2007, p. 863, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2007, p. 985, note S. Piedelièvre ; RTD com. 2007, p. 433, obs. D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2007, n° 3, com. n° 93, note F.-J. Crédot et T. Samin.

⁸²⁴ Cass. civ. 1^e, 14 juin 2007, Juris-Data n° 2007-039512 ; RD bancaire et fin. 2007, n° 5, com. n° 176, note A. Cerles.

⁸²⁵ Par deux solutions rendues le même jour : Cass. civ. 2^e, 2 octobre 2008 (2 arrêts), LPA 30 janv. 2009, p. 13, obs. C. Siffrein-Blanc.

⁸²⁶ C. Siffrein-Blanc, obs. sous Cass. civ. 2^e, 2 octobre 2008 (2 arrêts), *op. cit.*, spéc. n° 9.

⁸²⁷ V. en ce sens, J.-F. Riffard, *Éclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance de l'emprunteur*, RD bancaire et fin. 2007, dossier 30 ; C. Siffrein-Blanc, obs. sous Cass. civ. 2^e, 2 octobre 2008 (2 arrêts), *op. cit.*, spéc. n° 11 s ; et V. Avena-Robardet, obs. sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, D. 2007, p. 863.

⁸²⁸ C. Siffrein-Blanc, obs. sous Cass. civ. 2^e, 2 octobre 2008 (2 arrêts), *op. cit.*, spéc. n° 13. Sur le fait que la mise en garde est réservée à l'emprunteur profane V. Cass. com., 12 déc. 2006, Bull. civ. IV, n° 243 ; JCP E 2007, 1310, note D. Legeais ; RTD com. 2007, 214, note D. Legeais. Pour plus de précisions quant à ce caractère de client « averti » ou « profane » V. Contrats, conc. consom. 2012, n° 6, comm. 148, (Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-13.077, Juris-Data n° 2012-004404) : « Attendu, d'autre part, qu'à l'égard de l'acheteur professionnel, l'obligation d'information du vendeur n'existant que dans la mesure où la compétence de cet acheteur ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques des biens vendus » ; et encore A. Gourio, obs. sous (3 espèces) : Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-17.659, Juris-Data n° 2008-042244, Cass. com., 11 déc. 2007, n° 03-20.747, Juris-Data n° 2007-041922, Cass. civ. 1^e, 30 oct. 2007, n° 06-17.003, Juris-Data n° 2007-041107) JCP G 2008, II, 10055. Pour un exemple plus récent, une Cour d'appel confère une portée très large à la qualification de profane, V. CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 25 janvier 2012, n° 10/17641.

⁸²⁹ J. Djoudi, note sous Cass. com., 10 mai 2012, n° 11-15.206, Juris-Data n° 2012-009459, RD bancaire et fin. 2012, n° 4, comm. n° 123. L'auteur précise que « l'obligation d'éclairer implique, pour sa mise en œuvre, la conjonction de deux devoirs. Le premier veut que soit mise en lumière, ou

Ce qui nous amène à la troisième modalité d'obligation d'information : le conseil.

3. *L'obligation de conseil*

274. L'obligation de conseil⁸³⁰ est une modalité plus exigeante d'obligation d'information⁸³¹. « Le devoir de conseil est, par nature même, plus exigeant qu'une simple obligation d'information, en obligeant celui qui le doit à quitter sa position pour se placer activement aux côtés de son cocontractant, afin de lui révéler son propre intérêt »⁸³². Elle est ainsi un des supports les plus actifs de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

Avec l'obligation de conseil, il y a, en effet, beaucoup plus que la simple communication d'un renseignement, mais une obligation d'orienter une décision⁸³³, d'en donner les pour et les contres, afin que la meilleure solution soit adoptée.

Un arrêt du 12 octobre 2006⁸³⁴ marque bien cette différence : les obligations de renseignement et de conseil « se distinguent en ce que l'obligation d'information porte sur les conditions du service sollicité par le client, alors que l'obligation de conseil porte sur l'opportunité du service ».

L'information brute ne suffit pas⁸³⁵, il s'agit de la mettre en lien avec le comportement à adopter, « avec l'objectif poursuivi »⁸³⁶, « mais également à lui

avouée, l'inadéquation du contrat d'assurance de groupe. Il s'agit là d'une mise en garde [...] Le second devoir consiste en un conseil : ayant ainsi prévenu l'emprunteur contre les insuffisances du contrat d'assurance de groupe, l'établissement doit poursuivre sa tâche en conseillant à son client de souscrire une assurance complémentaire, qui lui permettra d'être garanti conformément à ses besoins (J. Kullmann, note sous Cass. 2e civ., 2 oct. 2007 : RGDA 2008, p. 171) ».

⁸³⁰ Sur laquelle Ph. le Tourneau, *Les obligations professionnelles*, op. cit., spéc. pp. 380 s., n^{os} 36 s. et les exemples jurisprudentiels cités.

⁸³¹ Dans ce sens, Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G 1988, I, 3318, n^o 18 : « Le renseignement contient fréquemment en germe le conseil. Dès lors, l'obligation de conseil apparaît d'avantage comme un stade supérieur de l'obligation de coopération ».

⁸³² J. Mestre, *Actualité de l'obligation d'information et du devoir de conseil*, RTD civ. 1999, p. 83.

⁸³³ D. Legeais, *Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance de groupe*, RD bancaire et fin. 2001, dossier p. 317 : « l'obligation de conseil est beaucoup plus contraignante que l'obligation d'information. (...) Informer, c'est porter à la connaissance d'un tiers une information qu'il ne possède pas et qui peut lui être utile. Le devoir de conseil consiste à donner un avis à quelqu'un pour orienter son action ».

⁸³⁴ CA Paris, 12 oct. 2006, Juris-Data, n^o 2006-32-7372.

⁸³⁵ Dans ce sens, Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, op. cit., n^o 18 : « L'objectivité du renseignement n'est pas suffisante pour satisfaire le créancier. Le professionnel devra prendre parti, s'entourer de toutes les précautions nécessaires, exercer au besoin les recherches adéquates pour conseiller utilement le profane qui a investi toute sa confiance en lui ».

⁸³⁶ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n^o 473, p. 378. V. sur ce point Cass. civ. 1^e, 30 mai 2006, n^o 03-14.275, Bull. civ. I, n^o 280 ; D. 2006, inf. rap., 1639 ; RTD com. 2007, p. 220, obs. Bouloc.

montrer les déductions que l'on peut en tirer, l'attitude qui doit être adoptée dans de telles circonstances. (...) Il s'agit ici non plus d'une information objective, mais d'informations sur l'opportunité de tel ou tel comportement »⁸³⁷.

275. Ce degré particulier d'obligation d'information est mis en lumière, assez tôt, dans une affaire⁸³⁸ où il a été jugé que l'information pure et simple était insuffisante à décharger un garagiste de sa responsabilité envers sa cliente pour ne pas l'avoir dissuadée d'entreprendre les réparations de sa voiture, réparations qui dépassaient la valeur vénale de celle-ci. Il y a un « véritable devoir de conseil, conçu comme une obligation active de recommandation ou de mise en garde, comme un devoir de contribuer sinon à chercher la solution la plus avantageuse, au moins à éviter une opération préjudiciable »⁸³⁹, qui est mis à la charge du garagiste.

En matière informatique, la Cour d'appel de Paris décide le 18 juin 1984⁸⁴⁰ que « l'entreprise chargée de fournir à son cocontractant un logiciel d'application est tenue d'une obligation de conseil. Que, plus précisément, elle doit d'une part, aider le client à définir ses besoins, les lui traduire en langage clair par rapport au plan informatique et aux objectifs à atteindre, d'autre part, procéder à une étude préalable et sérieuse des besoins ainsi définis pour parvenir à l'élaboration du logiciel se rapprochant le plus possible des buts recherchés ». Dans une affaire un peu plus récente, il a été jugé que « [l]'entreprise informatique qui fournit du matériel à un utilisateur peu familiarisé avec ses prestations est tenue d'une obligation de conseil qui lui impose de définir les besoins à satisfaire et de préconiser la mise en œuvre d'un matériel apte à les satisfaire »⁸⁴¹.

276. Le lien entre le devoir de conseil et la collaboration⁸⁴² est particulièrement fort. En effet, l'obligation de conseil demande aussi, pour être correctement exécutée, un conseil qui soit compris par le partenaire, et qui réponde réellement à sa situation. Ceci demande donc une étroite collaboration de ce dernier pour que le conseil lui soit adapté, et pour qu'il puisse le comprendre pour en tirer

⁸³⁷ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 11, p. 9.

⁸³⁸ CA Rouen, 18 mai 1973, Gaz Pal. 1973, 2, p. 740.

⁸³⁹ G. Cornu, obs. sous CA Rouen, 18 mai 1973, Gaz Pal. 1973, 2, p. 740, RTD civ. 1974, p. 164.

⁸⁴⁰ CA Paris, 18 juin 1984, Rev. Droit de l'informatique 1984, n° 4, Juris., p. 22, comm. C. Castets-Renard.

⁸⁴¹ CA Paris, 27 mai 1999, Juris-Data n° 117875.

effectivement profit⁸⁴³. En effet, « dans la mesure où ce devoir de conseil appelle chacune des parties à plus de vigilance et de diligence, à plus de participation aux différentes phases de l'opération, ne serait-ce que pour adapter le conseil aux besoins du moment, il s'établit finalement entre les parties une sorte de solidarité, voire de complicité que la seule obligation d'information ne saurait justifier »⁸⁴⁴.

Parfois ce lien est encore plus marqué. En effet dans certains cas, « il ne s'agit plus simplement d'assister le cocontractant, mais de collaborer avec lui, en ce sens qu'il s'agira pour les deux parties de dialoguer, d'échanger des avis, de discuter sur le pour et le contre d'une décision, d'apprécier en commun le bien fondé d'un choix »⁸⁴⁵. Ici le conseil se mue en collaboration, échange et dialogue.

Parfois il est demandé au débiteur de « s'informer pour informer »⁸⁴⁶. Concrètement il lui est demandé de rechercher l'information à divulguer, mais surtout son importance pour le créancier de l'obligation d'information. Elle s'impose aussi lorsque le produit n'est ni complexe ni dangereux⁸⁴⁷, ce qui paraît lui conférer une portée générale.

⁸⁴² Sur lequel, V. par ex. J. Huet, obs. sous CA Paris 22 et 30 juin 1983, D. 1985, inf. rap., p. 43.

⁸⁴³ Dans ce sens, V. CA Chambéry, 30 avril 2002, n° 1999/02007 : « L'obligation de conseil du fournisseur de produits informatiques qui lui impose d'analyser les besoins de son client, de lui indiquer la solution la plus adaptée à sa situation même si elle n'est pas la plus économique, et de le pousser à adopter cette solution, a pour corollaire le devoir de coopération et de collaboration du client. Dès lors, respecte son obligation de conseil le fournisseur qui propose à son client, qui pour sa part s'est abstenu de participer à une réunion d'information collective organisée par le fournisseur, d'acquiescer un nouveau progiciel adapté au passage à l'an 2000 à un prix avantageux et dans un délai suffisant pour permettre au client de choisir un autre progiciel voire un autre fournisseur ».

⁸⁴⁴ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, RDAI 1999, p. 737, spéc. p. 750. V. sur ce dernier point, Cass. civ. 2^e, 17 nov. 1993, SCI Windsor Poissy c/ épouse Rouland, La vie judiciaire des 21 au 27 février 1994, p. 8, et Ph. le Tourneau, *Les obligations professionnelles*, op. cit., spéc. pp. 380-381, n°s 36-37.

⁸⁴⁵ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, op. cit., spéc. p. 750.

⁸⁴⁶ J. Ghestin, note sous Cass Civ. 3^e, 3 fév 1981, D. 1984, jurispr. p. 457 ; V. aussi Cass. civ. 2^e, 19 oct. 1994, n° 92-21.543, D. 1995, juripr., p. 499, note A.-M. Gavard-Gilles ; Ph. le Tourneau, *Quelques aspects des responsabilités professionnelles*, op. cit. ; quant à l'obligation du banquier de se renseigner pour renseigner V. D. Legeais, *Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance de groupe*, RD bancaire et fin. 2001, dossier p. 317 ; dans le cas de vente de matériel de téléphonie V. D. 1996, p. 28, note sous Cass. civ. 1^e, 5 déc. 1995 ; dans le cas d'un professionnel installateur de matériel, V. J. Mestre, *Actualité de l'obligation d'information et du devoir de conseil*, op. cit.

⁸⁴⁷ V. S. Pimont, note ss Cass. civ. 1^e, 28 oct. 2010, n° 09-16913, RDC 2011, p. 531.

277. Ensuite, si l'obligation de mise en garde et celle de conseil sont de plus en plus clairement distinguées par la Cour de cassation⁸⁴⁸, il serait intéressant de les comparer.

Nous pouvons penser de prime abord que « la mise en garde est plus exigeante que le conseil puisqu'elle comprend outre un conseil, l'explication des conséquences néfastes si ce conseil n'était pas respecté »⁸⁴⁹. Mais cette affirmation n'est pas suffisante puisque le conseil suppose de donner plus de détails, et donc « implique des connaissances plus étendues de la part du débiteur »⁸⁵⁰. En plus, le conseil peut être positif ou négatif. Ainsi, il engloberait en quelque sorte la mise en garde, à côté de la facette positive du conseil consistant à encourager l'adoption d'un certain comportement. Notons qu'en droit du commerce international, le devoir de conseil est défini comme le fait de « conseiller son partenaire sur l'opportunité, sur l'utilité, voire sur les risques ou les dangers que peuvent rencontrer les parties ou l'une d'elles à exécuter une obligation ou à exercer un droit »⁸⁵¹.

Arrêtons-nous quelque peu sur un arrêt⁸⁵² établissant une claire distinction entre l'obligation d'information, l'obligation de conseil, et l'obligation de mise en garde. Dans une affaire de prêt immobilier, où existait une obligation légale d'information, il a été statué que la « présentation d'une offre conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur (...) ».

D'abord, il se dégage de la décision que l'exécution de l'obligation légale d'information par simple communication des données n'est pas suffisante en l'espèce. Le conseil n'est pas la simple information. Ce qui était exigé était en plus le respect d'une « obligation de conseil [qui] suppose un comportement beaucoup plus dynamique de son débiteur, son exécution s'entend d'une mise en perspective de l'information donnée ; elle se superpose donc à l'obligation d'information et oblige le

⁸⁴⁸ V. F. Boucard, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM, 2002, p. 21.

⁸⁴⁹ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 468, p. 373.

⁸⁵⁰ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, n° 479, p. 382.

⁸⁵¹ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, *op. cit.*, spéc. p. 749.

⁸⁵² Cass. civ. 1^e, 27 juin 1995, n° 92-19212, Bull. civ. I, n° 287, Defrénois 1995, n° 22, p. 1416, obs. D. Mazeaud.

prêteur à renseigner le candidat emprunteur sur l'opportunité de conclure le contrat et sur les risques qu'engendrerait un tel prêt au regard de sa situation financière »⁸⁵³.

Ensuite, il pesait sur le débiteur une réelle « obligation de dissuasion »⁸⁵⁴ qui va plus loin que la mise en garde, parce qu'elle exige de ce dernier d'inciter le créancier de l'obligation à ne pas contracter lorsque ses ressources sont disproportionnées avec la somme empruntée. C'est une incitation à ne pas faire, qui va plus loin que la simple communication de la facette négative ou des risques accompagnant la conclusion du contrat. Le conseil qui vise à détourner de l'intention de faire quelque chose, c'est-à-dire la dissuasion, n'est pas la mise en garde. Il est une modalité de prise en compte de l'intérêt du cocontractant plus intense.

L'obligation de conseil peut en définitive recouvrir un aspect positif ou un aspect négatif. On peut conseiller de faire, comme on peut conseiller de ne pas faire. Dans ce cas, l'information est mise en lien avec une action ou un choix à opérer.

278. Il reste à noter que, l'obligation de conseil ne confère pas un droit d'ingérence dans les affaires du cocontractant⁸⁵⁵ et qu'« il existe une frontière entre l'implication et l'immixtion »⁸⁵⁶. Dans tous les cas, l'obligation d'information dans toutes ses modalités ne remplace pas la liberté du cocontractant. Celui-ci garde toute la latitude pour se conformer ou pas au conseil ou à la mise en garde.

⁸⁵³ D. Mazeaud, obs. sous Cass. civ. 1^e, 27 juin 1995, n° 92-19212, Bull. civ. I, n° 287, Defrénois 1995, art. 36210, p. 1416.

⁸⁵⁴ D. Mazeaud, *Ibid* ; *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, Dr. et patr. juill-août 1996, p. 44. La jurisprudence se montre donc très exigeante, particulièrement lorsqu'elle retient la responsabilité de professionnels pour ne pas avoir déconseillé à leur partenaire de conclure le contrat, V. par ex. TI Bordeaux, 16 févr. 1989, RTD civ. 2000, p. 565, obs. J. Mestre ; Comp. Cass. com. 11 déc. 1990, RTD civ. 1991, p. 319, obs. J. Mestre ; Cass 22 fév. 1994, RTD civ. 1994, p. 850, obs. J. Mestre. Le banquier, est également parfois amené à dissuader un emprunteur de conclure l'opération, V. par ex. RTD civ. 1996, p. 385, obs. J. Mestre.

⁸⁵⁵ Cass. civ. 1^e, 14 janv. 1997, JCP G 1997, IV, 461. Sur la non ingérence du banquier dans les affaires du client V. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, éd. Montchrestien, 6^e éd., 2005, n° 405. V. égal. D. Legeais, *Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance de groupe*, RD bancaire et fin. 2001, dossier p. 317: « L'hostilité de la doctrine dominante à la reconnaissance d'un devoir de conseil au banquier se comprend. Traditionnellement, ce dernier n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client. Il n'a pas à se faire juge de l'opportunité des opérations envisagées par le client. Pour cette raison, aussi bien à l'égard de l'emprunteur qu'à l'égard d'une caution, un établissement de crédit ne pourrait être tenu que d'une obligation d'information renforcée ». Pour un exemple récent du refus de consacrer un principe d'immixtion de la banque prêteur dans les affaires du cocontractant, V. CA Douai Ch. 8 sect. 1, 16 mai 2013, n° 12-06219.

⁸⁵⁶ S. Darmaisin, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, n° 405, p. 25. Comp. Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 19 : « D'une façon générale, en matière d'informatique, la jurisprudence impose au professionnel une véritable immixtion dans les affaires de son client. Toutefois cette ingérence (...) doit demeurer exceptionnelle ».

Mais dans le cas de l'obligation de conseil qui va dans le sens d'une « dissuasion », comme dans l'exemple du prêt immobilier traité ci-dessus, n'y a-t-il pas effectivement une invitation à s'immiscer dans les affaires d'autrui ? En effet, « [c]'est d'avantage qu'un simple devoir de conseil, lequel laisserait à la caution toute liberté de choix et n'engagerait à aucun résultat (...) l'obligation de dissuasion équivaut à une véritable obligation d'ingérence dans les affaires de la caution »⁸⁵⁷.

Si en principe la liberté du cocontractant est maintenue dans le cas de l'obligation de mise en garde ou de conseil, ce dernier pouvant décider de ne pas suivre le conseil, cependant, dans certains cas, lorsque le conseil est une mise en garde contre un risque « manifeste », ce conseil se mue en obligation de refuser de contracter⁸⁵⁸. En effet, « [on] voit mal (...) la cohérence qui pourrait animer le comportement d'un établissement de crédit qui, après avoir constaté l'incapacité pour le candidat emprunteur de supporter la charge de l'endettement envisagé et dissuadé, dans cette mesure, ce dernier de conclure le prêt, émettrait néanmoins une offre de prêt »⁸⁵⁹. En pratique, lorsque la Cour sanctionne la Banque pour avoir contracté en dépit de la situation de l'emprunteur ou de la caution, il y a « glissement »⁸⁶⁰ d'une obligation de mise en garde ou conseil, à un devoir de refuser de contracter. Ce devoir est même expressément présenté par un auteur comme « [imposant] à certains professionnels de prendre en compte les intérêts de leurs cocontractants dès le stade

⁸⁵⁷ Y. Picod, *Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe*, in Mélanges Jean Calais-Auloy, Dalloz, Paris, 2004, p. 843, n° 24. V. égal. sur ce point P. Crocq, *Les développements récents de l'obligation d'information de la caution*, in Mélanges Cabrillac, Dalloz-Litec, Paris, 1999, p. 349, spéc. n°s 29 s. Pour des exemples jurisprudentiels où une certaine immixtion dans les affaires du client est exigée, en dehors du domaine du cautionnement, V. Ph. le Tourneau, *Quelques aspects des responsabilités professionnelles*, op. cit. : « Ainsi, il a été jugé, en droit de l'informatique, que le fournisseur doit suppléer à la carence du client qui ne formule pas ses besoins de façon explicite (Cass com 17 mars 1981 Bull cass IV n 150), ou encore (...) il a été retenu à grief du vendeur installateur professionnel d'un système d'alarme sur la voie publique de ne s'être pas assuré de l'obtention de l'autorisation administrative (Cass civ 1^{er} 27 oct 1981 RTD civ 1982 616 obs. Ph. Rémy) »

⁸⁵⁸ Sur laquelle R. Vabres, *Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier*, JCP G 2012, I, 1052, *passim*, et spéc. n° 7 : « on voit mal comment le prestataire pourrait correctement exécuter son obligation de s'assurer que la prestation est adaptée à la situation de son client sans avoir le devoir de refuser de contracter dans certaines hypothèses ». V. égal. Ph. le Tourneau, *Quelques aspects des responsabilités professionnelles*, op. cit. : « À la limite, le professionnel digne de ce nom saura refuser la mission qui lui était demandée, lorsqu'elle dépasse sa compétence ou qu'elle paraît vouée à l'échec ». V. par ex. Cass. civ. 1^e, 27 juin 1995, n° 92-19212, op. cit. Sur les avis partagés en doctrine quant à la portée de l'obligation de conseil renfermant ou non l'obligation de ne pas contracter, V. D. Legeais, *Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance de groupe*, RD bancaire et fin. 2001, dossier p. 317.

⁸⁵⁹ D. Mazeaud, obs. sous Cass. civ. 1^e, 27 juin 1995, n° 92-19212, Bull. civ. I, n° 287, op. cit.

de la formation du contrat »⁸⁶¹.

Nous avons vu comment l'obligation d'information introduisait, par différentes modalités, l'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Mais cette prise en compte relève-t-elle d'une théorie pure de la notion telle que nous l'avons définie, fondée sur un principe de fraternité ?

§2. Obligation d'information renforcée et théorie pure de la prise en compte

279. L'obligation d'information renforcée est celle sanctionnant une exigence de moralité relationnelle, et s'y manifeste la prise en compte, comme nous l'avons vu. Cependant, cette prise en compte pouvant être confondue avec d'autres concepts – notamment les exigences de l'intérêt commun –, et étant neutre quant à sa finalité, ne relevant pas automatiquement d'une moralité altruiste, il s'agit de vérifier son rattachement à la théorie pure de la notion, ayant pour fondement le principe de fraternité.

Vérifions d'abord, les critères de justification de cette norme positive de comportement, afin d'en établir la particularité, (A), et ensuite, sa finalité (B).

A. Justification de l'exigence de prise en compte introduite

280. Qu'est-ce qui justifie l'action de l'obligation d'information renforcée, de rééquilibrage entre principes de liberté et d'égalité, et d'introduction d'une dynamique relationnelle de collaboration ?

Si cette justification se confond avec les exigences de l'intérêt commun, la prise en compte telle qu'introduite par l'obligation d'information renforcée n'aurait aucune particularité, et ne pourrait être distinguée de l'intérêt propre. Elle devrait donc être écartée de la théorie pure de la notion.

Mais, en réalité, la justification par les exigences de l'intérêt commun doit être rejeté (1), et le critère de justification paraît plus général avec l'extension de l'ignorance légitime du cocontractant (2).

⁸⁶⁰ R. Vabres, *Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier*, op. cit., spéc. n° 12. Ce glissement est favorisé pour l'auteur par la « terminologie approximative » (eod. loc., spéc. n° 14) employée par la jurisprudence.

⁸⁶¹ R. Vabres, *Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier*, op. cit., spéc. n° 17.

1. Rejet du critère de la confiance découlant de l'intérêt commun

281. Un premier facteur peut apparaître comme critère de justification de la solution, dans « les relations marquées par un degré élevé de confiance entre les parties et des relations où il existe un intérêt commun ou un intérêt convergent vers une finalité commune extérieure au contrat »⁸⁶².

Par exemple, et contrairement à ce qui a été affirmé plus haut sur la non nécessité de révéler ses manquements ou échecs, « lorsque le contrat dont la conclusion est envisagée implique entre les parties une confiance et une collaboration renforcées »⁸⁶³, divulguer une telle information est exigé.

282. Il est important de nous arrêter sur un exemple intervenant dans le cadre du contrat de société. L'affaire nous intéressant est l'arrêt Vilgrain rendu par la chambre commerciale le 27 février 1996⁸⁶⁴ imposant une obligation d'information à la charge du dirigeant social au profit de « tout associé », fondée sur le devoir de loyauté et dont la « particularité est de réaliser cette application au profit d'une personne qui vendait sa propre chose qui était en outre entourée de conseils dont la compétence particulière permettait de l'assimiler à un professionnel, et d'intervenir dans des relations d'affaires »⁸⁶⁵.

Qu'est-ce qui justifie cette solution ? Est-ce la particularité du contrat de société fondé sur l'*affectio societatis*, et donc la relation de confiance renforcée qu'il suppose ?

Certains en effet expliquent la solution par la « communauté d'intérêts fondée sur la réalisation de l'objectif commun ; ce que l'on peut appeler le *jus fraternitatis* »⁸⁶⁶. Au-delà de l'incompatibilité de ces notions avec le principe de fraternité que nous avons bien établie⁸⁶⁷, ce *jus fraternitatis* s'il était retenu, serait particulièrement intense dans ce cas, puisqu'il se maintiendrait même durant l'opération de cession des

⁸⁶² A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, n° 602, p. 390.

⁸⁶³ J. Mestre et B. Fages, obs sous Cass. com. 24 sept. 2003, n° 00-21.863, inédit ; Cass. com. 19 nov. 2003, n° 01-01.859, RTD civ. 2004, p. 86.

⁸⁶⁴ Bull. civ. IV, n° 65, p. 50 ; Bull. Joly 1996. 485, note A. Couret ; JCP G 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; D. 1996, p. 518, note Ph. Malaurie.

⁸⁶⁵ J. Ghestin, note sous Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, p. 50, JCP G 1996, II, 22665, spéc. p. 288.

⁸⁶⁶ Ph. Malaurie, note sous Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, p. 50, D. 1996, p. 518, spéc. p. 520.

⁸⁶⁷ V. *supra* n° 75.

actions qui aboutirait à la rupture du lien de société. Or à ce stade de l'opération contractuelle, « [les] intérêts du cédant et ceux du cessionnaire, loin d'être communs, sont devenus antagonistes »⁸⁶⁸. Donc cette obligation d'information est exigée du dirigeant social au moment où justement se dilue et se relâche cet *affectio societatis*. Ce n'est donc pas l'*affectio societatis* qui justifie la solution.

Par conséquent, dans cette situation d'intérêts contractuels divergents, d'un cocontractant avisé et entouré de professionnels, mais surtout vendant sa propre chose, la vigilance demandée au contractant envers les intérêts de son partenaire, est d'une particulière intensité.

283. D'autres opinions doctrinales justifient aussi la prise en compte qui se manifeste dans l'obligation d'information renforcée, par la notion de l'intérêt commun. Un auteur affirme en effet que « [cette] conception n'ignore pas le conflit d'intérêts des parties, mais prévoit des situations où les parties sont invitées, sous peine d'engager leur responsabilité, à sacrifier quelques-uns de leurs intérêts égoïstes, au profit de l'intérêt commun »⁸⁶⁹.

Par exemple, dans l'affaire du garagiste⁸⁷⁰ qui se voit imposé une obligation de dissuader sa cliente d'entreprendre des réparations qui lui reviendraient à un coût plus cher que la valeur vénale de son véhicule, un commentateur⁸⁷¹ explique cette solution par cette notion d'intérêt commun. Il commence par indiquer que « le rapport de supériorité du technicien sur le profane » ou « le rapport de confiance » sont des éléments insuffisants dans l'affaire pour justifier la solution. Il estime que cette justification réside dans le fait que « le contrat de garage s'apparente, au moins en partie, aux contrats d'*intérêt commun* (...). L'entrepreneur, prestataire de service, y est censé ne pas poursuivre aveuglément son intérêt exclusif mais assumer aussi, dans une certaine mesure, l'intérêt de ses clients »⁸⁷². Nous trouvons cette dernière explication aussi insuffisante que les deux premières. Il paraît en effet artificiel de parler d'intérêt commun dans le contrat liant la cliente à son garagiste. En effet, les intérêts en question sont divergents, celui du garagiste est de réparer la voiture pour

⁸⁶⁸ Ph. Malaurie, note sous Cass. com., 27 fév. 1996, *op. cit.*, spéc. p. 520.

⁸⁶⁹ M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, RRJ 2004, n° 2, p. 723, spéc. p. 743.

⁸⁷⁰ V. *supra*, n° 275.

⁸⁷¹ G. Cornu, obs. sous CA Rouen, 18 mai 1973, Gaz Pal. 1973, 2, p. 740, RTD civ. 1974, p. 164.

⁸⁷² *Ibid.*

toucher le prix de cette opération et celui de la cliente résidait dans la non réalisation de cette opération, qui lui revenait à plus cher que la valeur vénale du véhicule.

Dans cette espèce, c'est l'indifférence totale aux intérêts du cocontractant qui justifie la sanction. Il n'y avait aucune utilité pour la cliente et donc aucun intérêt pour elle dans la réalisation de travaux de réparation dont le montant dépassait la valeur vénale du véhicule. Cette méconnaissance manifeste de l'intérêt contractuel de la cliente a sûrement justifié la solution, alors qu'aucun intérêt commun ou confiance particulière n'étaient décelables dans les relations de celle-ci avec son garagiste.

La prise en compte ne découle donc pas des exigences de l'intérêt commun qui voudrait de se rapprocher du partenaire, ou qui établirait une confiance particulière avec lui. Le critère de justification paraît en effet plus général.

2. Critère général : extension de l'ignorance légitime

284. Notons d'abord que la correction de l'inégalité opérée par l'obligation d'information renforcée manifestation de la prise en compte, peut être conçue de deux manières totalement différentes. D'un côté ce peut être la stigmatisation du déséquilibre contractuel, de l'autre l'attention à la situation concrète de chaque partie, en particulier la partie en position de faiblesse.

C'est ce deuxième élément qui nous intéresse. La correction de l'inégalité dans ce deuxième cas par l'obligation d'information renforcée, serait compatible avec une théorie pure de la prise en compte. Le déséquilibre dont il s'agit concerne donc la situation particulière d'un des contractants vis-à-vis de l'autre, et non l'économie du contrat considéré comme un tout.

Ce qui est ensuite intéressant est le fait que c'est le contractant qui est tenu responsable de cette correction par un comportement qu'il est tenu d'adopter, et cette intervention ne se fait pas par le moyen de la correction d'un élément objectif du contrat tel la cause, ou l'équilibre entre les clauses du contrat. En l'occurrence, il est tenu d'informer son partenaire de tout ce qui lui serait utile de connaître pour maximiser l'intérêt que ce dernier retire du contrat.

Cette inégalité concrète entre contractants se détermine au regard de plusieurs critères.

285. D'abord, pour certains, l'extension de l'obligation d'information pour une plus forte prise en compte des intérêts du cocontractant, semblerait justifiée par

l'existence de circonstances particulières voire extrêmes. Elle ne peut donc être généralisée. En matière de cautionnement par exemple, la justification du devoir du banquier d'information envers la caution réside dans certaines « circonstances très particulières (...) lesquelles sont susceptibles d'avoir de lourdes conséquences sur la situation de la caution : insolvabilité soudaine du débiteur principal, augmentation exceptionnelle du risque... Dans de telles circonstances, l'altruisme doit prendre le pas sur l'égoïsme, surtout lorsqu'il s'agit d'un professionnel »⁸⁷³.

286. Mais, ce serait plus le critère de l'ignorance légitime qui justifierait la correction de l'inégalité. Nous verrons cependant que son appréciation actuelle dans la jurisprudence, rend celui-ci de plus en plus étendu, ce qui entraîne du même coup la généralisation de l'exigence de prise en compte introduite par l'obligation d'information renforcée.

287. Par exemple, l'article 50 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats de l'Académie des sciences morales et politiques⁸⁷⁴ (Avant-projet Terré), consacré à l'obligation d'information pré-contractuelle, relie celle-ci, pour le créancier, à son ignorance légitime ou à la confiance en son cocontractant⁸⁷⁵. L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription⁸⁷⁶ (Avant-projet Catala), qui propose de consacrer en un article 1110 l'obligation précontractuelle de renseignement, placée sous le titre de l'intégrité du consentement, avait aussi relié celle-ci à un double critère : l'impossibilité pour le créancier de s'informer, ou la confiance en son partenaire⁸⁷⁷. L'ignorance légitime de l'information par le créancier résulterait donc, dans ce second avant-projet, de

⁸⁷³ Y. Picod, *L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat*, in Mélanges Philippe Simler, Litec-Dalloz, Paris, 2006, p. 395, spéc. p. 401.

⁸⁷⁴ Projet dirigé par le Professeur Terré sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, publié in F. Terré (sous la dir. de) *Pour une réforme du droit des contrats*, éd. Dalloz, Paris, 2008.

⁸⁷⁵ V. l'alinéa 1 de l'art 50 de l'avant-projet disposant : « Celui des contractants qui connaît ou est en situation de connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant ».

⁸⁷⁶ Doc. fr., 2006.

⁸⁷⁷ V. les alinéas 1 et 2 de l'article 1110 de l'avant projet : « Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il connaît l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner [al.1]. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties [al. 2]».

l'impossibilité notamment pour lui de se procurer l'information. Dans les deux avant-projets, du côté du débiteur, c'est la connaissance de l'importance déterminante de l'information pour le partenaire qui justifie cette obligation.

Ce critère de l'ignorance légitime peut-il ainsi être étendu aux obligations d'information renforcées, supports de la prise en compte ? Ceci ramène forcément en perspective les qualités de profanes et de professionnels. C'est habituellement le profane qui bénéficie d'une telle protection, puisqu'il profite d'une sorte de présomption d'ignorance légitime⁸⁷⁸, mais s'il est assisté ou s'il est supposé savoir, l'obligation d'information renforcée ne se trouve donc plus justifiée et est écartée⁸⁷⁹.

288. Dans ce cas, c'est un premier degré d'exigence morale qui peut être décelé. La partie se trouvant dans une situation d'inégalité par rapport à l'autre, se trouve dans le « besoin » de cette information.

Une certaine conception de la morale pousse à ne pas être insensible à la notion de besoin et à dépasser les affirmations telles que « les affaires sont les affaires »⁸⁸⁰, ou le chacun pour soi.

La réponse se trouve donc dans la « notion de besoin (...) ». En effet, la morale nous enseigne qu'il faut aider d'avantage ceux qui sont le plus démunis et, notamment, secourir en priorité la veuve et l'orphelin »⁸⁸¹. Ici l'inégalité des parties est déterminante et l'une des parties n'est plus à même, selon l'idéal de la théorie générale classique du contrat, de défendre au mieux ses intérêts.

289. Mais si la jurisprudence a pu mettre à la charge des professionnels les plus divers une telle obligation, nous constatons un laxisme particulier dans l'application du critère de l'ignorance légitime du créancier de l'obligation. La portée du critère est de plus en plus affaiblie en pratique. En effet, même le cocontractant

⁸⁷⁸ V. P. Jourdain, *Le devoir de "se" renseigner*, D. 1983, chron. p. 139.

⁸⁷⁹ V. Ph. Le Tourneau, *Les obligations professionnelles*, in Mélanges Louis Boyer, Presses Universitaires des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 365 s. ; Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G 1988, I, 3318, n° 23 s. ; J. Mestre, *Actualité de l'obligation d'information et du devoir de conseil*, RTD civ. 1999, p. 83.

⁸⁸⁰ J. Ghestin, note sous Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, p. 50, JCP G 1996, II, 22665, spéc. p. 288 : « si (...) “les affaires sont les affaires”, elles n'échappent pas cependant à la règle morale ».

⁸⁸¹ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 38, p. 29.

assisté ne dispense pas d'une telle obligation, comme dans l'affaire Vilgrain précitée⁸⁸².

Un auteur affirme « qu'il arrive à la jurisprudence d'imposer l'existence de l'obligation de renseignement même lorsque l'acheteur fait figure de professionnel spécialisé, et sans qu'un contexte inégalitaire soit caractérisé »⁸⁸³.

Ce laxisme dans l'application du critère d'inégalité semble étendre le domaine de la partie protégée au-delà du simple concept de « partie faible ». Il met en avant une exigence de prendre en compte l'intérêt, et d'aider généralement tout cocontractant donc toute personne quelque soit sa situation, sa profession, sa situation économique, donc quelque soit son degré d'information⁸⁸⁴.

290. Cette généralisation correspondrait donc à une morale plus exigeante qui inciterait à « aider autrui même s'il n'est pas en situation d'inégalité »⁸⁸⁵, parce que même si une personne n'est pas dans le besoin, il reste amoral de ne pas l'aider.

L'affaire Vilgrain semblerait en définitive découler de cette exigence. Ici, il semblerait que le critère de l'inégalité, ou de l'ignorance légitime, n'est tout simplement plus exigé.

Cette dispense du critère de l'ignorance légitime au profit du créancier de l'obligation d'information semble appliquer la règle d'or morale⁸⁸⁶, qui impose qu'on ne fasse pas à autrui, ce qu'on ne voudrait pas qu'autrui nous fasse. Savoir, qu'à la place du cocontractant, ne pas avoir reçu cette information nous aurait été néfaste suffit, par application d'une morale particulièrement exigeante, à imposer de divulguer l'information. En d'autres termes, la simple connaissance de l'importance – ou du caractère déterminant – de l'information pour le partenaire suffit à dégager

⁸⁸² La jurisprudence est aussi de plus en plus sévère envers les professionnels, notamment les avocats ou les avoués tenus d'une telle obligation « quel que soit le niveau de compétence de leurs clients ou malgré l'assistance juridique dont bénéficient ces derniers (Cass. civ. 1e, 24 juin 1997, Juris-Data n° 1997-002978 ; D. 1999, Som. com. p. 198, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1e, 29 avr. 1997, Juris-Data n° 1997-001803 ; JCP G 1997, II, 22948, note R. Martin ; Cass. 3e civ., 7 juill. 1998, RTD civ. 1998, p. 911 ; D. affaires 1998, p. 1392 ; Cass. 3e civ., 12 janv. 1999, Defrénois 1999, p. 382, obs. J.-L. Aubert) » (J.-Cl. Civ. Code, Art. 1134 et 1135, fasc. 11, par Y. Picod, n° 47).

⁸⁸³ F.-X. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, JCP G 1993, I, 3673, spéc. n° 28. V. à titre d'ex. : Cass. civ. 1^e, 7 juin 1989, Bull. civ. I, n° 232 et Cass. com., 2 mai 1990, Bull. civ. IV, n° 133.

⁸⁸⁴ En contrepartie, voir la généralisation de la qualité de débiteur d'une telle obligation d'information : « [en] réalité, les individus en général et non pas seulement les professionnels sont tenus de telles "vertus", même si c'est à un degré moindre » (M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit. n° 54, p. 44).

⁸⁸⁵ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 39, p. 32.

⁸⁸⁶ V. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 42 s., pp. 33 s.

l'existence d'une obligation d'information renforcée. L'ignorance légitime du créancier n'est tout simplement plus exigée. Ce critère est celui de l'empathie, de se mettre à la place d'autrui. Il est clair que cette exigence morale est la plus forte.

291. L'obligation d'information renforcée sanctionnée dans des situations où nul intérêt commun ne justifie cette exigence, la particularité de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant dont elle est le support se trouve donc vérifiée. Celle-ci paraît plus justifiée pour remédier à l'ignorance légitime de la « partie faible », concept qui se trouve pourtant fortement étendu, rendant du même coup cette exigence plus généralisée.

L'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant introduite par l'obligation d'information est donc distincte de celle de l'intérêt commun, et dégagée de l'emprise de l'intérêt personnel à ce premier titre. Mais encore faut-il que sa finalité soit principalement dans l'intérêt d'autrui, pour qu'elle puisse être rattachée à la théorie pure de la notion. C'est ce que nous vérifierons maintenant.

B. Finalité de l'exigence de prise en compte introduite

292. Au service de quelle finalité la prise en compte, introduite par l'obligation d'information renforcée, intervient-elle principalement ? Est-ce seulement dans une finalité d'efficacité économique, auquel cas elle ne pourrait être attachée à la théorie pure de la notion, ou comporte-t-elle une dimension altruiste ?

Confrontons tour à tour comme nous l'avons fait pour la bonne foi, la finalité de l'efficacité contractuelle (1), et ensuite celle de l'altruisme (2), à l'obligation d'information renforcée, manifestation de la prise en compte.

1. L'efficacité contractuelle

293. Aujourd'hui les mentalités sont marquées par une « idéologie hostile à toute préoccupation morale, soucieuse[s] qu'elle[s] [sont] de privilégier l'efficacité économique »⁸⁸⁷. L'information est dans cette optique un facteur incontestable d'efficacité des rapports contractuels à tous les stades de vie du contrat. Détenir la bonne information permet de faire la meilleure affaire, en permettant une meilleure visibilité pour opter pour les choix les plus opportuns, ainsi que pour réduire les coûts. Ensuite, celle-ci a un coût très important.

⁸⁸⁷ M. Fontaine, *Fertilisations croisées du droit des contrats*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 350.

Dans une première analyse, il s'agit d'« aborder l'information sous l'angle de la valeur. Il est évident que, selon un raisonnement économique, l'information a une valeur d'utilité pour celui qui la reçoit, à condition toutefois d'être pertinente. Par exemple, dans la conclusion et l'exécution d'une prestation technique complexe, la transmission d'un certain nombre d'informations est indispensable pour que le créancier de cette obligation reçoive l'utilité attendue »⁸⁸⁸.

Ici, l'accent doit être mis sur la valeur économique et pratique de l'information et elle « est un bien dont une partie contractante devrait avoir le droit de se servir et ainsi de profiter »⁸⁸⁹.

Détenir et divulguer l'information est primordial pour la maximisation de l'efficacité contractuelle, que ce soit au niveau de la conclusion, mais surtout à celui de l'exécution du contrat. Cette attitude est imposée, souvent sur le fondement technique de la bonne foi, qui « implique que chaque partie s'efforce de maximiser l'utilité retirée par les autres parties de l'exécution du contrat. À cet effet, chaque contractant doit communiquer à l'autre toute information qui lui serait utile pour atteindre cet objectif »⁸⁹⁰. Or maximiser l'utilité retirée par l'autre partie s'inscrit ici dans une optique d'optimisation de l'efficacité du contrat⁸⁹¹.

Au cours de la négociation par exemple, « [si] une partie adopte une attitude d'ouverture (...) et que son adversaire en fait autant, cela entraînera “une maximisation des bénéfices des deux parties” (J. Rojot, *La gestion de la négociation*, RTD com., 1998, p. 450)»⁸⁹².

295. Ensuite, même si l'information a un coût très important, et justifierait donc que celui qui se l'est procurée ne s'en désiste pas, un raisonnement économique global inciterait, au contraire, à l'échange d'information puisque cet échange réduirait les coûts de l'opération, et serait donc opportun pour le marché.

⁸⁸⁸ J. P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 99, spéc. p. 110.

⁸⁸⁹ G. Samuel, « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 69, spéc. p. 73.

⁸⁹⁰ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, note 63, p. 344.

⁸⁹¹ D'ailleurs, et en général, rappelons avec un auteur que « l'exigence de coopération et de solidarité entre contractants n'est pas indifférente aux considérations d'efficacité et de performance » (M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, RRJ 2004, n° 2, p. 723, spéc. p. 742).

⁸⁹² M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, *op. cit.*, spéc. p. 743.

De ce point de vue la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, en lui divulguant une information primordiale pour la conclusion de la meilleure opération possible, ou pour la meilleure exécution et satisfaction à tirer d'une opération conclue, interviendrait simplement dans une logique économique, de diminution des coûts et de maximisation de l'efficacité contractuelle⁸⁹³.

Mais est-ce la seule dimension recelée par l'obligation d'information renforcée support de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant ?

2. L'altruisme ?

296. Examinons d'abord comment l'obligation d'information renforcée introduit, parfois, une exigence de prise en compte dans un but de dépassement de l'égoïsme dans le contrat, ensuite, la mesure de cette exigence.

a. Dépassement de l'égoïsme

297. Certains font dériver expressément l'obligation d'information renforcée du principe de fraternité. Ainsi, nous pouvons lire : « les manifestations de l'exigence de fraternité contractuelle vont se renforçant et se multipliant. La jurisprudence, (...) dépassant cette exigence d'une information objective, pourvoyeuse d'égalité dans le rapport contractuel, (...) développe depuis quelque temps le *devoir de conseil*, consistant à éclairer l'autre partie sur l'opportunité - financière ou technique - à conclure le contrat ou à ne pas le conclure, et pouvant conduire à donner des armes contre ses propres intérêts, en une sorte d'*empathie juridique*, caractéristique de la fraternité contractuelle. Le même devoir de conseil, appliqué à l'exécution du contrat, oblige le débiteur à exécuter ses obligations en satisfaisant au mieux les intérêts de son créancier »⁸⁹⁴.

Cette manifestation de la prise en compte traduit donc les idées d'entraide, d'altruisme, et d'empathie, indépendamment de tout intérêt commun. Ici il s'agit d'aider autrui « alors que soi-même on n'en tire aucun intérêt »⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Dans ce sens S. Pimont, note ss Cass. civ. 1^e, 28 oct. 2010, n° 09-16913, RDC 2011, p. 531: « l'obligation d'information corrige certaines dissymétries de l'information (G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, La responsabilité civile, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 511); limitant les comportements opportunistes, elle favoriserait le bon fonctionnement du marché (rapp. E.Mackay et S.Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz-Éditions Thémis, 2008, n°s 1355 et s.) ».

⁸⁹⁴ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357, n° 31.

⁸⁹⁵ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 53, p. 44.

Arrêtons-nous plus sur la finalité de l'obligation d'information renforcée durant les différentes phases contractuelles où elle intervient.

298. D'un côté, en période précontractuelle, la fonction de l'obligation d'information affecte directement la perception de sa finalité. Lorsque le devoir d'information conduit à dépasser le seul fait de divulguer une information pour éclairer le consentement, et se décline en devoir de conseiller sur l'opportunité de conclure ou pas⁸⁹⁶, c'est-à-dire en obligation d'information renforcée, on peut en effet y déceler une forme d'exigence ne relevant ni du principe de liberté ni de celui d'égalité, se rapprochant plus d'une logique de fraternité, c'est-à-dire de prise en compte altruiste de l'intérêt du cocontractant. L'obligation de renseignement comme la bonne foi apparaissent donc comme « des moyens de lutter contre l'égoïsme des négociateurs »⁸⁹⁷.

Certains se fondent sur cette obligation, pour affirmer en matière de cautionnement par exemple, que « le devoir de loyauté est devenu un puissant instrument de moralisation du contrat dans sa formation puisqu'il conduit le créancier à une véritable obligation de vigilance envers les intérêts de la caution. L'altruisme attendu du banquier le conduit à franchir les limites de son devoir de non-ingérence dans les affaires de son cocontractant »⁸⁹⁸ ; notamment lorsqu'il est sanctionné pour ne pas l'avoir dissuadé de contracter, ou lorsqu'il y a glissement en pratique, comme nous l'avons vu, vers une obligation de ne pas contracter. Ce qui est ici relié à tort au devoir de loyauté – qui devrait à notre avis couvrir uniquement les exigences de morale individuelle – relève en fait d'une exigence de prise en compte, dans l'intérêt du cocontractant principalement, et marque l'introduction d'une nouvelle qualité d'exigence morale, plus relationnelle et altruiste, au sein du contrat.

299. D'un autre côté, au stade de l'exécution du contrat, l'obligation d'information renforcée accentue premièrement, comme nous l'avons vu, l'égalité concrète des partenaires et est donc au service d'une dynamique d'assistance du

⁸⁹⁶ V. par ex. Cass. civ. 1^e, 27 juin 1995, pourvoi n° 92-19212, *préc.*, où le débiteur de l'obligation de conseil est sanctionné pour ne pas avoir déconseillé son partenaire de conclure pour absence d'opportunité pécuniaire.

⁸⁹⁷ É. Savaux, *Solidarisme contractuel et formation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Économica, Paris, 2004, p. 43, spéc. p. 50.

partenaire en prenant en compte sa situation de faiblesse, ainsi que ses intérêts pour qu'il puisse retirer la plus grande utilité du contrat. Ainsi, « l'esprit de solidarité, (...) que justifie l'inégalité structurelle qui caractérise nombre de relations contractuelles, s'exprime par le *devoir d'assistance à autrui* (...) 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 (...). Au fond, pour être conforme à l'exigence de solidarité (...) l'exécution du contrat doit permettre au créancier d'en retirer toute l'utilité et tout l'intérêt auxquels il pouvait légitimement aspirer »⁸⁹⁹.

Mais également, elle introduit elle aussi une logique de collaboration, et participe ainsi d'un dépassement de l'égoïsme individuel. En effet, « [dans] le domaine de l'exécution du contrat, le devoir de coopération remplit le rôle de limite indispensable à l'affirmation de soi et à l'égoïsme individuel (...) En accord avec le principe de solidarité, l'obligation d'information va apparaître comme un instrument de dialogue, d'entraide et de coopération entre les parties au contrat »⁹⁰⁰.

La prise en compte des intérêts du cocontractant apparaît, ici aussi, comme relevant d'une logique altruiste, donc pouvant effectivement être reliée à la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité dans sa composante d'aide et d'assistance à autrui.

Cependant, une question essentielle se pose à ce stade ; quelle est la mesure de cette prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel ?

b. La mesure de la prise en compte : les limites de l'obligation d'information renforcée

300. Se pose maintenant la question de la mesure ou de l'intensité de la prise en compte qui se manifeste dans l'obligation d'information renforcée.

En d'autres termes, « jusqu'à quel point (...) oblige-t-elle à informer l'autre ? La considération de l'intérêt d'autrui peut-elle aboutir à négliger son propre intérêt ?

⁸⁹⁸ Y. Picod, *L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat*, in Mélanges Philippe Simler, Litec-Dalloz, Paris, 2006, p. 395.

⁸⁹⁹ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 617.

⁹⁰⁰ M. el Gharbi, *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, op. cit, spéc. p. 744.

(...) Certains évoquent une fraternité contractuelle »⁹⁰¹, comme nous l'avons vu, loin de faire l'unanimité.

En principe, nous pouvons dire, que dans la plupart des cas, la règle de droit « peut légitimement vouloir imposer à l'individu contactant un certain dépassement de son individualisme foncier et donc un effort de rapprochement vers le partenaire contractuel, mais elle ne saurait, en revanche, raisonnablement aller au-delà et exiger de lui l'altruisme absolu négateur de ses propres intérêts ou même, plus simplement le dévouement chronique et illimité »⁹⁰².

Le critère du raisonnable accompagne donc la découverte d'une obligation d'information dans l'intérêt du cocontractant ; « il serait déraisonnable d'obliger tout contractant à une obligation illimitée d'information (...). Le contrôle judiciaire de la morale contractuelle (...) est utile et correspond à des besoins contemporains. Mais il doit demeurer mesuré, à peine de ruiner la sécurité des contrats, le respect de la parole donnée, de devenir un "truc" pour gagner des procès »⁹⁰³.

Un certain réalisme intervient donc avec la prise en compte de l'intérêt du cocontractant par le moyen de l'obligation d'information, et conduit à constater que « la jurisprudence exige, de la part de chaque contractant, un *comportement altruiste minimum*, qui doit épouser les attentes légitimes de son partenaire, et pourfend l'individualisme contractuel exacerbé »⁹⁰⁴.

301. Ainsi, en premier lieu, cette prise en compte des intérêts du cocontractant est contrebalancée par le fait que « [le] devoir d'informer et de renseigner ne met pas le créancier en situation complètement passive et attentiste (...) La jurisprudence veille donc à ce que le créancier s'informe déjà *a minima*. »⁹⁰⁵. La qualité de profane ouvre droit en principe à une obligation d'information à la charge de l'autre partie, mais sans droit acquis à la passivité de celui-ci. Le système reste suffisamment libéral et individualiste avec le « devoir général de veiller à ses propres intérêts »⁹⁰⁶ qui

⁹⁰¹ É. Savaux, *Solidarisme contractuel et formation du contrat*, op. cit., spéc. p. 50.

⁹⁰² J. Mestre, *Bonne foi et équité, même combat !*, RTD civ. 1990, p. 652

⁹⁰³ Ph. Malaurie, note sous Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, p. 50, D. 1996, p. 518, spéc. p. 520.

⁹⁰⁴ D. Mazeaud, obs. sous Cass. civ. 1^e, 11 juin 1996, Defrénois 1996, p. 1007 (Nous soulignons).

⁹⁰⁵ C. Willmann, note sous Cass. soc., 15 déc. 1999, n° 98-41549, D. 2001, p. 507, spéc. n° 13.

⁹⁰⁶ V. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., n° 44, p. 35.

introduit donc un devoir de s'informer⁹⁰⁷, de ne pas rester passif dans la recherche de son propre intérêt⁹⁰⁸.

En effet, « [la] vocation du droit n'a jamais été et ne doit pas devenir de transformer "les agents juridiques en incapables majeurs" »⁹⁰⁹, et « le profane ne saurait être traité en majeur sous curatelle, en assisté permanent »⁹¹⁰. Certes, dans la prise en compte il y a assistance, mais elle ne doit pas se muer en assistanat.

302. En second lieu, même sur le fond de l'information à divulguer, « il y a naturellement des limites et nul n'est obligé de tout dire »⁹¹¹.

D'abord, en principe, l'obligation d'information même renforcée ne contraint pas à révéler ses points faibles. En effet, « la transparence souhaitable dans la formation d'un contrat ne doit pas aller jusqu'à fonder une obligation de s'auto-critiquer, de mettre en valeur, si l'on peut dire, ses points faibles, ses manques, ses échecs passés »⁹¹². Cependant, lorsque ce fait est primordial pour la conclusion ou l'exécution du contrat projeté, il doit être révélé.

⁹⁰⁷ V. en ce sens P. Jourdain, *Le devoir de "se" renseigner*, D. 1983, chron. p. 139. V. égal. Ph Le Tourneau, *De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil*, D. 1987, chron. p. 101, Com. 8 juill. 2003, n° 01-02.949, Bull. civ. IV, n° 134, et l'article 4 :107 PEDC « « pour établir si la bonne foi commandait à une partie de révéler une information particulière, on a égard à toutes les circonstances, notamment : (...) (c) le point de savoir si l'autre partie aurait pu raisonnablement se procurer l'information pour son compte ». Ces références sont tirées de Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, n° 46.

⁹⁰⁸ Sur ce point, Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, n° 46 : L'« obligation de renseignement ne dispense pas le créancier de toute obligation de diligence (Cass. civ. 1^e, 25 mars 2003, n° 99-15.198, RCA 2003. 179 : "Le manquement d'un professionnel à son devoir de conseil et d'information ne dispense pas le client de son devoir de prudence et de diligence" ; Cass. civ. 1^e, 30 nov. 2004, n° 01-14.314, Bull. civ. I, n° 298, professionnel de la culture de prunier) ».

⁹⁰⁹ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G 1988, I, 3318, n° 22.

⁹¹⁰ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 25. Ceci est d'ailleurs compatible avec le principe de fraternité qui ne s'accommode pas du paternalisme.

⁹¹¹ É. Savaux, *Solidarisme contractuel et formation du contrat*, *op. cit.*, p. 50.

⁹¹² J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. com. 24 sept. 2003, n° 00-21.863, inédit ; Cass. com. 19 nov. 2003, n° 01-01.859, RTD civ. 2004, p. 86 qui citent des exemples mettant en œuvre cette solution : Cass. soc. 3 juill. 1990, RTD civ. 1991, p. 316 et Cass. com. 12 nov. 1992, RTD civ. 1993, p. 116. Cependant si la prise en compte altruiste de l'intérêt du cocontractant devait jouer pleinement, elle exigerait une telle divulgation. V. sur ce point, A. Caillé, *De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement)*, *op. cit.*, p. 39 : « Prendre effectivement au sérieux l'exigence de la bonne foi, dans une vision pleinement solidariste du contrat, peut impliquer le devoir de communiquer à l'autre partie des éléments d'information susceptibles de tourner à son avantage, fût-ce au détriment de l'informateur bienveillant ».

Ensuite, l'acquéreur n'a pas l'obligation d'informer le vendeur sur la valeur de la chose⁹¹³. De même le contractant n'a pas à révéler l'existence de négociations menées en parallèle avec un tiers⁹¹⁴.

Enfin, l'obligation d'information renforcée ne va pas, en principe non plus, jusqu'à exiger la révélation de l'existence d'une meilleure offre chez les concurrents. Un auteur soulève, à juste titre, que « la chambre commerciale a considéré, le 12 novembre 1992, qu'un vendeur n'a pas à révéler à l'acquéreur d'un logiciel l'existence de produits concurrents peut-être moins onéreux (Cass. Com. 12 nov. 1992, RTD civ., 1993, p. 116, obs. J. Mestre). On pressent qu'ici la considération de l'intérêt d'autrui butte sur celle de son propre intérêt. Mais quand la limite est-elle atteinte ? Jusqu'où la solidarité peut-elle aller ? »⁹¹⁵

303. Cependant, dans certaines circonstances particulières le sacrifice ou l'abnégation refont une entrée. Dans les cas où une obligation de mise en garde ou de conseil, revient effectivement à une obligation de refuser de contracter, comme nous avons pu l'évoquer plus haut⁹¹⁶, nous constatons qu'il y a dépassement de la logique de coopération vers une logique d'abnégation. Ainsi, le « terme de collaboration n'explique pas que l'on mette dans certains cas à la charge du seul vendeur l'obligation d'indiquer à l'autre partie que l'opération qu'elle envisage ne correspond pas à ses besoins même si cela doit conduire à la non conclusion du contrat, (...) l'idée de collaboration n'explique pas l'obligation mise à la charge d'un contractant d'informer l'autre de certains évènements dont il pourrait tirer parti »⁹¹⁷. En effet, par exemple, l'intérêt d'une banque, même lorsqu'elle constate que la situation de son futur possible débiteur est compromise, serait de conclure l'affaire quand même, aux dépens de l'intérêt de la caution. Engager sa responsabilité si elle le fait⁹¹⁸ revient à

⁹¹³ V. Cass. civ. 1^e, 3 mai 2000, n° 98-11.381, JCP 2000, I, 272, obs. Loiseau ; JCP 2001, II, 10510, note Jamin ; Defrénois 2000, art. 37237, notes Delebecque et Mazeaud ; D. 2002., Som. com. p. 928, obs. Tournafond ; Civ. 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, Bull. civ. III, n° 5, D. 2007, p. 1051, notes D. Mazeaud et Stoffel-Munck ; JCP 2007, II, 10042, note Jamin. V. égal. l'arrêt du 9 janvier 1990 (D. 1990, p. 173, note J.-P. Brill ; Bull. Joly, 1990, p. 267, note M. Jeantin) de la chambre commerciale, qui refuse de mettre à la charge du banquier dépositaire de titres mobiliers une obligation d'informer le client de tout ce qui pourrait affecter leur valeur.

⁹¹⁴ Sauf, bien sûr, relations particulières de confiance. V. sur ce point, Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13.642, Rev. Lamy dr. civ. 2005, n° 20, p. 7, obs. J. Mestre.

⁹¹⁵ É. Savaux, *Solidarisme contractuel et formation du contrat*, op. cit., p. 50.

⁹¹⁶ V. *supra* n° 278.

⁹¹⁷ S. Darmais, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, n° 407, p. 260.

⁹¹⁸ Cass. civ. 1^e, 18 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 61 : « manque à son obligation de bonne foi la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise, ou à tout le

exiger d'elle la prise en compte de l'intérêt du cocontractant aux dépens de son propre intérêt.

304. Nous avons mis en lien, dans la première partie de notre recherche, les différents degrés d'exigences comportementales avec le principe de fraternité, fondement d'une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Pour que l'action d'un tel principe soit décelée, il suffit qu'il y ait prise en compte dans l'intérêt d'autrui (et non simplement dans l'intérêt du contrat). Cette prise en compte n'a pas à être exclusive d'un intérêt propre au contrat, ou d'une incidence sur l'efficacité contractuelle, puisque le sacrifice n'est pas une condition consubstantielle à la fraternité. Nous avons l'occasion de rappeler ici que cette dualité de finalité rattachée à la prise en compte n'entraîne pas une séparation étanche entre les deux ordres de réflexion. En effet, ces deux fonctions, à savoir l'introduction d'une valeur morale particulière au sein du rapport contractuel, et l'accentuation de l'efficacité du contrat, peuvent coexister, et même être complémentaires.

Ceci étant vérifié après examen de sa finalité, nous pouvons affirmer que la prise en compte de l'intérêt du cocontractant manifestée dans l'obligation d'information renforcée, dont la particularité a déjà été établie par rapport aux exigences de l'intérêt commun, relève de la théorie pure de la notion.

Conclusion Du Chapitre 1

305. La bonne foi et l'obligation d'information renforcée qui en découle, mais qui garde une particularité certaine justifiant de l'avoir traitée à part, constituent un premier type de manifestations de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant : celle-ci s'y matérialise comme norme positive de comportement.

306. Ces deux institutions contractuelles se sont en effet imposées dans leurs évolutions respectives comme normes comportementales pour la moralisation du contrat. Elles comportent chacune deux versants de moralité ; individuelle d'une part, avec les valeurs d'honnêteté, de civisme, et de droiture pour la bonne foi, et de

moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant à s'engager ».

transparence spécifiquement pour l'obligation d'information renforcée, et relationnelle de l'autre : seul ce versant relationnel de la norme comportementale morale qu'elles introduisent, constitue une manifestation de la prise en compte, et conduit à tempérer le principe de liberté contractuelle. Plus particulièrement, l'obligation d'information renforcée constituant une telle manifestation, a pu être identifiée grâce à sa fonction de vivification de l'égalité entre contractants, et de la collaboration, à l'exclusion de l'assainissement du consentement ou de la sanction d'une moralité individuelle.

Toutes deux introduisent des intensités différentes de prise en compte ; une prise en compte-coopération, et plus timidement une prise en compte-abnégation pour la bonne foi, et les obligations de renseignement, de mise en garde et de conseil pour l'obligation d'information renforcée.

307. La particularité suffisante de la prise en compte qu'elles introduisent a pu être établie par rapport à la justification par des critères spécifiques dont notamment les exigences de l'intérêt commun. Ce dernier critère a pu être rejeté dans les deux institutions, puisqu'elles intervenaient alors qu'une altérité de base entre les intérêts existe. En plus, un critère général d'une coopération imposée toutes les fois où cela serait possible, ainsi que l'extension et le laxisme dans l'application du critère de l'ignorance légitime quant à l'obligation d'information, étendent notablement le champ de cette exigence de prise en compte.

Enfin, quant à la finalité de la prise en compte, et si les deux supports favorisent nécessairement l'efficacité contractuelle, l'utilité étant une conséquence de la collaboration, ainsi que le partage de l'information ayant un impact direct sur la maximisation de l'efficacité économique et la réduction des coûts, nous avons vu qu'elles introduisent toutes deux une exigence de prise en compte réellement altruiste, de dépassement de l'égoïsme dans le contrat. En effet, la bonne foi-coopération n'a pas pour finalité principale la maximisation de l'utilité contractuelle, et la bonne foi-abnégation sanctionnant l'exclusion économique et sociale du partenaire contractuel a une finalité altruiste marquée. De son côté, l'obligation d'information renforcée se muant en obligation de ne pas contracter, en phase précontractuelle, et celle ayant pour finalité l'assistance du partenaire, comportent une dimension altruiste certaine, qui ne va pourtant pas, sauf exceptionnellement, jusqu'au sacrifice de l'intérêt propre au contrat.

308. La prise en compte qui se manifeste dans la bonne foi contractuelle dans son versant relationnel, ainsi que dans l'obligation d'information renforcée, relève ainsi d'une dynamique relationnelle et altruiste, et n'est pas fondée sur l'intérêt commun. Elle est donc rattachable à la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité, dont les caractéristiques sont donc vérifiées.

Après l'exposé d'une première série de manifestations de la prise en compte, tempéraments au principe de liberté contractuelle, à savoir celles constituant des normes positives de comportement, nous nous intéressons maintenant à celles se matérialisant comme limite à l'exercice d'une prérogative contractuelle.

Chapitre 2 : Prise en compte de l'intérêt du cocontractant, limite à l'exercice d'une prérogative contractuelle

309. Une deuxième série de manifestations de la prise en compte, constituant des tempéraments au principe de liberté contractuelle, doit être mise en lumière. Il s'agit en effet de celles agissant comme limites à l'exercice d'une prérogative contractuelle, à savoir d'abord l'abus de droit pour défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant (Section 1), et ensuite l'obligation de minimisation de son propre dommage (Section 2).

Section 1 : L'abus de droit pour défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant

310. Nous nous intéresserons maintenant à une technique du droit contractuel, qui comme les deux précédentes, introduit l'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant (§1), mais cette fois comme limite à l'exercice d'une prérogative contractuelle. Pourtant il faudra vérifier dans un deuxième temps si cette prise en compte relève de la théorie pure de la notion (§2).

§1. Le contrôle de l'abus pour défaut de telle prise en compte

311. Exposons d'abord la conception de la théorie de l'abus (A), pour examiner ensuite son critère contemporain, à savoir, la caractérisation de l'abus pour défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant (B).

A. Conception de l'abus

312. L'exposé des différentes conceptions de la théorie de l'abus (1), ensuite, de son lien avec la notion de bonne foi (2), enfin, de son régime de contrôle (3), est nécessaire afin de pouvoir faire ressortir la manifestation de la prise en compte au sein du contrôle de l'abus.

1. Différentes conceptions de l'abus

313. La notion d'abus, « née au tournant du siècle dernier »⁹¹⁹, a vu son utilisation de plus en plus grandir en droit du contrat.

Cependant l'approche de la notion est loin de faire l'unanimité et, dès l'origine, deux conceptions extrêmes de l'abus ont été avancées, la première « individualiste, restrictive, à laquelle on attache habituellement le nom de Ripert, mais dont on trouve une première expression chez Saleilles, lequel définit l'abus comme un “acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit” (...). À l'opposé la conception, présentée comme “socialisante” initiée par Josserand (...) attribue aux droits une certaine fonction sociale, l'abus étant constitué par le détournement de cette fonction, de cette finalité, de cet esprit »⁹²⁰.

Certaines variantes de ces deux dernières sont aussi à relever. Certains auteurs distinguent eux, entre approches subjective et objective de l'abus de droit. Dans l'approche subjective « il y a abus lorsque le titulaire d'un droit se place, par son agissement, au-delà de l'espace de souveraineté qui lui est octroyé. Il agit sans droit mais ce constat doit être établi par le biais de l'abus parce que, se prévalant d'un droit, notre agent entend faire bénéficier son agissement de l'immunité que confère tout droit. (...) En cas d'abus objectif, son auteur demeure dans son droit mais il en a fait un usage contraire à celui qu'il pouvait en faire (...) »⁹²¹.

Cette distinction est non sans rappeler celle opérée, séparant l'abus de ce qui constitue un dépassement du droit, le sujet étant sorti des limites de la prérogative qui lui est reconnue (...) [et qu'on] retrouve chez certains auteurs sous la forme d'une

⁹¹⁹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, éd. PUF, Paris, 3^e éd., 2012, p. 84.

⁹²⁰ P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP E 1998, I, p. 30, spéc. p. 32. V. sur cette distinction L. Cadet, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Abus de droit, n^{os} 24-25-26.

⁹²¹ T. Revet, *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, RDC 2004, p. 579, n^o 6.

distinction entre les limites externes et les limites internes du droit »⁹²². Cela revient à départager les comportements illicites, de ceux licites mais constituant un abus du droit donné.

314. Nous nous intéressons à la conception plus nouvelle de la théorie de l'abus de droit « dans ce courant contemporain de l'extension du contrôle judiciaire, par le biais de notions-cadres »⁹²³, où l'abus de droit est ramené à une faute, conception qui s'accompagne du constat, qu'en jurisprudence, la qualification d'abus résulte, la plupart du temps, d'« un jugement de valeur porté, au cas par cas, sur le comportement [du] contractant »⁹²⁴.

Aujourd'hui, « [le] contenu (...) de la notion d'abus de droit s'ordonne principalement autour de deux critères : - la faute dans l'exercice du droit d'une part, qui comprend non seulement l'intention de nuire mais également un certain nombre d'équivalents ; - le détournement du droit de sa finalité d'autre part, critère inspiré de la pensée du doyen Josserand »⁹²⁵. Ainsi, à côté du raisonnement en terme de faute, l'abus peut être conçu en termes de « détournement », dans le sens d'un pouvoir utilisé à d'autres fins que celles pour lesquelles il a été conféré⁹²⁶.

Mais il semblerait que la jurisprudence penche aujourd'hui, dans la plupart des cas, vers l'appréciation de l'abus au regard du comportement du contractant, lors de l'exercice par ce dernier d'une prérogative ou d'un droit contractuel⁹²⁷, et que

⁹²² P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, op. cit., spéc. p. 31. Sur les limites internes et externes du droit V. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 765 ; L. Cadet, Rép. civ. Dalloz, V° Abus de droit, n° 31.

⁹²³ L. Cadet, Rép. civ. Dalloz, V° Abus de droit, n° 6.

⁹²⁴ P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, op. cit., spéc. p. 33.

⁹²⁵ A. Constantin, note sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, LPA 16 sept. 1998, p. 17, spéc. n° 22.

⁹²⁶ V. sur ce point Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, 2000, nos 636 s., pp. 469 s. ; M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 301, spéc. nos 4 et s. V. égal. Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, Bull. civ. I, n° 190, RDC 2005, p. 275 : « Ayant été convenu pour répondre à une ou plusieurs nécessités particulières, le pouvoir litigieux ne saurait être valablement employé pour un motif autre car il n'a pas été accepté pour cela (...). Autrement dit, et à propos des seules clauses de pouvoir, le raisonnement ramène l'abus de prérogative à un détournement de pouvoir ».

⁹²⁷ Notons cependant, qu'une dernière approche est possible de l'abus. Certaines décisions se fondent en fait, pour retenir l'abus, sur l'article 1135 du Code civil. La référence à l'article 1135 ferait de l'« obligation » de ne pas abuser de ses prérogatives, une des « suites » aux obligations contractuelles. V. sur ce point, D. Bureau et N. Molfessis, note sous Cass. ass. plén., 1 déc. 1995, arrêts nos 393 P et 394 P et 395 P et 396 P, LPA 27 déc. 1995, p. 11, n° 31 : Cette « référence à l'article 1135 pourrait laisser entendre qu'une nouvelle obligation se trouverait rattachée au contrat, distincte de l'obligation de l'exécuter de bonne foi. Il faudrait admettre que cette nouvelle obligation

« l'abus de droit se fonde dans la notion générale de faute ou, en matière contractuelle, du manquement à la bonne foi »⁹²⁸.

Si l'abus est souvent relié à la bonne foi, les deux étant visés à la fois dans nombre de décisions jurisprudentielles, quel est le rapport entre les deux notions ? Abus et bonne foi sont-ils interchangeables ?

2. Rapport entre abus et bonne foi

315. Si nous retenons la conception de l'abus comme une faute au contenu moral⁹²⁹, engageant la responsabilité de son auteur, il devient nécessaire de comparer cette notion à celle de bonne foi dans son versant moral, conçue elle aussi comme une exigence de comportement. Ainsi, « tant la doctrine que la jurisprudence contemporaines tendent à établir un lien entre les deux notions d'abus et de bonne foi en droit des contrats, voire même à les assimiler plus ou moins »⁹³⁰.

Très souvent, en pratique, le fondement de l'article 1134 est utilisé dans les décisions retenant l'abus, ce qui démontre un lien clair entre les notions d'abus et de bonne foi. Par exemple, un arrêt de la première chambre civile du 29 novembre 1994⁹³¹ juge que la partie concernée « n'avait pas abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi

naît avec la formation du contrat, puisqu'elle se trouve intégrée à celui-ci, comme le sous-entend l'article 1135 du Code civil. En contractant, les parties s'engagent à ne pas se comporter de façon abusive. Au même titre que la loyauté impose l'information et le renseignement au stade de la formation du contrat, elle exige l'absence d'abus au stade de l'exécution. Ces obligations sont comprises dans les stipulations contractuelles, en ce qu'elles sont des "suites" du contrat. Voici une forme d'abus du droit qui trouverait sa source dans une stipulation implicite préexistante... ». V. égal. L. Cadiet, Rép. civ. Dalloz, V° Abus de droit, n° 6.

⁹²⁸ P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, op. cit., p. 30, spéc. p. 32. V. par ex. N. Prod'homme, *Professionnel et consommateur : Une loyauté réciproque ?*, LPA 24 nov. 2011, p. 29, spéc. n° 19 : « L'abus de droit n'est en effet autre chose que la sanction de l'utilisation déloyale d'un droit ».

⁹²⁹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., n° 114, p. 104 : « L'abus fréquemment stigmatisé sous les dehors d'une violation de l'article 1134 al. 3 n'est donc qu'une faute contre différents devoirs d'inspiration morale. Ceux-ci pèsent, de manière variable, sur l'exécution du contrat, et en particulier dans l'exercice d'un droit ».

⁹³⁰ X. Delpech, note sous CA Paris, 15^e ch. A, 24 oct. 2000, D. 2001, p. 302. Sur ce rapprochement, V. notam., en jurisprudence, Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998, Som. com. p. 113, obs. D. Mazeaud ; V. égal., en doctrine, P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus en matière contractuelle*, op. cit. ; Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, n° 53 : « tout abus de droit en matière contractuelle est une violation, délibérée ou non, de la bonne foi ».

⁹³¹ Bull. civ. I, n° 348 ; JCP G 1995, II, 22371, note J. Ghestin ; D. 1995, p. 122, note L. Aynès ; Defrénois 1995, p. 335, n° 13, obs. Ph. Delebecque ; Contrats, Conc., Consom. 1995, n° 24, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 1995, p. 358, n° 5, obs. J. Mestre.

méconnu son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ». Pourtant, « il n'y a pas eu absorption de l'une par l'autre »⁹³².

Certains font relever l'abus de la fonction restrictive de la bonne foi qui aboutit à restreindre le plein exercice par une partie, dans certaines circonstances, des droits ou prérogatives législatifs ou contractuels⁹³³.

316. Mais l'abus et le manquement à la bonne foi sont-ils pour autant interchangeables ? Si pour certains « la nuance est surtout d'ordre terminologique et présente le seul avantage de “coller” directement à l'article 1134 alinéa 3 – car sur le fond l'idée est à peu près la même : il y a mauvaise foi du créancier lorsqu'il se sert de ses prérogatives contractuelles d'une manière qui traduit un excès ou un détournement, c'est-à-dire un abus »⁹³⁴, pour d'autres, la seule différence réside dans le fait que pour déterminer l'abus de droit, il faut identifier, au préalable, l'exercice d'un droit ou d'une prérogative. « L'abus de droit, qui suppose l'existence d'un droit dont est titulaire le contractant, est ainsi plus adapté lorsqu'une prérogative unilatérale est accordée à un contractant. La bonne foi a davantage vocation à intervenir lorsque l'exécution des obligations contractuelles est en jeu »⁹³⁵.

Il y a, en effet, deux contextes différents d'invocation de la bonne foi. D'une part celle-ci peut être invoquée pour « sanctionner le comportement de l'autre en se prétendant créancier d'une obligation à laquelle son partenaire contractuel aurait manqué »⁹³⁶ et d'autre part, elle peut être invoquée pour « essayer de limiter les prérogatives de l'autre qui lui oppose un droit (...) soutenir que l'autre exerce son droit de mauvaise foi »⁹³⁷. Seul dans le deuxième contexte, abus et bonne foi correspondent.

En définitive, l'abus apparaîtrait comme une faute de comportement particulière, commise « à l'occasion de l'exercice d'une prérogative

⁹³² P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, *op. cit.*, spéc. p. 34.

⁹³³ V. par ex. M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), LGDJ, Paris, 1996, p. 615, spéc. p. 637, n° 32.

⁹³⁴ A. Bénabent, *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat. Rapport français*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiana 1992, Litec, Paris, 1994, p. 291, spéc. p. 298.

⁹³⁵ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 86.

⁹³⁶ P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, *op. cit.*, spéc. p. 35.

⁹³⁷ *Ibid.*

contractuelle »⁹³⁸. Et dans cette perception, « [il] s'agit d'*abus*, si tant est que ce terme doive être conservé, dans l'exercice d'un droit, et non d'*abus de droit* à proprement parler »⁹³⁹.

3. Régime de contrôle : la responsabilité civile

317. La jurisprudence semble donc pencher aujourd'hui vers la conception de l'*abus* comme une faute résultant de l'appréciation du comportement du contractant, et non comme une mise en œuvre illégitime du droit⁹⁴⁰ ; l'« *abus* apparaît donc toujours en définitive comme une variété particulière de faute obligeant celui qui l'a commise à réparer le préjudice causé»⁹⁴¹.

Quant à la nature de la responsabilité, l'on pourrait penser de prime abord à la responsabilité délictuelle, l'*abus* étant appréciable *a priori* « au regard des règles générales de conduite dont on présuppose l'existence derrière l'article 1382 »⁹⁴². Mais ceci est contredit par la jurisprudence qui retient très souvent le fondement de l'article 1134 alinéa 3 pour sanctionner l'*abus*.

a. La faute : appréciation d'un comportement

318. Dans une affaire⁹⁴³ de location de chambre forte, liant une banque à sa cliente, à laquelle nous reviendrons, l'*abus* dans la révision unilatérale du prix est appréhendé par la Cour de cassation comme une faute de comportement, et non comme dépassement des limites de la prérogative, en l'espèce de révision unilatérale du prix. En effet, celle-ci censure la Cour d'appel pour ne pas avoir « caractérisé le comportement fautif de la banque ». Cela revenait à « admettre que la qualification d'*abus* dans la révision du prix dérive d'un jugement de valeur sur un comportement et s'inscrit dans une problématique de responsabilité civile (...) Pourtant, la qualification d'*abus* aurait pu, en l'occurrence, être envisagée non pas sous l'angle de

⁹³⁸ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., n° 70, p. 71.

⁹³⁹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., n° 111, p. 102.

⁹⁴⁰ V. égal. sur cette conception de l'*abus* les idées de Ph. Stoffel-Munck, in *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., n° 344, p. 288, pour lequel le contrôle de l'*abus* est une appréciation de la « civilité de celui qui agit » et non de « la légitimité du droit dont il use ».

⁹⁴¹ P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, op. cit., spéc. p. 36.

⁹⁴² *Ibid.*

⁹⁴³ Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, Bull. civ. 2004, I, n° 190, p. 157, Juris-Data n° 2004-024346 ; Contrats, conc., consom. 2004, comm. n° 151, obs. L. Leveneur ; Dr. et patr., nov. 2004, n° 566, obs. P. Chauvel ; RDC 2005, p. 275, obs. P. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2004, p. 749, obs. P-Y. Gauthier ; RTD civ. 2005, p. 126, obs. J. Mestre et B. Fages : « Chaque partie étant libre de fixer les prix qu'elle entend pratiquer, le nouveau prix n'est pas abusivement fixé, malgré une augmentation de près de 100 %, car ce comportement n'est pas fautif dans la mesure où le client a été averti en temps utile de cette future hausse ».

la responsabilité civile, mais sous celui de la délimitation du pouvoir accordé par la prérogative »⁹⁴⁴. Le choix de la banque aurait pu être apprécié au regard du dépassement ou non des limites de la prérogative accordée de fixation unilatérale du prix, mais c'est bel et bien donc la conception de l'abus comme « faute » qui est retenue.

Cette différence est importante sur le plan conceptuel, parce qu'elle traduit l'inscription de la théorie de l'abus dans le courant contemporain de contrôle du comportement du contractant, mais en pratique, son effet reste très limité, puisque la faute sera souvent retenue lorsqu'il y a une volonté de poser une limite à l'exercice d'une prérogative.

b. La sanction

319. D'abord et si l'on raisonne en terme de responsabilité, et puisque la faute réside dans le comportement du contractant accompagnant l'exercice du pouvoir ou de la prérogative contractuelle, et non dans la prérogative elle-même, la sanction ne doit pas aboutir à la remise en question de la liberté exercée elle-même. Par exemple, dans le cas d'une rupture abusive du contrat, l'abus n'est pas constitué par l'acte de rupture lui-même, mais par la façon dont il a été mis en jeu. C'est pourquoi la réparation ne peut être en rétablissant le lien contractuel, mais seulement en dommages-intérêts⁹⁴⁵. De même, la nullité est écartée comme sanction.

Cependant, notons qu'au contraire, si l'on considère que « l'exercice abusif d'un droit équivaut à un comportement sans droit, qui devrait, à ce titre être privé des effets juridiques qu'il devrait normalement produire »⁹⁴⁶, alors dans ce cas on pourrait penser l'abus différemment que comme source de responsabilité. L'inefficacité de l'acte serait alors une sanction possible et non seulement la réparation⁹⁴⁷. Toujours est-il que, « dans l'immense majorité des cas, le comportement abusif est un simple fait générateur d'un préjudice pour autrui, et la seule sanction envisageable est la réparation »⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. civ. 1^{er}, 30 juin 2004, Bull. civ. I, n^o 190, RDC 2005, p. 275.

⁹⁴⁵ V. par ex. sur cette distinction D. Mazeaud, note sous Cass. com., 8 oct. 2013, n^o 12-22952, D. 2013, p. 2617, spéc. n^o 13. Cependant, et nous l'avons évoqué, l'attribution de dommages-intérêts équivalents à la perte subie par l'effet de la rupture du contrat, revient en pratique à indemniser la résiliation elle-même du contrat. Il y a en d'autres termes neutralisation en pratique du droit de ne pas renouveler le contrat.

⁹⁴⁶ P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, op. cit., spéc. p. 38.

⁹⁴⁷ V. sur l'existence d'autres formes de sanctions de l'abus dans certaines dispositions spéciales, L. Cadiet, Rép. civ. Dalloz, V^o Abus de droit, n^{os} 19, 34 et 35.

⁹⁴⁸ P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, op. cit., spéc. p. 38.

Qu'en est-il du critère particulier de qualification de l'abus : le défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant ?

B. Critère particulier de l'abus : défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant

320. Si l'abus est de plus en plus assimilé à une faute de comportement lors de l'exercice d'un droit ou d'une prérogative contractuelle⁹⁴⁹, reste à savoir dans quels cas cet exercice est fautif. Cette question revient à s'interroger sur les critères de l'abus. Mais gardons à l'esprit que « [l']abus de droit fait partie de ces mécanismes correcteurs généraux du droit dont on peut essayer de faire une théorie mais qui, en pratique, nécessitent précisément une certaine souplesse, si bien que la Cour de cassation veille farouchement à ce que ses critères en demeurent incertains »⁹⁵⁰.

Nous passerons en revue d'abord les critères traditionnels de l'abus (1), pour nous arrêter sur les manifestations du critère nous intéressant particulièrement : le défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant (2).

1. Les critères traditionnels

321. De très différents critères ont pu être attribués à l'abus. En effet « le terme d'abus qui ne manque pas d'être flou, (...) a autorisé toutes les analyses : intention de nuire, mauvaise foi, prix injuste, déloyauté de celui qui fixe le prix, absence de référence aux pratiques contractuelles d'usage, prix non concurrentiels, voire admission indirecte de la lésion »⁹⁵¹.

Plus particulièrement, d'éminents auteurs ont vu dans l'intention de nuire, le critère de l'abus. Demogue soutient par exemple que « le contractant ne doit pas abuser de son droit, c'est-à-dire s'en servir uniquement pour nuire, ou choisir une utilisation du droit seulement parce qu'elle est nuisible »⁹⁵². Ceci est également la position du doyen Ripert qui proposait l'intention de nuire comme critère de l'abus⁹⁵³.

⁹⁴⁹ Sur l'application indifférence de la théorie de l'abus droits et aux libertés et prérogatives, L. Cadet, Rép. civ. Dalloz, V^o Abus de droit, n^{os} 9-10, et les références citées.

⁹⁵⁰ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., p. 85.

⁹⁵¹ C. Jamin, *Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP G 1996, I, 3959, spéc. n^o 5.

⁹⁵² R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations*, t. 6, éd. A. Rousseau, Paris, 1931, n^o 23, p. 28.

⁹⁵³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1949, n^{os} 89 s, pp. 157 s.

Si l'intention de nuire constitue le « critère traditionnel de l'abus de droit, (...) il apparaît aujourd'hui particulièrement réducteur »⁹⁵⁴, et est d'ailleurs condamné en jurisprudence. La Cour de cassation « condamne la vision la plus restrictive de l'abus de droit qui la réduit à n'être qu'une barrière morale, au surplus de peu d'ampleur, dans la mesure où elle se caractérise par la seule intention de nuire (...) Si donc l'intention de nuire doit être sanctionnée, elle ne peut pas constituer ici le critère de la théorie de l'abus des droits »⁹⁵⁵.

Cette mouvance d'assouplissement de ses critères traduit un renforcement du contrôle de l'abus, et un élargissement de la théorie⁹⁵⁶. En effet la jurisprudence « est passée peu à peu d'un contrôle limité de l'abus qu'elle identifiait à l'intention de nuire, à un contrôle de plus en plus large en caractérisant l'abus par la mauvaise foi de l'auteur de la rupture »⁹⁵⁷.

2. Manifestations du critère particulier

322. Hormis les critères traditionnels servant à caractériser l'abus, un critère plus particulier nous intéresse au plus haut point : l'abus pour défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

En effet, un lien est directement établi entre la caractérisation de l'abus et le défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Même pour le doyen Ripert chez qui le critère de l'abus est l'intention de nuire, ce lien est établi puisqu'il soutient que le seuil pour retenir l'abus est déterminé même comme une « indifférence trop absolue devant l'intérêt d'autrui »⁹⁵⁸.

Avant de nous interroger sur les liens de la prise en compte, telle qu'elle se manifeste dans le contrôle de l'abus, avec la théorie pure de la notion, tentons

⁹⁵⁴ X X. Delpech, note sous CA Paris, 15^e ch. A, 24 oct. 2000, *op. cit.*. V. par ex. Cass. com., 3 juin 1997, *op. cit.*, qui affirme clairement que « l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie ».

⁹⁵⁵ C. Jamin, *Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, *op. cit.*, spéc. n° 9.

⁹⁵⁶ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 85 : « Plus le critère de l'abus de droit est large et plus le droit en question est relatif ; à l'inverse, l'utilisation d'un critère très strict et rarement présent comme l'intention de nuire renforce le caractère absolu du droit en question ».

⁹⁵⁷ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, p. 442, n° 668.

⁹⁵⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 103 bis, spéc. p. 183. Dans ce sens égal., V. Th. Revet, *L'éthique des contrats en droit interne*, in *Éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Librairie de l'Université, Aix-en-Provence, 1997, n° 15, p. 220 : « la Cour de cassation oblige celui qui fixe unilatéralement le prix à le faire compte étant aussi

d'identifier ce critère de façon neutre à ce stade, tel qu'il se dégage des différentes solutions jurisprudentielles, intervenant à différentes étapes de la vie du contrat⁹⁵⁹.

a. En matière d'octroi de crédits

323. D'abord, en matière d'octroi de crédits et de mise en jeu des sûretés, le créancier maintient par principe une grande marge de liberté d'appréciation. « L'abus a toujours eu une place réduite en droit des garanties. Le créancier a traditionnellement un droit quasi discrétionnaire de se faire consentir et de faire jouer ses sûretés. Aujourd'hui, ce n'est plus totalement vrai. Une idée tend en effet à s'imposer : une bonne sûreté doit être une sûreté équilibrée, ne gênant pas de manière excessive les intérêts du débiteur »⁹⁶⁰. Notons que l'équilibre considéré objectivement est exclu de notre champ de recherche. C'est la considération subjective de l'intérêt du cocontractant qui nous intéresse.

Ici « [le] créancier va être sanctionné s'il octroie un crédit excessif, s'il se fait consentir des garanties excessives par rapport au patrimoine et aux ressources du garant, *s'il méconnaît totalement les intérêts du débiteur lorsqu'il met en œuvre ses garanties (...) ou en les mettant en œuvre en portant inutilement atteinte aux intérêts de son débiteur ou du constituant de la garantie* »⁹⁶¹. Cette dernière forme d'abus caractérisée « au regard des intérêts du cocontractant », pour méconnaissance ou atteinte inutile à ses intérêts, est à mettre en évidence. S'y manifeste le contrôle de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

b. En matière de fixation unilatérale du prix

324. Ensuite, le défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant caractérise l'abus particulièrement en matière de fixation unilatérale du prix.

324. Avec le revirement en la matière opéré par l'Assemblée plénière dans ses arrêts du 1^{er} décembre 1995⁹⁶², et la validation du pouvoir de fixation unilatérale du

tenu de l'intérêt de l'autre partie ; il y aura abus lorsque le droit unilatéral aura été exercé au service unique de son auteur ».

⁹⁵⁹ Ce critère est même clairement identifié en matière d'arbitrage international, V. par ex. S. Jarvin, note sous sentence CCI n° 14637 de 2008, JDI (Clunet) 2011, n° 4, chron. 11, spéc. n° 188 : « l'absence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant tend à faire dégénérer en abus l'usage de tel ou tel droit ».

⁹⁶⁰ D. Legais, *Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie*, LPA 1998, n° 117, p. 38.

⁹⁶¹ *Ibid.* (Nous soulignons).

⁹⁶² Cass. ass. plén., 1er décembre 1995 (4 arrêts), Bull. civ. n° 7 ; D. 1996, p. 13, concl. M. Jeol, note L. Aynès, 1997, Som. com. 59, obs. D. Ferrier ; LPA 27 décembre 1995, note D. Bureau et N.

prix octroyé à l'un des contractants, a été institué un contrôle de l'abus, une sorte de « réserve d'abus »⁹⁶³. En effet, « le pouvoir de fixation du prix est subordonné à une condition destinée à éviter qu'il ne serve l'intérêt de son seul titulaire ; grâce à la réserve d'abus, la détermination unilatérale du prix doit s'exercer en conformité avec l'intérêt des contractants, faute de quoi ce pouvoir est détourné et son exercice sanctionnable »⁹⁶⁴.

Ici aussi l'abus est caractérisé par le défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant qui subit la fixation unilatérale du prix. « La prise en compte de l'intérêt du contractant qui ne détermine pas le prix est assurée par la réserve d'abus : on ne voit pas d'abus dans la fixation du prix hors du cas où celui-ci aura été arrêté dans le seul intérêt de celui qui le fixe (...) »⁹⁶⁵.

Nous reviendrons plus tard sur l'examen du lien entre cette prise en compte introduite par la réserve d'abus, et la théorie pure de la notion, mais ce qui nous intéresse à ce stade c'est de mettre en lumière que l'abus est l'une des institutions du droit contractuel consacrant la mise en œuvre du devoir de prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

Il apparaît en effet, qu'en contrepartie du pouvoir unilatéral de fixer le prix, ce dernier « 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 »⁹⁶⁶, et que « le devoir d'ingérence oblige le maître du prix à prendre en considération les intérêts

Molfessis ; JCP 1996, II, 22265, concl. M. Jeol, note J. Ghestin ; Defrénois 1996, p. 747, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. Mestre ; JCP E 1996, I, p. 523, n° 7, obs. J.-M. Mousseron, II, p. 776, obs. L. Leveneur ; sur lesquels V. aussi N. Molfessis, *Les exigences relatives au prix dans le droit des contrats*, in *Le contrat : questions d'actualité*, LPA, 5 mai 2000, p. 41 et s. ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, t. 2, éd. Dalloz, Paris, 12^e éd., 2008, n°s 152-155, pp. 74 s. ; Y. Reinhard et J.-P. Chazal, *Droit commercial*, Litec, 6^e éd., 2001, spéc. n° 375, et les références citées.

⁹⁶³ T. Revet, *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance*, RTD com. 1997, p. 37, spéc. n° 6.

⁹⁶⁴ T. Revet, *Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 83, spéc. p. 95.

⁹⁶⁵ T. Revet, *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance*, *op. cit.*, spéc. n° 6.

⁹⁶⁶ T. Revet, *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance*, *op. cit.*, spéc. n° 16. Cette expression est non sans rappeler celle du célèbre arrêt *Huard*, dont nous réservons l'étude à la prise en compte intervenant en cas de changement de circonstances, qui instaure l'obligation pour le fournisseur de « permettre au distributeur de pratiquer des prix concurrentiels » (V. *infra* n° 467). V. égal. B. Fages, *L'abus dans les contrats de distribution*, JCP E 1998, p. 11, spéc. p. 13.

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 »⁹⁶⁷.

Le défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant renforce ainsi le contrôle de l'abus puisqu'il constitue un assouplissement des conditions de qualification de l'abus. En effet, il n'est plus exigé de caractériser une intention de nuire au partenaire contractuel, mais un simple défaut de prise en compte ou de considération des intérêts de ce dernier peut constituer un abus.

325. Revenons sur l'affaire de location de chambre forte⁹⁶⁸ sus-évoquée⁹⁶⁹. Après dix ans d'exécution d'un contrat entre la cliente et sa banque, cette dernière décide d'augmenter le loyer de plus de 150 %, suivie d'une petite réduction après vive protestation de la cliente, qui finit par tenter une action en dommages-intérêts, sur les fondements de l'abus du droit de fixer unilatéralement le loyer et du manquement à l'obligation d'exécution de bonne foi⁹⁷⁰.

Dans un premier temps, la Cour d'appel de Paris juge dans un arrêt du 24 octobre 2000⁹⁷¹ que « la bonne foi contractuelle implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, *sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire* »⁹⁷².

Certes, il faut relever avec un auteur que « la poursuite d'un "intérêt exclusif", (...) traduit certainement de manière plus satisfaisante la psychologie du cocontractant »⁹⁷³, cependant il semble que celui-ci soit incité par les juges du fond dans cette solution, à dépasser cette logique au profit de la prise en compte de l'intérêt de son cocontractant, sous peine d'être sanctionné pour abus.

Mais, la Cour de cassation censure elle, au visa des articles 1134 et 1135 du code civil, la décision de la Cour d'appel aux motifs que la banque garde la liberté de fixer le prix qu'elle désire d'une part, ainsi que la cliente la possibilité de s'adresser à

⁹⁶⁷ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 620.

⁹⁶⁸ Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, Bull. civ. 2004, I, n° 190, p. 157.

⁹⁶⁹ V. *supra* n° 318.

⁹⁷⁰ Notons que la Cour considère que la solution concerne « l'exécution d'un contrat *qui n'a jamais été interrompu* ». Mais la reconduction vaut novation, donc il y a erreur dans l'application du raisonnement, puisque la cliente maintenait sa liberté de ne pas renouveler le contrat.

⁹⁷¹ CA Paris, 15^e ch. A, 24 oct. 2000, D. 2001, p. 302, obs. X. Delpech, D. 2001, Som. com., p. 3236, obs. D. Mazeaud, D. 2002, Som. com., p. 641, obs. crit. D.-R. Martin.

⁹⁷² Nous soulignons.

⁹⁷³ X. Delpech, note sous CA Paris, 15^e ch. A, 24 oct. 2000, *op. cit.*.

la concurrence d'autre part⁹⁷⁴. C'est donc un recul de la logique de prise en compte de l'intérêt du cocontractant qui est marqué ainsi, au profit d'un « bilatéralisme dont il faut continuer à assurer le respect, en veillant à ce que chacun soit en mesure de défendre ses propres intérêts dans la négociation du contrat »⁹⁷⁵. Ainsi, la liberté de la cliente de refuser de renouveler le contrat au prix nouveau fixé, suffit à évincer tout contrôle de l'abus et à considérer qu'elle est à même de protéger ses intérêts.

Nous reviendrons plus tard à l'appréciation de cette conception de la liberté, mais toujours est-il que le lien est établi entre l'abus et le respect de l'intérêt de l'autre partie : lorsque cette dernière n'est pas considérée en mesure de défendre ses intérêts, le contrôle de l'abus permet de s'assurer que son intérêt soit pris en compte, et vice versa.

c. En matière de fixation unilatérale des conditions de vente

326. Il paraît important de revenir à la solution consacrée par l'arrêt du *Mazda* – que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer lors du chapitre premier⁹⁷⁶ –, sanctionnant, on le rappelle, comme abusive la distribution de dividendes par un contractant à ses actionnaires, tout en imposant des sacrifices aux cocontractants mettant en péril leur activité économique. Cet arrêt fournit deux enseignements importants en matière d'abus.

En premier lieu, la Cour de cassation, par le contrôle de l'abus, ne vise pas seulement la fixation du prix mais autorise la Cour d'appel à contrôler aussi « les conditions de vente »⁹⁷⁷. De plus, sa solution affirme que « lorsqu'un des contractants est investi d'un pouvoir unilatéral qui lui donne droit de vie ou de mort sur le contrat, il doit user de ses prérogatives conformément à l'exigence de bonne foi, c'est-à-dire

⁹⁷⁴ Elle affirme en effet qu' en « accueillant une demande formée contre une banque en dommages-intérêts pour abus dans la fixation du prix de location de chambres fortes, alors, d'une part, que la banque était libre de fixer le prix qu'elle entendait pratiquer, et, d'autre part, qu'il résultait de ses propres constatations que la cliente, qui bénéficiait d'un préavis d'un mois pour résilier son contrat, avait été tenue informée du changement de politique de la banque plus de six mois avant l'échéance, disposant ainsi du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions de la banque en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé le comportement fautif de la banque, a violé les articles 1134 et 1135 du Code civil ».

⁹⁷⁵ L. Leveneur, note sous Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, *Juris-Data* n° 2004-024346, *Contrats, conc. consom.* 2004, comm. 151.

⁹⁷⁶ V. *supra* n^{os} 224 et 246 s.

⁹⁷⁷ V. sur ce point C. Jamin, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172, *JCP* 2002, II, 10157 : « La Cour de cassation autorise d'abord la cour d'appel à ne pas s'en tenir à la seule fixation

sans commettre d'abus, étant entendu qu'en matière contractuelle le lien entre ces deux notions est extrêmement ténu »⁹⁷⁸.

En second lieu et surtout, c'est l'application particulière de la notion d'abus que sanctionne la Cour dans cette affaire qui est primordiale. Celui-ci est « caractérisé sur le constat que, dans une conjoncture difficile, le fournisseur a imposé des sacrifices à son partenaire mal en point, alors qu'il continuait, lui, à faire des profits »⁹⁷⁹. En d'autres termes, « en approuvant la solution de la cour d'appel, la Cour de cassation a autorisé les juges du fond à retenir un critère *dynamique* de l'abus en acceptant que soit reproché à France Motors de ne pas avoir agi *positivement* en allouant cette somme aux membres de son réseau plutôt qu'à ses actionnaires »⁹⁸⁰. Cette solution a été considérée comme « très sympathique, au sens étymologique du terme (*sumpatheia* : « participation à la souffrance d'autrui ») »⁹⁸¹, et surprenante. En effet, cet arrêt consacre plus qu'une obligation de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, mais paraît exiger un comportement particulier atteignant la compassion ou l'empathie⁹⁸².

Nous ne reviendrons pas à l'appréciation de la solution, chose à laquelle nous avons consacré de larges développements dans le chapitre premier, mais ce qui nous intéresse c'est de mettre en avant un exemple marquant où l'abus est relié au défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, prise en compte exigée de manière particulièrement intense en l'espèce ; « [s]'il est vrai que la jurisprudence nous avait habitués à ce que l'abus puisse être recherché dans des critères très divers, au premier rang desquels la volonté de réaliser un profit illégitime (...), il n'avait encore jamais

du prix entendue au sens le plus étroit. L'arrêt mentionne l'abus du droit de fixer unilatéralement « *les conditions de vente* ».

⁹⁷⁸ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, spéc. p. 613.

⁹⁷⁹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ?*, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172 ; Juris-Data n° 2002-012712, D. 2002, p. 1974, spéc. n° 2 : « La Chambre commerciale admet que l'abus puisse être caractérisé sur le constat que, dans une conjoncture difficile, le fournisseur a imposé des sacrifices à son partenaire mal en point, alors qu'il continuait, lui, à faire des profits ».

⁹⁸⁰ C. Jamin, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172, *op. cit.*

⁹⁸¹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ?*, *op. cit.*, n° 3.

⁹⁸² V. sur ce point égal. J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, RTD civ. 2002, p. 294 : « La Cour d'appel de Paris (...) a retenu l'existence d'un abus en centrant l'essentiel de sa motivation sur le fait que le concédant ne s'était pas imposé des efforts semblables à ceux requis de ses cocontractants et qu'il aurait dû consacrer en aides aux concessionnaires les sommes

été suggéré de manière aussi nette qu'une société doive employer en priorité son bénéfice au soulagement des difficultés financières de ses cocontractants, voire au comblement de leur insuffisance d'actif »⁹⁸³.

d. En matière de rupture unilatérale du contrat

327. C'est enfin en matière de rupture unilatérale du contrat, que l'abus intervient comme limite à la liberté du contractant, par la mise en œuvre d'une logique de prise en compte.

La légèreté blâmable lors de la rupture du contrat, définie comme l'action « au mépris des intérêts matériels les plus élémentaires de son cocontractant, sans aucun égard pour sa situation »⁹⁸⁴, est sanctionnée.

Plus particulièrement, dans les contrats de concession, en l'absence d'une consécration sur la base de la bonne foi-coopération d'une obligation d'assistance à la reconversion⁹⁸⁵, nous avons vu que la jurisprudence a recours à la technique de l'abus pour contrôler, à ce stade, l'exercice de la liberté par le contractant, et lui imposer la prise en compte minimale de l'intérêt de son partenaire.

La jurisprudence⁹⁸⁶ contrôle donc les circonstances de la rupture.

Ces circonstances peuvent apparaître particulièrement lorsque la rupture intervient brutalement, sans respect du préavis donnant le temps au cocontractant de se replacer sur le marché, ou dans des délais insuffisants pour écouler les stocks qu'il a déjà acquis⁹⁸⁷, ou encore si le concédant a poussé son cocontractant à croire en un possible renouvellement, ou aussi dans l'incitation à investir en vue du maintien du rapport contractuel⁹⁸⁸. Tous ces éléments de fait peuvent caractériser l'abus.

distribuées à ses actionnaires sous forme de dividendes ! Un discours ... quasi-révolutionnaire, si l'on peut dire, mais qui a emporté la conviction de la chambre commerciale ».

⁹⁸³ J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. com. 15 janv. 2002, n° 99-21172, *op. cit.*

⁹⁸⁴ B. Fages, *L'abus dans les contrats de distribution*, *op. cit.*, spéc. p. 16.

⁹⁸⁵ Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, Juris-Data n° 2002-014206. V. *supra* n°s 221 s.

⁹⁸⁶ Cass. com. 8 oct. 2013, n° 12-22.952, V. *supra* n°s 221 s.

⁹⁸⁷ Dans cette même logique, on a même pu relever à propos de l'arrêt du 6 mai 2002 rejetant l'obligation d'assistance à la reconversion, que « la cour juge qu'en l'occurrence le préavis stipulé était « propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion ». Si tel n'avait pas été le cas, on peut *a contrario* imaginer que la solution aurait été autre » (Ph. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, Juris-Data n° 2002-014206, JCP G 2002, II, 10146).

⁹⁸⁸ V. par ex. les arrêts du 29 jan. 2002, et du 9 avr. 2002 (J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. com. 29 janv. 2002, n° 00-11.433, inédit ; Cass. com. 6 mai 2002, n° 99-14.093, RTD civ. 2002, p. 810). Cette solution n'est pas nouvelle. En droit du travail, même à une époque où l'employeur pouvait résilier le contrat unilatéralement sans justification, l'incitation du salarié à la réalisation d'importants frais en vue de son installation aboutissait à sa sanction en cas de rupture brusque (Cass. soc. 15 mars 1957, JCP 1957, IV, p. 62, 1^{er} juin 1972, Bull. civ. V, n° 398).

328. Sur l'incitation du cocontractant à engager d'importants investissements ou travaux en vue de la reconduction, précédant une rupture du contrat ne laissant pas le temps à ce dernier d'amortir ces frais, nous pouvons relever plusieurs décisions ayant retenu l'abus. En effet, par exemple, une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 avril 1994⁹⁸⁹, caractérise l'abus du fait que le concessionnaire « ne pouvait s'attendre à recevoir une lettre de rupture ne tenant aucun compte des incitations aux investissements et recrutement de personnels et ne donnant aucune explication de son revirement ». Aussi, « [l']abus a ainsi pu être retenu dans des cas où la brusquerie de la rupture était en contradiction avec le comportement antérieur du contractant (...), en particulier lorsqu'ils avaient exigé peu de temps avant des investissements de la part de leur distributeurs »⁹⁹⁰. Dans un autre arrêt également, « la chambre commerciale paraît suggérer l'application de l'abus de droit de résiliation si le concédant avait imposé à son cocontractant l'engagement de frais importants en matière d'investissement »⁹⁹¹. Ainsi, le contractant qui impose des investissements à son cocontractant en vue de la reconduction du contrat, doit maintenir celui-ci pour une durée permettant l'amortissement des sommes et frais investis⁹⁹².

329. Au contraire, est prise en compte pour écarter l'abus l'offre d'une solution de remplacement, accompagnant la décision de rupture. En effet, « [ce] que l'on peut appeler cette "aide à la reconversion" (...) paraît exclusive de tout abus dans la rupture des relations commerciales. Une telle proposition, lorsqu'elle est possible, traduit manifestement la bonne foi dans l'exercice du droit de rompre, ou, comme en l'espèce, de ne pas renouveler »⁹⁹³.

⁹⁸⁹ Bull. civ. IV, n° 149, D. 1995, Som. com. p. 90, obs. D. Mazeaud ; Contrats, conc. consom. 1994, n° 159, obs. L. Leveneur ; JCP G 1994, p. 3803, obs. C. Jamin ; RTD civ. 1994, p. 604, obs. J. Mestre ; *Adde*, Cass. com., 8 janvier 1968, D. 1968, p. 495 ; Cass. com., 31 mars 1978, Bull. civ. IV, p. 84 ; Cass. com., 5 octobre 1993, Bull. civ. IV, n° 326 ; JCP E 1994, II, n° 557, note C. Jamin ; RTD civ. 1994, p. 603, obs. J. Mestre ; D. 1995, Som. com. p. 70, obs. D. Ferrier ; Cass. com., 25 octobre 1994, D. 1997, Som. com. p. 52, obs. D. Ferrier ; Cass. com., 20 janv. 1998, Bull. civ. IV, n° 40 ; Contrats, conc. consom. 1998, n° 56, obs. L. Leveneur ; D. 1998, p. 413, note C. Jamin, Som. com. 333, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1998, p. 675, obs. J. Mestre ; Cass. com., 23 juin 1998, Dr. et patr. 1999, n° 69, p. 93, obs. P. Chauvel.

⁹⁹⁰ M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 301, spéc. p. 312, n° 9.

⁹⁹¹ J.-P. Chazal, obs. sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, JCP G 1998, II, 10085.

⁹⁹² J. Rochfeld, note sous Cass. com. 25 avr. 2006, n° 02-19577, RDC 2006, p. 1033.

⁹⁹³ Cass. com., 27 mars 2001, Dr. et Patr. 2001, n° 95, obs. P. Chauvel.

340. En droit commun donc, et en matière de rupture du contrat, la liberté demeure le principe. Cependant l'abus dans la rupture, c'est-à-dire d'un comportement fautif dans la manière dont elle intervient constitue une limite à cette liberté ; « [le] tout traduit l'obligation de prendre en considération l'intérêt du cocontractant lors de la rupture »⁹⁹⁴.

Nous avons vu les différentes conceptions de l'abus ainsi que son critère particulier et renouvelé à savoir le défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. L'abus est donc l'une des techniques du droit contractuel où se manifeste l'exigence de prise en compte. Mais cette dernière peut-elle être rattachée ici à la théorie pure de la notion ?

§2. Contrôle de l'abus et théorie pure de la prise en compte

341. Avant de confronter cette exigence de prise en compte, telle que manifestée par le contrôle de l'abus, aux caractéristiques de la théorie pure de la notion (B), c'est au titre de son effet sur la théorie classique des obligations et contrats qu'elle se rapproche de cette théorie pure, fondée sur un principe de fraternité. Rappelons en effet le rôle de ce dernier de régulation entre principes de liberté et d'égalité. Nous verrons donc d'abord, et grâce au contrôle de l'abus, le rôle correcteur entre liberté et égalité (A).

A. Rôle correcteur entre liberté et égalité

342. Si la liberté demeure le principe, et est même renforcée dans une certaine mesure comme nous le verrons (1), celle-ci paraît pourtant tempérée en fonction d'autrui (2).

1. La liberté demeure le principe...

343. Même si le contrôle de l'abus se présente forcément comme limitation à la théorie classique et au principe de l'autonomie de la volonté⁹⁹⁵, toujours est-il qu'à

⁹⁹⁴ J. Rochfeld, note sous Cass. com. 25 avr. 2006, n° 02-19577, *op. cit.*

⁹⁹⁵ Dans ce sens, G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, n° 118, spéc. p. 228 : « Souvent même, dans les décisions des tribunaux, le simple usage excessif de la liberté humaine est qualifiée abus de droit (Capitant, Sur l'abus des droits RTD civ 1928 p. 371) » ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil : introduction générale*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1994, p. 465, n° 496 : « De même la théorie de l'abus des droits n'est pas une simple application du principe de responsabilité. Elle traduit la volonté des tribunaux de corriger l'excès d'individualisme dans l'exercice des droits subjectifs, et ainsi la reconnaissance d'une certaine finalité sociale de ces derniers » ; A. Sériaux, *La notion de contrat synallagmatique*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 777, spéc. pp. 786-787 : « Cette tension inhérente aux

l'examen de la jurisprudence, le constat est clair : la liberté demeure le principe, et est même consacrée au dépens du principe d'égalité (a). Le contrôle de l'abus se présente donc comme un tempérament particulier au principe de liberté, ne paraissant être que le contrepoids d'un renforcement de ce dernier dans certains domaines. C'est ensuite l'absence d'une obligation de motivation généralisée (b) qui témoigne de cette place de principe de la liberté contractuelle.

a. Libertés hiérarchisées, inégalité consacrée

344. En premier lieu, comme nous l'avons vu, avec les arrêts de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995⁹⁹⁶, est institué au profit d'un des contractants, dans les contrats-cadres, un pouvoir de fixation unilatérale du prix, limité par le contrôle de l'abus dans l'exercice de ce pouvoir. Ces arrêts confirment la jurisprudence Alcatel⁹⁹⁷ qui admet la détermination unilatérale du prix tout en maintenant la réserve de l'abus, fondée sur l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. Les arrêts de l'Assemblée plénière eux, ne feront plus référence expressément à l'exécution de bonne foi.

Cependant la décision en matière de location de chambre forte⁹⁹⁸ entre une cliente et une banque, montre que la « prérogative » accordée de fixer unilatéralement le prix – la cliente n'ayant qu'une très faible marge de manœuvre, ne pouvant finalement que s'adresser à la concurrence –, semble déborder le seul champ des contrats-cadres.

C'est cette prérogative accordée qui justifie le contrôle de l'abus. En d'autres termes, la prise en compte de l'intérêt du cocontractant est ici l'indice même d'un pouvoir⁹⁹⁹, donc d'une plus grande place accordée à la liberté contractuelle. Le

synallagma est aujourd'hui menacée (...) l'interdiction de l'abus dans la formation des contrats passés en exécution d'un contrat cadre, sur lequel repose désormais toute la viabilité de nos réseaux économiques de distribution, ouvre toute grande la porte à la socialisation renforcée des contrats de dépendance ».

⁹⁹⁶ V. *supra* n° 324.

⁹⁹⁷ Cass. civ. 1^e, 29 nov. 1994, n° 91-21009, Bull. civ. 1994, I, n° 348, p. 251.

⁹⁹⁸ Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, Bull. civ. 2004, I, n° 190, p. 157. V. *supra* n°s 318 et 325.

⁹⁹⁹ C'est ce que relève un auteur en affirmant que ce contrôle de l'abus « confirme que la détermination unilatérale du prix est l'objet d'un pouvoir, prérogative exercée dans un intérêt qui dépasse celui de son seul titulaire. La réserve d'abus contribue donc, avant tout, à établir que la fixation du prix s'opère en vertu d'un véritable pouvoir, car l'abus exprime la nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie, lors de la détermination du prix, ce qui est l'indice même d'un pouvoir » (T. Revet, *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance*, RTD com. 1997, p. 37, spéc. n° 6).

contrôle de l'abus dans ce sens est donc un correctif, un tempérament à la théorie classique, et non point une remise en question de celle-ci¹⁰⁰⁰.

D'ailleurs, c'est cette même place de principe accordée à la liberté qui ressort du régime de sanction de l'abus : celui-ci est une faute de comportement, et par exemple, cette faute ne réside point dans l'acte de rupture des négociations ou du contrat, mais dans la manière dont il a été entrepris¹⁰⁰¹.

Cette institution de la faculté de fixation unilatérale du prix au profit de l'un des contractants démontre la volonté de consacrer « l'inégalité structurelle entre les parties à une relation de dépendance, parce qu'il s'agit d'un pouvoir et parce qu'il est conféré au partenaire dominant »¹⁰⁰², ainsi que de renforcer la liberté, pour le maître de contrat, dans la gestion de son réseau.

L'obligation de ne pas ignorer l'intérêt du cocontractant ne veut pas dire, en effet, ne pas privilégier son propre intérêt consacré par le pouvoir de fixation unilatérale du prix. En effet, les parties voient « leurs intérêts (...) hiérarchisés, du fait de la consécration de leur inégalité »¹⁰⁰³.

C'est donc la contrainte, c'est-à-dire l'incapacité du partenaire contractuel de défendre son intérêt qui fonde le contrôle de l'abus : lorsque celui-ci n'est pas considéré en mesure de défendre ses intérêts¹⁰⁰⁴, le contrôle de l'abus permet de s'assurer que son intérêt soit pris en compte, et vice versa¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁰ Dans ce sens, L. Aynès, *Vers une déontologie du contrat ?*, conférence à la Cour de cassation le 11 mai 2006, accessible sur le site de la Cour de cassation, 2006, n° 24 : « Les devoirs qui gouvernent le comportement contractuel ne sont destinés qu'à garantir ce sanctuaire de la liberté contractuelle ».

¹⁰⁰¹ V. dans ce sens, D. Malka, *La loyauté dans la négociation du contrat*, Gaz. Pal. 2012, coll. p.1882, doctr. p. 61: « Le principe de la liberté contractuelle implique que les parties sont libres de rompre des négociations. Ainsi, en soi, la rupture ne saurait être considérée comme fautive. L'exposé des motifs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations le pose clairement : “Les négociateurs sont libres d'entrer en pourparlers, de mener leur négociation et d'y mettre fin comme et quand bon leur semble. En principe, leur responsabilité ne peut pas être recherchée à l'occasion de cette phase de négociation. En particulier, elle ne peut pas être engagée du seul fait que la négociation a été rompue et que cette rupture a provoqué un dommage pour un des négociateurs” (...) Sa responsabilité réside alors dans les circonstances qui entourent la rupture, et non dans la rupture elle-même, qui demeure libre ».

¹⁰⁰² T. Revet, *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance*, op. cit., spéc. n° 6.

¹⁰⁰³ T. Revet, *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance*, op. cit., spéc. n° 7. V. égal. B. Fages, *L'abus dans les contrats de distribution*, op. cit., spéc. p. 13 : « il n'est pas abusif dans un contrat de distribution d'agir au mieux de ses intérêts en cherchant à réaliser des profits ou, du moins, à éviter certaines mauvaises affaires ».

¹⁰⁰⁴ C'est ce que visent certains auteurs en affirmant que le contrôle de l'abus est subordonné à l'existence préalable d'une contrainte. V. notamment, A. Arzac-Ribeyrolles, *L'abus à la baisse dans la fixation du prix*, LPA 2006, n° 20, p. 10. M. Aynès considère lui que l'abus consiste dans « la violation de la procédure de décision, ou encore dans l'exploitation d'une position de force, c'est-à-

345. En second lieu, dans l'affaire précitée de la location d'un coffre-fort, la « Cour de cassation [opte] manifestement pour une vision désincarnée de la liberté contractuelle et en faveur d'un libéralisme à peine tempéré »¹⁰⁰⁶, et reconferme la vision classique : une simple égalité formelle suffit, peu importe que la cliente n'ait eu qu'une liberté très réduite d'accepter ou non de reconduire le contrat, sans possibilité de discuter les conditions de reconduction, notamment celles relatives au prix. Cette dernière solution est à critiquer, puisqu'elle signifie que la simple liberté de la cliente de s'adresser à la concurrence exclut l'abus. En d'autres termes, la Cour exclut l'abus si la liberté de conclure un autre contrat existe¹⁰⁰⁷. Il n'y aurait, dans ce raisonnement pris à l'extrême, presque plus de place au contrôle de l'abus¹⁰⁰⁸. L'abus devient inutile, il équivaut à l'absence de liberté. Or le principe de liberté suffit à contrôler cette dernière hypothèse. Dans cette lecture, le contrôle de l'abus est particulièrement évincé dans les contrats à durée indéterminée, où le principe est la liberté pour chacun des partenaires contractuels de mettre fin au contrat à n'importe quel moment.

b. Absence d'obligation de motivation

dire l'impossibilité pour l'autre partie de réagir à l'exercice du pouvoir » (L. Aynès, *Vers une déontologie du contrat ?*, *op. cit.*, n° 19).

¹⁰⁰⁵ Par contre, la simple contradiction entre une stipulation contractuelle et l'intérêt du cocontractant est insuffisante à caractériser l'abus, V. sur ce point sentence CCI n° 14637 de 2008, JDI (Clunet) 2011, n° 4, chron. 11, note S. Jarvin, spéc. n° 192 et 198 : « la liberté contractuelle (...) permet à chacun de tenir compte en priorité de ses propres intérêts en respectant les termes contractuels qui reflètent la commune et réelle intention(...). En d'autres termes, le devoir de prendre en considération l'intérêt de son cocontractant ne suffit pas à lui seul pour obliger un partenaire à continuer une relation commerciale désavantageuse pour lui-même du point de vue économique ou même dont il ne veut plus sans motif économique (...) Le Tribunal rejette cependant la thèse (...) selon laquelle l'inadéquation entre les termes contractuels et les intérêts économiques d'une partie est en soi constitutive d'un abus de droit caractérisé ».

¹⁰⁰⁶ D. Mazeaud, note sous Cass civ. 1^e, 30 juin 2004, n° 01-00.475, Bull. civ. 2004, I, n° 190, p. 157, D. 2005, p. 1828, n° 7.

¹⁰⁰⁷ V. sur ce point Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, Bull. civ. I, n° 190, RDC 2005, p. 275 : « La qualification d'abus supposerait donc au moins que celui qui subit la révision y soit contraint (...). L'abus supposerait donc que le sujet ne soit pas libre de sa réaction face à la révision, ce qui serait spécialement le cas lorsqu'il ne peut pas sortir commodément du contrat ».

¹⁰⁰⁸ D. Mazeaud, note sous Cass civ. 1^e, 30 juin 2004, *op. cit.*, spéc. n° 9 : « En définitive, l'abus ne peut pas être retenu lorsque débiteur n'est pas dépendant de son cocontractant au point qu'il est contraint de se soumettre à la loi contractuelle que celui-ci conçoit unilatéralement et lorsqu'il peut changer de partenaire ».

346. L'autre élément traduisant la place toujours primordiale du principe de liberté, est l'absence jusqu'aujourd'hui de la généralisation de l'obligation de motiver les choix opérés par une partie dans l'exercice de sa liberté contractuelle.

Il paraît important de nous arrêter quelque peu sur l'obligation de motivation, et sur ses liens avec l'abus, le principe de liberté, et surtout avec la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

b.1. Définition et position de la jurisprudence

347. L'obligation de motivation¹⁰⁰⁹ est l'obligation pour une personne d'« expliquer ses raisons, et donc les exprimer, pour pouvoir prendre certaines décisions et adopter certaines attitudes »¹⁰¹⁰. La motivation est donc la communication à autrui des raisons ayant incité le choix ou la décision prise. C'est pourquoi elle porte substantiellement en elle une dynamique de relation à autrui. « Elle est donc un phénomène éminemment social : justification, explication, défense ou promotion d'un acte, elle participe des relations que son auteur établit avec autrui relativement à cet acte »¹⁰¹¹.

Concrètement, en droit contractuel, la problématique de la motivation se pose toutes les fois qu'une partie a la liberté d'opérer un choix ou de prendre une décision unilatéralement, sans l'intervention de l'autre partie.

348. Plusieurs dispositions du droit spécial imposent une obligation de motivation notamment en matière de licenciement en droit du travail¹⁰¹², de contrat de bail, ou de mandat d'intérêt commun, mais en droit commun, l'obligation de motiver sa décision n'est toujours pas la règle de principe.

349. Jusqu'aujourd'hui, la Cour de cassation refuse, d'une part d'imposer une obligation de motiver la décision de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée¹⁰¹³, ou d'autre part, celle de résoudre un contrat à durée indéterminée¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁹ Sur laquelle, V. M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 301 ; J. Rochfeld, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, *eod. loc.*, p. 747.

¹⁰¹⁰ M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, *op. cit.*, spéc. p. 306, n° 4.

¹⁰¹¹ T. Revet, *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, RDC 2004, p. 579, spéc. n° 1.

¹⁰¹² Loi 13 juillet 73, art. L. 1235-3 C. trav.

¹⁰¹³ Cass. com., 4 janvier 1994, RTD civ. 1994, p. 352, obs. J. Mestre ; Contrats, conc. consomm. 1994, n° 69, obs. L. Leveneur ; RTD com. 1994, p. 545, obs. B. Bouloc ; Cass. com., 7 avril 1998,

Si certains arrêts semblaient, il y a maintenant plusieurs décennies, admettre l'existence d'une obligation de motivation dont le défaut d'exécution pouvait constituer un abus, il semble que la jurisprudence, dans une deuxième phase, écarte clairement l'existence d'une telle obligation.

Dans un premier temps, et à titre d'exemple, une décision de la Cour de cassation du 9 janvier 1985¹⁰¹⁵ retenait une conception assez sévère de l'abus dans la résiliation unilatérale, puisque celui-ci est caractérisé par la simple absence de motivation de la rupture. D'autres solutions¹⁰¹⁶ retenaient l'abus lorsque le motif donné est inexact. Un arrêt¹⁰¹⁷ a également semblé admettre le contrôle de la motivation dans la rupture du contrat de concession, lorsqu'il statuait qu'« en l'état de ces constatations et dès lors que le concédant ne donnait aucune raison valable de la résiliation du contrat, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Dans un deuxième temps, l'on notait un recul de l'obligation de motivation puisque même la communication de motifs non valables ou non authentiques n'était pas sanctionnée. En effet, la Cour de cassation estime dans une décision du 25 avril 2001¹⁰¹⁸ que le contractant n'ayant pas à motiver sa décision de non-renouvellement du contrat, ces motifs, « fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus, et que l'examen des motifs de rupture invoqués ... était inutile ».

D'ailleurs, lorsque la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire de location d'une chambre forte sus évoquée¹⁰¹⁹, estimait que « l'augmentation pratiquée est une anomalie manifeste apparente que la banque n'a justifiée ni au regard de l'évolution des charges qui sont restées les mêmes, ni au regard de la prise en compte des surfaces respectives des chambres qualifiées d'équivalentes », elle a été censurée par la Cour de cassation¹⁰²⁰. En d'autres termes, lorsque la Cour d'appel caractérise l'abus parce qu'il n'y a pas eu de justification plausible de l'augmentation du prix, la

Bull. IV, n° 126 ; RTD civ. 1999, p. 79, obs. J. Mestre ; Cass. com., 25 avril 2001, D. 2001, Som. com. p. 3237, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁰¹⁴ En ce sens, M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats, op. cit.*, spéc. p. 313, n° 10 : « il est *a priori* admis que l'auteur de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée n'a pas à justifier d'un motif légitime et donc à motiver sa décision ».

¹⁰¹⁵ Cass. com. 9 janv. 1985, Bull. civ. IV, p. 17 ; Contrats, conc. consom. 1992, n° 223.

¹⁰¹⁶ Cass. com. 17 avr. 1980, Bull. civ. IV, p. 118 ; 6 janv. 1987, Bull. civ. IV, p. 50.

¹⁰¹⁷ Cass. com., 6 janv. 1998, n° 95-18795, inédit.

¹⁰¹⁸ Cass. com. 25 avr. 2001, n° 98-22.199, D. 2001, Som. com. p. 3237, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁰¹⁹ V. *supra* n°s 318, 325 et 344.

¹⁰²⁰ Cass. civ. 1^{er}, 30 juin 2004, Bull. civ. 2004, I, n° 190, p. 157.

Cour de cassation, pour rejeter ce raisonnement, se contente de lui opposer la liberté de la banque de pratiquer les prix qu'elle entendait. La liberté écarterait donc ici toute obligation de motivation.

350. Cependant, l'état de la question ne demeure pas statique, et une certaine évolution est perçue. En effet la Cour de cassation¹⁰²¹ est venue admettre – timidement – l'existence d'une obligation de motivation, en approuvant partiellement la décision d'une Cour d'appel¹⁰²² dans une affaire où, il est vrai, existait une clause contractuelle particulière¹⁰²³. En effet, « [s]'appuyant sur une clause de la concession qui obligeait le constructeur à “examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et à communiquer rapidement sa décision au concessionnaire” », les juges du fond avaient en l'occurrence estimé que le concédant était tout simplement en faute pour n'avoir pas motivé son refus. Or, si une cassation a finalement été prononcée, ce n'est nullement sur ce plan. Tout au contraire, cette obligation de motivation reçoit l'approbation, au moins timide, de la Cour de cassation »¹⁰²⁴.

Ensuite, par une décision du 20 mai 2003¹⁰²⁵, la Première chambre civile approuve une Cour d'appel pour avoir jugé que la rupture d'un contrat avant le terme « sans cause légitime ni recherche préalable de concertation » était fautive.

Aussi, la Troisième chambre civile estime, par une décision du 20 octobre 2004¹⁰²⁶ que « [pour] exécuter de bonne foi le contrat qui le lie au réservataire, le

¹⁰²¹ Cass. com. 2 juill. 2002, n° 01-12.685, Bull. civ. IV, n°113 ; JCP E 2002, p. 1503 ; RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2003, p. 93, note D. Mazeaud ; RDC 2003, p. 50, obs. Ph. Stoffel-Munck ; JCP G 2003, II, 10023, note D. Mainguy ; RTD com. 2002, p. 494, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard : « attendu qu'ayant relevé que le contrat de concession, expressément conclu *intuitu personae*, prévoyait que son transfert au profit d'un tiers était subordonné à l'agrément du concédant et que ce dernier s'était engagé à “examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et communiquer rapidement sa décision au concessionnaire”, la Cour d'appel a pu en déduire que le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et que, pour éviter tout arbitraire, il lui appartenait de le motiver, à seule fin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée sur un examen équitable et soigneux, conforme à ses engagements contractuels ».

¹⁰²² Pour la décision de la Cour d'appel, V. CA Lyon du 17 mai 2001, JCP E 2002, p. 640, obs. D. Mainguy ; RTD civ. 2002, p. 98, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁰²³ La clause stipulait que « le concessionnaire doit obtenir l'approbation préalable d'Opel France (concedant) pour tout changement proposé dans la participation au capital des propriétaires de la concession, à charge pour le constructeur d'examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et communiquer sa décision au concessionnaire ».

¹⁰²⁴ J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. com. 29 janv. 2002, n° 00-11.433, inédit ; Cass. com. 6 mai 2002, n° 99-14.093, RTD civ. 2002, p. 810.

¹⁰²⁵ Cass. civ. 1^e, 20 mai 2003, n° 00-17407, Bull. civ., I, n° 124, p. 96.

¹⁰²⁶ Pourvoi n° 03-10406 ; RDC 2005, n° 2, p. 264, obs. D. Mazeaud.

réservant, qui modifie substantiellement le projet initial, doit justifier cette modification par un motif sérieux et légitime ». Elle établit ainsi un lien entre exécution de bonne foi et motivation.

Dans un arrêt du 3 novembre 2004¹⁰²⁷, non publié au Bulletin, la chambre commerciale a jugé que l'absence de motifs de rupture rendait celle-ci illégitime, confirmant la décision d'appel en ce sens, « [attendu] que l'arrêt retient que la société Manitou a rompu le contrat sans aucun motif, bien que l'activité développée par la société CMG dans la distribution des produits Manitou soit en progression importante afin d'octroyer à la société ABM le territoire de la Nièvre, sans permettre à la société CMG de retirer la juste contrepartie de huit années de développement de la clientèle Manitou sur le secteur »¹⁰²⁸.

b.2. Lien avec la liberté et la prise en compte

351. L'admission d'une obligation de motivation est problématique puisqu'elle met en jeu la conception des relations contractuelles, la place à accorder aux principes de liberté et celle du devoir de prise en compte des intérêts du partenaire, ainsi que leurs intensités respectives.

En effet, et d'abord, « tout développement de la motivation réduit l'espace de souveraineté du sujet (...) la liberté de décision est incontestablement moins grande lorsqu'un acte doit être motivé que dans le cas contraire »¹⁰²⁹.

Ensuite, l'instauration d'une obligation de motivation, « participe de la politique juridique imposant la prise en compte par un contractant de l'intérêt de l'autre »¹⁰³⁰ et « elle renforce l'effectivité du respect du devoir de considération de l'intérêt d'autrui »¹⁰³¹. Puisque la motivation est la communication à autrui des raisons justifiant le choix opéré – comme nous l'avons évoqué plus haut – elle permet de mettre le partenaire contractuel en mesure de mieux défendre sa position, particulièrement lorsque ce choix relève d'un pouvoir contractuel unilatéral du cocontractant. L'obligation de motivation est ainsi qualifiée d'« instrument de

¹⁰²⁷ Com. 3 nov. 2004, n° 02-17.919, RDC 2005, p. 1130, obs. M. Behar-Touchais,

¹⁰²⁸ Comp. avec la motivation de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 octobre 1997, pourvoi n° 95-14.158, Bull. civ. IV, n° 252 : « le concédant peut résilier le contrat de concession sans donner de motifs, sous réserve de respecter le délai de préavis et sauf abus du droit de résiliation ».

¹⁰²⁹ T. Revet, *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale...*, *op. cit.*, spéc. n° 1.

¹⁰³⁰ T. Revet, *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale...*, *op. cit.*, spéc. n° 5.

¹⁰³¹ T. Revet, *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale...*, *op. cit.*, spéc. n° 7.

vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie »¹⁰³². D'ailleurs, pratiquement, « [elle] l'oblige à se dédoubler et à se mettre, ne serait-ce qu'un instant, à la place du destinataire de son acte »¹⁰³³.

352. Pour une partie de la doctrine, plusieurs points inciteraient à s'opposer à la généralisation d'une telle obligation.

D'abord, « une part de secret et d'opacité est nécessaire dans les relations humaines »¹⁰³⁴, et rendre la communication de toute information – d'un motif en l'occurrence – comme le principe peut s'avérer nocif. En effet, « la vie économique, le fonctionnement des marchés, exigent que les agents puissent doser ce qu'ils entendent révéler ou cacher, dans une démarche stratégique dont ils ont la maîtrise. On ne saurait donc faire de la motivation de l'acte une exigence générale, à peine de créer un grand désordre »¹⁰³⁵.

Ensuite, il y a clairement là, une atteinte à la liberté contractuelle¹⁰³⁶ puisqu'il y a réductions des motifs de rupture acceptés. En effet, vu le lien établi entre la motivation et la liberté, lorsque « le législateur ou le juge imposent au contractant une obligation de motivation, cela signifie que l'utilisation du droit est limitée, c'est-à-dire que le titulaire du droit ne peut en faire usage que dans les hypothèses et pour les finalités légalement prévues. (...) Elle révèle que le droit est finalisé »¹⁰³⁷. Cette obligation instituée conduirait ainsi à rapprocher l'abus de sa conception finaliste : le droit étant accordé dans une finalité spécifique, le titulaire devrait fournir les moyens justifiant que son utilisation est bien intervenue au service de cette finalité.

Enfin, la consécration d'une telle obligation veut dire la consécration d'une présomption d'abus, en inversant la charge de la preuve, puisque le contractant serait obligé de fournir ses motifs pour ne pas commettre d'abus, alors que dans le cas

¹⁰³² Th. Revet, *L'éthique des contrats en droit interne*, in *Éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Librairie de l'Université, Aix-en-Provence, 1997, p. 208.

¹⁰³³ L. Aynès, *Motivation et justification*, RDC 2004, p. 555. L'auteur précise que celle-ci constitue aussi un « frein à l'impulsivité de la décision » (*Vers une déontologie du contrat ?*, *op. cit.*, n° 20).

¹⁰³⁴ M. Fabre-Magnan, *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, p. 573, spéc. p. 575.

¹⁰³⁵ L. Aynès, *Motivation et justification*, *op. cit.* V. égal. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, éd. PUF, Paris, 3^e éd., 2012, p. 371.

¹⁰³⁶ V. par ex. A. Constantin, note sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, LPA 16 sept. 1998, p. 17, spéc. n° 26 : « on peut craindre la dérive d'un tel contrôle judiciaire de la légitimité des motifs de rupture, celui-ci ayant de grandes chances de conduire à une appréciation de l'opportunité de la poursuite des relations contractuelles, voire à une pesée des intérêts respectifs des parties (...) [et] le risque est d'entraver la liberté des concédants dans l'organisation de leur réseau ».

¹⁰³⁷ M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, *op. cit.*, spéc. p. 324, n° 20.

contraire c'est au contractant qui invoque l'abus, et pour le prouver, de dégager ces motifs. Cependant on pourrait penser que ceci est justifié puisque ceci reviendrait à faire supporter la charge de la preuve à la partie forte, et qu'en fin de compte, « c'est l'auteur de la rupture qui seul dispose des moyens d'apporter cette preuve »¹⁰³⁸.

353. Au contraire, plusieurs points inciteraient à militer en faveur de l'instauration d'une obligation de motivation.

D'abord, elle interviendrait comme un contrepoids à la prérogative accordée à une partie. Ainsi, « face au développement du pouvoir unilatéral des contractants, (...) l'obligation de motivation est devenue un mécanisme correcteur, à côté de l'obligation de se comporter de bonne foi et de ne pas commettre d'abus »¹⁰³⁹. C'est ainsi que « grâce à elle, le contractant auquel s'impose la décision considérée n'aura pas, s'il entend la contester, à en reconstituer les raisons, mais seulement à en démontrer le caractère non légitime »¹⁰⁴⁰.

Ensuite, celle-ci interviendrait au service d'un deuxième but, puisque « l'objectif d'un contrôle de motivation étant également préventif (contribuer à ce que ne soient prises que des décisions fondées sur des raisons acceptables par l'autre), son seul développement conduit à l'obligation d'indiquer les motifs au moment même de la communication de la décision »¹⁰⁴¹. Ceci aurait un effet positif, puisque quiconque doit formuler ses motifs, sera appelé à une plus grande réflexion et appréciation de l'acte qu'il a à motiver.

354. Cette divergence entre les raisons pour lesquelles une telle obligation ne devrait pas être introduite et, au contraire, celles pour lesquelles elle devrait être généralisée, incite à la proposition d'un critère d'introduction de cette obligation. « On pourrait, en effet, la transposer à tous les cas dans lesquels un contractant, par l'effet de la loi ou du contrat, est investi d'un pouvoir unilatéral ou d'un droit potestatif »¹⁰⁴². En effet, lorsque l'exercice du pouvoir accordé a des « effets [qui] se

¹⁰³⁸ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., p. 611.

¹⁰³⁹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., p. 611.

¹⁰⁴⁰ T. Revet, *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale...*, op. cit., n° 7.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² D. Mazeaud, obs. sous Cass. civ. 3^e, 20 octobre 2004, pourvoi n° Y 03-10406, RDC 2005, p. 264.

font directement sentir dans la personne ou le patrimoine d'un tiers »¹⁰⁴³, la généralisation d'une telle obligation devient justifiée.

Si la prise en compte de l'intérêt d'autrui n'affecte pas la place de principe de la liberté, dont le renforcement est même constaté dans une certaine mesure, – par la consécration de la hiérarchisation des libertés des contractants, et partant de l'inégalité entre eux, ainsi que la difficulté de l'avancée de l'obligation de motivation –, la limite de l'abus démontre que celle-ci conserve pourtant un rôle important.

2. ... Mais une liberté tempérée en fonction d'autrui

355. Le contrôle de l'abus pour défaut de prise en compte, demeure une forme de limite ou de correcteur au principe de liberté qui se trouve consacré aux dépens de celui d'égalité dans certaines hypothèses.

En soi, l'introduction de la prise en compte comme limite à la liberté d'un contractant consacrée dans un privilège ou un droit subjectif¹⁰⁴⁴, constitue une évolution dans la théorie classique et le dogme de l'autonomie de volonté¹⁰⁴⁵.

Lorsque le contractant est titulaire d'un droit ou d'une prérogative contractuelle, le principe de liberté appliqué strictement conduirait à écarter tout contrôle de l'exercice de ce droit ou de cette prérogative. Seule la mutation dans la vision classique, et l'acceptation d'un tempérament à la liberté par la mise en œuvre d'un devoir parallèle de prise en compte, justifierait tel contrôle par le moyen de la technique de l'abus ; « ce mécanisme consistant en l'octroi d'un espace de souveraineté, il ne peut pas connaître un contrôle intrinsèque. Le sujet de droit est le seul maître de son droit, donc le seul maître de la façon dont il l'exerce. Dès lors, tout contrôle de cet exercice suppose une immixtion dans la zone de souveraineté du sujet qui dénature son droit. C'est pourquoi la mise en œuvre de ce volet de la théorie de l'abus ne se comprend qu'au regard de la politique juridique, à laquelle il contribue,

¹⁰⁴³ X. Lagarde, *La motivation des actes juridiques*, in *La motivation* Ass. H. Capitant, Limoges 1998, LGDJ, Paris, 2000, p. 77 ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Paris, 1985, préface G. Cornu, p. 53, n^{os} 187 s.

¹⁰⁴⁴ V. sur ce point L. Cadet, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Abus de droit, n^{os} 9-10.

¹⁰⁴⁵ T. Revet, *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale...*, *op. cit.*, n^o 6 : « Sans doute est-il fort surprenant que le titulaire d'un droit subjectif puisse être sanctionné pour n'avoir pas mis cette prérogative au service de l'intérêt d'un tiers (...) dans un système classique auquel un tel schéma est nettement étranger puisque le contrat y est considéré comme l'un des outils de réalisation, par chacun, de son propre intérêt, et de cela seulement : l'obligation considérée (de prise en compte de l'intérêt du cocontractant) ne peut devenir de droit positif qu'en modifiant certains aspects de celui-ci ».

de création de l'obligation de prise en compte de l'intérêt d'autrui lors de l'exercice d'un droit subjectif dont l'incidence est décisive sur la situation d'un tiers »¹⁰⁴⁶.

356. Mais quelle est l'intensité de cette limitation du principe de liberté qui – nous l'avons dit – demeure le principe ? La prise en compte demeure en effet mesurée, elle ne conduit pas à renverser le principe de liberté, en un principe d'altruisme absolu. Elle « ne contraint pas le créancier à fixer un prix parfaitement équilibré, et à nier ainsi ses propres intérêts, mais doit simplement le conduire “à permettre 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 autorisant, toutes choses égales par ailleurs, la poursuite de son activité” (T. Revet, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *Economica*, 1999, p. 37, spéc. n° 16) »¹⁰⁴⁷.

357. Si, lorsqu'elle est introduite comme norme de comportement, telle prise en compte intervient pour vivifier le principe d'égalité face à celui de liberté, celle introduite par le contrôle de l'abus pour défaut de prise en compte, vient faire le contrepoids dans une situation où c'est la position de principe de la liberté qui est renforcée par rapport à celui d'égalité. La place primordiale du principe de liberté est certes consacrée, mais celle-ci se trouve tempérée par le devoir de prise en compte, elle doit s'exercer en fonction d'autrui.

La « réserve d'abus » accompagnant le renforcement du principe de liberté par la consécration du pouvoir unilatéral de fixation du prix dans les arrêts de 1995, exprime pour un auteur « l'obligation pour le partenaire dominant de prendre en compte l'intérêt du partenaire dépendant, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la relation de dépendance »¹⁰⁴⁸.

Ceci démontre clairement que la prise en compte ne veut pas dire équivalence ou équilibre strict entre les intérêts en jeu. Elle permet une approche plus dynamique du principe d'égalité au sein du contrat. Si ce dernier apparaît comme volontairement

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ D. Mazeaud, comm. sous CA Paris 24 oct. 2001, D. 2001, p. 3236, D. 2001, p. 3236.

¹⁰⁴⁸ T. Revet, *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance*, RTD com. 1997, p. 37, spéc. n° 14.

écarté des relations de dépendance, consacrant une intensité plus grande au principe de liberté, il demeure que cette nouvelle dynamique instaurée entre ces principes ne peut se faire sans le devoir de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. En effet, celui-ci est un correcteur, le contrepoids du déséquilibre en faveur du principe de liberté – pour le partenaire dominant – aux dépens de celui d'égalité.

Ainsi, la liberté – pourtant reconnue et consacrée avec force – est aussi agencée en fonction d'autrui. L'exercice de celle-ci ne doit pas conduire à la négation de l'intérêt du partenaire, ou à son exclusion économique¹⁰⁴⁹.

Lorsque l'exercice de la liberté accordée emporte des effets sur le patrimoine ou la personne du cocontractant, la prise en compte devient un critère de contrôle et d'appréciation de la légitimité du comportement, ce contrôle pouvant être renforcé par le moyen de l'introduction d'une obligation de motivation, appelée par certains auteurs dans ce cas.

Cette harmonisation entre liberté et égalité contractuelle occupée par le devoir de prise en compte, renvoie au rôle harmonisateur du principe de fraternité entre ceux de liberté et d'égalité. C'est à ce premier titre qu'il y a correspondance entre cette manifestation de la prise en compte et la théorie pure de la notion.

Si la prise en compte de l'intérêt du cocontractant introduite par le contrôle de l'abus semble correspondre quant à son effet sur la théorie classique des obligations et contrat, à la théorie pure de la notion, c'est maintenant aux caractéristiques de cette dernière qu'il faudra la confronter.

B. Abus et caractéristiques d'une théorie pure de la prise en compte

358. Le contrôle de l'abus se présente comme une manifestation de la prise en compte, mais celle-ci est-elle rattachable à la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité ?

Si la justification par l'intérêt commun doit également être écartée ici (1), ce qui témoigne de la particularité de cette prise en compte de l'intérêt du partenaire, l'examen de sa finalité (2) sera nécessaire pour vérifier si elle comporte une

¹⁰⁴⁹ Ainsi, par exemple, dans un contrat de distribution, et pour le distributeur, la « décision de mettre fin au contrat ne doit pas avoir pour conséquence de sacrifier l'organisation du réseau de distribution d'une manière égoïste, c'est-à-dire en tenant compte de son seul profit (au sens propre du terme) résultant de sa sortie du réseau, sans se soucier de l'intérêt de ce dernier » (A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, p. 499, n° 741).

dimension altruiste, c'est-à-dire une prise en compte principalement dans l'intérêt d'autrui.

1. Insuffisance de la justification par l'intérêt commun

359. Afin de pouvoir rattacher cette prise en compte à la théorie pure de la notion, il nous faut établir la particularité de celle-ci par rapport à l'intérêt commun, pour établir l'existence certaine d'une notion indépendante de l'intérêt propre.

Vérifions la situation de ce critère justificatif dans les cas d'espèces exposés, où l'abus de droit est contrôlé.

360. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant comme critère de l'abus est souvent reliée – lorsqu'est reconnu expressément ce critère – à la notion d'intérêt commun.

Parce que l'abus se pose surtout en matière de rupture de relations contractuelles, telles que dans les contrats de distribution ou de concession, c'est justement, pour certains, la notion d'intérêt commun qui, dans les contrats de concession, en justifie le contrôle, en ce qu'elle « préside effectivement à la conclusion et à l'exécution des contrats de ce genre, exige des contractants un comportement particulier, une collaboration particulière, à l'aune desquels peut et doit être apprécié l'abus des droits de chacun »¹⁰⁵⁰.

Mais comme nous l'avons dit¹⁰⁵¹, la Cour de cassation, refuse ici d'étendre le mécanisme du contrat d'intérêt commun aux relations contractuelles, même lorsque les deux parties contribuent au développement d'une clientèle commune¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ A. Constantin, note sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, LPA 14 sept. 1998, p. 9, spéc. n° 3.

¹⁰⁵¹ V. *supra* n° 233.

¹⁰⁵² Cass. com., 2 juillet 1966, Bull. civ. III, n° 356 ; Cass. com., 12 février 1968, Bull. civ. IV, n° 68 ; Cass. com., 13 mai 1970, Bull. civ. IV, n° 161, JCP G 1971, II, 16891, note A. Sayag, D. 1970, p. 701, note J. Guyénot ; RTD com. 1971, p. 159, n° 6, obs. J. Hémar ; Cass. com., 28 mai 1973, Bull. civ. IV, n° 187, p. 119 ; Cass. com., 17 mai 1976, Bull. civ. IV, n° 166, p. 141 ; Cass. com., 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, p. 220 ; JCP G 1998, II, 10085, obs. J.-P. Chazal ; LPA 14 sept. 1998, p. 9, et 16 sept. 1998, p. 17, note A. Constantin ; Cass. com., 8 janv. 2002, Bull. civ. IV, n° 1, RTD civ. 2002, p. 323, obs. P.-Y. Gauthier. Pour encore des exemples de concrétisation de la divergence des intérêts dans un contrat de concession V. H. Beale, *L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats*, in Mélanges Alain Sayag, Litec, Paris, 1997, p. 117, spéc. p. 120 : « Mais les intérêts des parties peuvent aussi diverger. Il en va ainsi lorsque le concédant décide d'accroître sensiblement sa part du marché, et exige du concessionnaire qu'il écoule de plus en plus de véhicules et qu'il les vende avec une marge réduite, alors même que le concessionnaire préférerait distribuer moins de véhicules mais avec une marge supérieure. Il en va de même quand le concédant décide que le niveau du service après-vente doit être amélioré et demande en conséquence que des investissements supplémentaires soient réalisés s'agissant des équipements d'entretien et de la formation du personnel. Les intérêts sont encore plus divergents lorsque le concédant veut installer

Dans la fixation unilatérale du prix, « [sans] doute le prix doit satisfaire l'intérêt de chacun, mais ces intérêts ne sont pas, pour autant, identiques. En outre le prix n'a pas à satisfaire dans les mêmes proportions l'intérêt de l'un et de l'autre. Autant de données que la formule "intérêt commun" occulte quelque peu »¹⁰⁵³. Il y a donc satisfaction concomitante de deux intérêts, et non d'un intérêt identique.

D'ailleurs le contrôle de l'abus est appelé à jouer dans des hypothèses où les intérêts sont clairement divergents. Un commentateur¹⁰⁵⁴ de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de la location du chambre forte¹⁰⁵⁵ considère qu'il y a mise en œuvre, dans cette solution, d'un critère altruiste de l'abus, « le cocontractant doit faire preuve d'un certain altruisme : il est tenu de respecter l'équilibre contractuel et prendre en considération non pas son seul intérêt égoïste, mais également celui de son partenaire »¹⁰⁵⁶. Mais il fait relever cette conception, de l'application des idées de Demogue selon lequel le contrat doit être perçu comme le moyen de réaliser « un objectif commun ». Au-delà de la contradiction entre logiques d'altruisme et de réalisation d'objectif commun, à laquelle nous ne reviendrons pas, nous réfutons la référence à l'« objectif commun » artificielle en l'espèce. Les intérêts de la banque et de la cliente sont clairement antagonistes, l'intérêt de l'un se trouvant dans l'augmentation du prix, ceux de l'autre dans son maintien. D'ailleurs si cet intérêt commun existait, la prise en compte ne relèverait point du registre de l'altruisme, et donc d'une théorie pure de la notion.

Si nous avons écarté le fondement de l'intérêt commun pour justifier l'exigence de prise en compte introduite par le contrôle de l'abus, il nous faut ensuite examiner sa finalité afin de vérifier son rattachement à la théorie pure de la notion.

2. Finalité de l'exigence de prise en compte

361. Pour pouvoir la rattacher à la théorie pure, la prise en compte doit, sans être exclusive d'un intérêt propre au contrat, comporter une dimension altruiste.

une deuxième concession sur le territoire du concessionnaire. Il arrive également que le distributeur trouve que la concession lui est moins profitable qu'il l'avait estimé à l'origine et qu'il veuille vendre parallèlement des véhicules d'une autre marque ».

¹⁰⁵³ T. Revet, *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance, op. cit.*, spéc. n° 16.

¹⁰⁵⁴ X. Delpech, note sous CA Paris, 15^e ch. A, 24 oct. 2000, D. 2001, p. 302.

¹⁰⁵⁵ V. *supra* n^{os} 318, 325, 344 et 349.

¹⁰⁵⁶ X. Delpech, note sous CA Paris, 15^e ch. A, 24 oct. 2000, *op. cit.*

Nous verrons la part de chacune des finalités économique (a) et morale altruiste (b), dans le contrôle de l'abus pour défaut de prise en compte.

a. L'efficience économique

362. Ici deux séries de raisons sont avancées pour pencher vers l'affirmation d'une finalité économique de la prise en compte introduite par le contrôle de l'abus : d'abord l'efficacité du contrat, ensuite l'intérêt du marché.

363. D'abord, c'est dans l'intérêt du contrat, de sa plus grande efficacité, que la prise en compte de l'intérêt du partenaire interviendrait.

Si, par exemple, dans les contrats de distribution, l'opération économique est la création et le développement d'une clientèle, l'octroi au fournisseur de la faculté de fixer unilatéralement les prix ne doit pas aboutir à l'anéantissement de son partenaire. Ainsi, la légitimité de l'exercice du pouvoir accordé est déterminée par rapport à « l'intérêt du contrat » : la prérogative de fixation unilatérale du prix est donnée dans l'intérêt du contrat, or cet intérêt renferme celui du cocontractant¹⁰⁵⁷.

Mais il reste très difficile d'appliquer cette logique, puisqu'« il est souvent délicat, si ce n'est impossible, de déterminer la fonction du droit de résiliation d'un contrat à durée indéterminée. Ne s'agit-il pas d'un droit égoïste qui est à la disposition de son seul titulaire ? Il est logique de penser que le droit de résiliation a justement pour fonction de permettre au contractant de sortir des liens contractuels lorsqu'il le juge utile. S'agissant de la faculté de ne pas renouveler le contrat, c'est une liberté, ou un droit discrétionnaire »¹⁰⁵⁸. Il est donc beaucoup plus simple de considérer que le pouvoir est accordé en faveur d'une des parties, dans une optique de hiérarchisation des libertés en jeu.

¹⁰⁵⁷ V. sur ce point, T. Revet, *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance*, op. cit., spéc. n° 6 : « La possibilité juridique de déterminer unilatéralement le prix constitue un pouvoir au sens strict, car elle s'impose à l'autre partie et qu'elle est exercée, partiellement, dans l'intérêt de cette autre partie ». Rappr. G. Wicker, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in Les concepts contractuel français à l'heure des principes du droit européen des contrats. Actes du colloque du 30 et 31 janvier 2003, faculté Jean Monnet Paris XI. Institut Charles Dumoulin, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, (sous la dir. de), éd. Dalloz, Paris, 2003, p. 151, spéc. p. 169 n° 30 : les prérogatives contractuelles « résultent de la transaction opérée par le contrat entre les intérêts antagonistes des parties. Et c'est parce qu'elles procèdent d'une transaction, plutôt que d'une communauté d'intérêt, que leur exercice ne peut être abandonné à la discrétion de leur titulaire ». Pr M. Jamin, la théorie de l'abus, apparue avec Demogue et Josserand, est fondée sur le solidarisme et signifie « qu'aucune partie ne doit sacrifier l'autre à ses intérêts, l'équilibre contractuel devant en dernière analyse prévaloir » (C. Jamin, *Typologie des théories juridiques de l'abus*, Rev. conc. consom. 1996, n° 92 supplément, p. 7, spéc. n° 8).

¹⁰⁵⁸ J.-P. Chazal, obs. sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, JCP G 1998, II, 10085.

364. La prise en compte comme critère de l'abus est reliée également par certains, à la conception objective du contrat instrument d'échange économique. Celui-ci aurait pour but l'accroissement global des richesses, et le contrôle de l'abus viendrait pour assurer la conformité de l'exercice de la liberté à cet objectif. On revient donc à l'« approche téléologique de l'abus, chère à Josserand, selon laquelle le droit doit s'exercer conformément à sa fonction sociale : par où l'on voit bien s'exprimer une conception objective du contrat, instrument d'échanges économiques, dont les incidences doivent être perçues au-delà des seules considérations propres aux parties contractantes »¹⁰⁵⁹.

Certains vont même jusqu'à affirmer que cette finalité économique éloignerait même le contrôle de l'abus de l'analyse libérale, puisque la liberté n'en est pas le but, mais seul le marché. Pour M. Jamin, ainsi, « l'abus ne traduit pas en droit un *"renouveau du libéralisme"*, où la liberté serait en quelque sorte le principe et l'abus sa limite. Les libéraux ne se soucient pas de sanctionner une partie qui abuse de son droit à l'égard d'une autre. Ce qu'ils visent, c'est le seul accroissement général des richesses par la préservation d'un marché concurrentiel censé le favoriser, fût-ce d'ailleurs au détriment de la liberté individuelle »¹⁰⁶⁰. Donc, leur but unique est le marché, non la place de la liberté¹⁰⁶¹.

Dans ce même ordre d'idées, si nous revenons au critère déterminant de l'abus lors de la rupture d'un contrat, à savoir, l'incitation du partenaire à effectuer d'importants investissements en vue du maintien ou du renouvellement du contrat, n'est-ce pas un raisonnement économique qui justifierait la sanction ? ; « [trop] exiger du distributeur, en l'obligeant à engager de lourdes dépenses, peut se révéler à terme une mauvaise opération (...) chaque fois que des investissements sont réalisés sous la pression de la partie forte, l'autre est en droit de s'attendre à une certaine stabilité de leurs rapports »¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁹ D. Bureau et N. Molfessis, note sous Cass. ass. plén., 1 déc. 1995, arrêts n^{os} 393 P et 394 P et 395 P et 396 P, LPA 27 déc. 1995, p. 11, n^o 34.

¹⁰⁶⁰ C. Jamin, *Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP G 1996, I, 3959, spéc. n^o 6.

¹⁰⁶¹ Dans cette optique, « [parce] qu'elle ne renvoie pas au marché mais vise l'article 1134 du Code civil, on peut penser que l'Assemblée plénière n'adopte pas cette conception économique et libérale de l'abus mais plutôt sa version juridique » (C. Jamin, *Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, *op. cit.*, spéc. n^o 6).

¹⁰⁶² B. Fages, *L'abus dans les contrats de distribution*, JCP E 1998, p. 11, spéc. pp. 15-16.

Pour un auteur¹⁰⁶³, le non amortissement de ces sommes est déterminant puisque c'est un raisonnement proche de la lésion qui est appliqué et l'abus est caractérisé, lorsque « le comportement du maître du réseau porte atteinte à la rentabilité que peut raisonnablement attendre le distributeur de l'exécution du contrat »¹⁰⁶⁴, c'est-à-dire au minimum le maintien de son activité. « Le prix n'est donc pas abusif lorsqu'il conduit celui qui l'a fixé à réaliser des profits, il ne le devient que parce qu'il mène inéluctablement à sa perte, celui qui doit le payer »¹⁰⁶⁵.

Cette analyse économique de la prise en compte introduite par le contrôle de l'abus la doterait donc d'une finalité économique. Ce serait en fin de compte dans un objectif d'efficacité économique que ce contrôle intervient. Qu'en est-il cependant de la dimension altruiste de cette prise en compte ?

b. Finalité morale altruiste ?

365. La dimension altruiste de la prise en compte ne peut être ignorée. D'ailleurs c'est celle-ci seulement qui la rattacherait à la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité.

Le contrôle de l'abus dénote la volonté d'introduire certaines exigences morales dans le comportement des contractants. L'exercice de la liberté doit se faire dans le respect d'un minimum d'altruisme. Le lien est établi entre l'abus et le respect de l'intérêt de l'autre partie : lorsque cette dernière n'est pas considérée en mesure de défendre ses intérêts, le contrôle de l'abus permet de s'assurer que son intérêt soit pris en compte, parce qu'il est moralement répréhensible d'abuser ou d'exploiter la situation de faiblesse d'autrui.

C'est donc encore une fois l'égoïsme qui est sanctionné, cette fois-ci par la technique de l'abus. Ainsi, on a pu soutenir quant au prix abusif, qu'il est celui fixé avec une « forme d'arbitraire qui se manifestera toutes les fois que le contractant choisira de fixer le prix uniquement en fonction de ses propres intérêts et au détriment de ceux de son partenaire (...). Ce n'est donc pas l'intention de nuire qui caractérise l'abus, car le cocontractant qui fixe le prix pensera à lui, avant de souhaiter porter préjudice à son cocontractant. C'est son égoïsme qui peut lui être

¹⁰⁶³ C. Jamin, obs. sous Cass. com., 5 avr. 1994, JCP G 1994, I, 3803, n° 7.

¹⁰⁶⁴ C. Jamin, *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, op. cit., spéc. n° 26.

¹⁰⁶⁵ D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, D. 2002, p. 2841.

reproché, dès lors que le prix qu'il fixera sera pris en considération de ses seuls intérêts »¹⁰⁶⁶.

Ainsi « l'on admet que la morale (...) pénètre ici le contrat, par la voie de la sanction des comportements abusifs »¹⁰⁶⁷. D'ailleurs, nous avons mis en avant que la jurisprudence analyse l'abus comme une faute de comportement au contenu moral, le rapprochant ainsi du manquement à la bonne foi, en visant le plus souvent les deux notions. Ceci conforte donc l'analyse morale de l'introduction de l'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

Notons, par ailleurs, qu'un arrêt de la Chambre commerciale du 26 janvier 2010¹⁰⁶⁸ établit un rapprochement entre les concepts d'abus et de discrimination, lorsqu'il énonce que la « faculté de résiliation discrétionnaire et arbitraire constitue une source potentielle de discrimination ». Si une obligation de motiver est écartée en l'espèce, la Cour a contrôlé l'existence du préavis ainsi que sa durée, le jugeant « suffisant à permettre à sa cliente de retrouver un nouveau banquier ». La Cour contrôle donc les conditions d'exercice du droit unilatéral de rompre – c'est-à-dire de la « procédure de résiliation »¹⁰⁶⁹.

Un commentateur¹⁰⁷⁰ de cette décision fait expressément relever le contrôle de l'abus de la mise en œuvre d'un principe de fraternité. En effet, il estime que « [le] contrôle judiciaire exercé par le juge lors d'une résiliation unilatérale permet de veiller au respect d'un principe de fraternité entre cocontractants ; il renvoie à la théorie du solidarisme contractuel visant à éviter la mise en place d'un pouvoir arbitraire au sein du contrat. La décision du 26 janvier 2010 envisage ce contrôle au stade de l'extinction de la relation contractuelle. Le juge doit alors vérifier que la rupture ne remet pas totalement en cause l'esprit de solidarité qui doit subsister entre les parties alors même que l'une d'elles entend mettre fin à la relation ». En contestant la confusion opérée entre le principe de fraternité et la théorie du solidarisme contractuel – que nous avons clairement écartée – nous soutenons cependant, que ce contrôle dénote la volonté d'introduire une exigence morale particulière relevant du

¹⁰⁶⁶ D. Bureau et N. Molfessis, note sous Cass. ass. plén., 1 déc. 1995, arrêts n^{os} 393 P et 394 P et 395 P et 396 P, *op. cit.*, p. 11., n^o 34.

¹⁰⁶⁷ D. Bureau et N. Molfessis, note sous Cass. ass. plén., 1 déc. 1995, arrêts n^{os} 393 P et 394 P et 395 P et 396 P, *op. cit.*, n^o 31.

¹⁰⁶⁸ Cass. com., 26 janv. 2010, LPA 17 oct. 2003, p. 15, obs. A. Pomade.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

principe de fraternité, dans sa composante de solidarité, à savoir la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

Cette prise en compte altruiste demeure mesurée et encadrée. Elle, ne veut pas dire équivalence ou équilibre strict entre les intérêts en jeu, ni abnégation et sacrifice de l'intérêt personnel. Ainsi, « [si] s'engager dans une relation contractuelle impose que l'on agisse utilement pour le cocontractant, il ne s'agit pas pour autant de le guider pas à pas en lui soufflant les démarches qui seraient susceptibles d'augmenter les avantages qu'il tire de la relation contractuelle. Toute position inverse aurait sans doute pour conséquence d'éliminer, ou de fortement limiter, le rôle économique du contrat : si le sujet de droit se lance dans une relation contractuelle, c'est qu'il estime en retirer quelque chose, le cas échéant au détriment de son cocontractant »¹⁰⁷¹. Nous avons vu que la jurisprudence en sanctionnant la prise en compte de l'intérêt du partenaire, ne contraint donc pas à nier ses propres intérêts mais à lui permettre la poursuite normale de son activité. L'abus est sanctionné lorsqu'il est une cause de disparition économique du partenaire¹⁰⁷².

366. Une autre limite à l'exercice d'une prérogative contractuelle se présente comme une des manifestations de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant : l'obligation de minimiser son propre dommage.

Section 2 : L'obligation de minimiser son propre dommage

367. La victime de l'inexécution du contrat, créancière d'un droit à réparation peut avoir intérêt à laisser le dommage se développer, et alors se pose la question de savoir si elle ne doit pas le minimiser sous peine de ne pas se voir indemnisée pour les conséquences dommageables qu'elle aurait pu limiter.

¹⁰⁷⁰ A. Pomade, note sous Cass. com., 26 janv. 2010, LPA 17 oct. 2003, p. 15.

¹⁰⁷¹ S. Darmaïn, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, n° 290, p. 184.

¹⁰⁷² Rappelons la confusion qui peut s'opérer à propos de cette notion de « disparition économique du partenaire », et qui conduit à notre rejet de la théorie du solidarisme. Si l'objectif est le maintien de la concurrence, nous trouvons que cette analyse s'éloigne du raisonnement en terme de solidarité, se rapprochant plus d'une analyse économique, et de l'intérêt du marché. Cependant, si l'objectif est la non exclusion économique du partenaire contractuel, nous pouvons donc affirmer que, par le contrôle de l'abus pour défaut de prise en compte, la jurisprudence introduit l'application d'une exigence morale particulière relevant d'un principe de fraternité dans sa composante de solidarité, qui refuse l'exclusion.

L'obligation de minimiser le dommage¹⁰⁷³ a le « mérite de mettre en avant l'exigence d'un comportement actif du créancier lésé, l'obligeant ainsi à ne pas se réfugier derrière les clauses du contrat pour en exiger une stricte exécution »¹⁰⁷⁴.

À ce titre elle est à rapprocher de celle de l'abus, que nous avons déterminé comme une faute de comportement particulière commise « à l'occasion de l'exercice d'une prérogative contractuelle »¹⁰⁷⁵. En effet, rappelons que certains établissent un rapprochement entre l'abus et la fonction restrictive¹⁰⁷⁶ de la bonne foi qui conduit à refuser à une partie le droit d'exercer pleinement, dans certaines circonstances, les droits qu'elle tire de la loi ou du contrat, et qui se présente donc finalement comme une restriction à l'exercice de la liberté.

L'obligation de minimiser le dommage serait conçue dans une même logique. Elle aboutit à restreindre le droit que tire pourtant le créancier (qui deviendrait débiteur de l'obligation de minimiser le dommage), de l'inexécution du contrat.

Cette obligation n'est toujours pas consacrée en droit français, son existence n'est donc pas établie. C'est pourquoi une réflexion sur la difficulté de l'introduction de ce support de la prise en compte de l'intérêt sera nécessaire dans un premier temps (§1). Nous verrons cependant, dans un deuxième temps, que cette consécration est souhaitée, et l'esprit qu'elle traduirait en droit français, surtout quant à la compatibilité de la prise en compte qui s'y manifeste avec la théorie pure de la notion (§2).

§1. Difficulté de l'introduction en droit français

368. L'obligation de minimiser le dommage se définit en droit contractuel comme l'« obligation, pour le créancier, de prendre toute mesure propre à limiter le dommage résultant de l'inexécution du contrat, dont l'inobservation l'expose à une réduction des dommages-intérêts si la perte avait pu être évitée »¹⁰⁷⁷. Mais la notion est plus large que le droit contractuel, puisqu'elle se pose lors de la survenance de

¹⁰⁷³ À laquelle certains auteurs se réfèrent par obligation de « mitiger le dommage », ou obligation de « modérer le dommage ».

¹⁰⁷⁴ P. Accaoui Lorfing, *La renégociation contractuellement imprévue*, RDAI 2010, p. 35, spéc. p. 48.

¹⁰⁷⁵ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, 2000, n° 70, p. 71.

¹⁰⁷⁶ La bonne foi est invoquée pour « essayer de limiter les prérogatives de l'autre qui lui oppose un droit » (P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP E 1998, I, p. 30, spéc. p. 35).

tout dommage et concerne donc les responsabilités contractuelles et délictuelles.

Elle est largement diffusée en droit comparé.

Notion issue de la common law¹⁰⁷⁷, la *mitigation of damages* est aussi consacrée par la *lex mercatoria*¹⁰⁷⁹, dont elle est même pour certains, l'« un des principes les mieux établis »¹⁰⁸⁰.

Elle est également posée aux articles 88 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964, portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, 77 de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises¹⁰⁸¹, 7.4.8 des Principes Unidroit¹⁰⁸², 9.505 des Principes européens du droit des contrats¹⁰⁸³, et aux alinéas 1 et 2 de l'article 167 de la proposition d'un Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens (Avant-projet Gandolfi)¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁷⁷ G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014, V^o Minimisation des pertes.

¹⁰⁷⁸ Le principe y est établi par une décision 1872 (Frost c/ Knight). V. égal. en droit américain C. André, note sous CA Douai, 15 mars 2001, D. 2002, p. 307 : « après une lente émergence jurisprudentielle du principe, initiée au XVII^e siècle, le mécanisme de la mitigation of damages a reçu plusieurs consécutions textuelles dans le Uniform Commercial Code (art. 2.708 et 2.713) et fut réaffirmé dans le Second Restatement on Contracts » ; et É. Chahounka Talomè, *L'inexécution précontractuelle et contractuelle en droits français et américain : une instructive comparaison*, Gaz. Pal. 2007, n^o 118, p. 13, spéc. n^o 76.

¹⁰⁷⁹ V. Ph. Fouchard, E. Gaillard, et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, spéc. note 234, p. 845 ; G. Robin, *Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux*, RDAI 2005, p. 695. V. égal., Y. Derains, note sous sentence CCI n^o 2216 de 1974, JDI (Clunet) 1975, p. 922 ; *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, RDAI 1987, p. 375, spéc. pp. 377-380 ; B. Hanotiau, *La détermination et l'évaluation du dommage réparable : principes généraux et principes en émergence*, in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Publication CCI n^o 480/4, 1993, p. 209, spéc. note 236, p. 216 ; F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Paris, 1992, pp. 183 et s.

¹⁰⁸⁰ B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, RDAI 1987, p. 393.

¹⁰⁸¹ Imposant à la partie qui invoque l'inexécution du contrat, de « prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention ».

¹⁰⁸² L'article statue que « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ».

¹⁰⁸³ V. O. Lando et H. Beale, *The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non-Performance and Remedies*, 2^e éd., Kluwer, 2000. L'article statue, dans son alinéa 1^{er}, que « Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant [...] qu'il aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables ».

¹⁰⁸⁴ *Avant-projet d'un Code européen des contrats*, sous la dir. de G. Gandolfi, Milan, 2004. Sur lequel, J.-P. Gridel, *Sur l'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens [Pavie]*, Gaz. Pal. 2003, n^o 52, p. 3. Ces alinéas disposent : « Aucune réparation n'est due pour le dommage qui ne se serait pas produit si le créancier avait adopté les mesures nécessaires de son ressort avant qu'il ne se produise [al. 1]. L'alourdissement du dommage

L'obligation de minimiser le dommage est aussi sanctionnée dans l'arbitrage international¹⁰⁸⁵, et un auteur relève justement que « l'absence de toute référence à la source de l'obligation sanctionnée dans la jurisprudence arbitrale souligne davantage encore ce caractère [transnational de la norme]. Les arbitres ne ressentent même plus le besoin de justifier la mise en œuvre de l'obligation de minimiser le dommage au regard de dispositions d'un système juridique particulier tant le principe semble aujourd'hui largement accepté »¹⁰⁸⁶.

Outre le droit du commerce international, elle est reconnue dans de nombreux droits nationaux, comme le droit allemand¹⁰⁸⁷, néerlandais¹⁰⁸⁸, québécois¹⁰⁸⁹, italien¹⁰⁹⁰, ou encore suisse¹⁰⁹¹.

Alors qu'elle est largement diffusée en droit comparé, la situation est quelque peu différente en droit français.

Exposons la situation actuelle de la question en droit français (A) avant d'entamer une appréciation (B).

A. Situation actuelle de la question

369. Si les origines et traces de la notion sont bien ancrées en doctrine (1), la position de la jurisprudence qui a évolué en la matière est très intéressante à étudier (2). Elle opte actuellement pour le refus de la consécration d'une obligation de minimisation du dommage – au moins en ce qui concerne la responsabilité délictuelle. Ce qui pousse un auteur à affirmer que, jusqu'à présent, « la Cour de cassation a exprimé un refus d'acculturation juridique et un souci de préservation de l'originalité française dans un contexte propice à l'harmonisation des droits civils en Europe »¹⁰⁹².

que le créancier aurait pu empêcher après qu'il se soit produit en adoptant les mesures nécessaires n'est pas, lui, réparable [al. 2]. ».

¹⁰⁸⁵ La solution française opposée à celle du droit du commerce international comme nous le verrons, pose un problème dans l'arbitrage. V. sur ce point l'exposé très clair de C. Larroumet, *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, Gaz. Pal. 2008, doctr. p. 5, spéc. n^{os} 4 et s.

¹⁰⁸⁶ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 2001, n^o 226, pp. 111-112.

¹⁰⁸⁷ À l'article 254, al. 2. du BGB.

¹⁰⁸⁸ À l'article 6.101 du Burgerlijk Wetboek.

¹⁰⁸⁹ À l'article 1479 du Code civil du Québec.

¹⁰⁹⁰ À l'article 1227 de Code civil italien.

¹⁰⁹¹ Aux articles 44 et 99 du Code des obligations suisse.

¹⁰⁹² J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n^o 01-13289, D. 2003, p. 2326.

1. Origines et traces de la notion en doctrine

370. Si l'obligation de minimiser son dommage est absente de la codification de 1804, « contrairement à ce qui est parfois affirmé, la doctrine du XIX^e siècle ne s'est nullement désintéressée de la question du comportement de la victime postérieurement à la réalisation du dommage »¹⁰⁹³.

En effet, Domat traite de la question lorsqu'il estime que pour évaluer la responsabilité de l'auteur du dommage il faut prendre en considération la possibilité pour le demandeur de minimiser sa perte¹⁰⁹⁴. Pothier lui, réfléchissant sur l'exemple – entre autres – de la vente d'une vache infectée d'une maladie contagieuse, affirmait que le « défaut de culture (de la terre) n'est pas une suite absolument nécessaire de la perte » du troupeau suite à la contagion à cause de la faute du vendeur, l'acheteur ayant pu faire cultiver ses terres par un autre troupeau acheté ou loué¹⁰⁹⁵.

Après la codification, « on en trouve une trace dans le *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol (t. II, 3^e éd., LGDJ, 1905, n° 249, p. 89), (...) Mais c'est, semble-t-il, Demogue qui, le premier, s'y est intéressé de plus près. Il a, en effet, affirmé l'existence d'une obligation de minimiser le dommage en matière contractuelle, justifiée par le devoir de collaboration entre les parties, lui-même corollaire de la bonne foi imposée dans l'exécution du contrat en vertu de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil (R. Demogue, *Traité Des obligations en général*, t. VI, Arthur Rousseau, 1931, n° 3 s.) »¹⁰⁹⁶.

Une seule disposition codifiée peut aujourd'hui y être attachée : l'article L. 172-23 du Code des assurances qui dispose que « l'assuré doit contribuer au sauvetage des objets assurés et prendre toutes mesures conservatoires de ses droits contre les tiers responsables. Il est responsable envers l'assureur du dommage causé par l'inexécution de cette obligation résultant de sa faute ou de sa négligence »¹⁰⁹⁷. Mais remarquons que celle-ci intervient en matière d'assurances maritimes, et dans la relation spécifique assuré-assureur et non celle entre la victime et l'auteur du

¹⁰⁹³ *Ibid.*

¹⁰⁹⁴ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Rollin et Fils, Paris, 1745, t. I, livre III, titre V, Section III, § 162.

¹⁰⁹⁵ R. J. Pothier, *Traité des Obligations*, Dalloz, Paris, 2011, n° 167, spéc. p. 74.

¹⁰⁹⁶ S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse Paris I 1999, PUAM, 2002, p. 96, n° 142.

¹⁰⁹⁷ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 2009, n° 07-19.447, Bull. civ. 2009, I, n° 33 ; D. 2009, p. 2714, n° 3, obs. T. Vasseur.

dommage, mais la logique de la minimisation du dommage n'en est pourtant pas moins présente.

Qu'en est-il de la notion en jurisprudence ?

2. Position jurisprudentielle en la matière

371. Si la solution actuelle en jurisprudence est celle du refus de la sanction d'une telle obligation (b), au moins en matière délictuelle, l'historique des solutions jurisprudentielles précédentes est très intéressant à exposer, pour la sensibilité à la logique de prise en compte de l'intérêt du cocontractant qui en ressort (a).

a. Positions antérieures : Sensibilité à la logique de la prise en compte

372. En jurisprudence, même en dehors de toute disposition du code civil en ce sens, l'«obligation de modération apparaît (...) en filigrane dans nombre de décisions françaises, même anciennes (...) [et] le concept est omniprésent, de manière implicite, dans la jurisprudence relative à l'évaluation du dommage : il apparaît en effet indirectement dans l'évaluation du dommage direct et du préjudice réparable »¹⁰⁹⁸.

Du survol de ces solutions, il ressort une sensibilité de la jurisprudence à la logique de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, surtout en matière de préjudice économique.

Exposons les solutions jurisprudentielles précédant la position actuelle, en matière de préjudice économique d'abord (a.1), puis en matière de préjudice corporel (a.2).

a.1. En matière de préjudice économique

373. En matière de préjudice économique d'abord, certaines solutions témoignaient d'une certaine pénétration de l'obligation de minimiser le dommage en jurisprudence.

374. Dans un premier temps, les solutions relatives à la préservation des droits des garants, sur le fondement de la bonne foi, peuvent être rapprochées de la notion.

¹⁰⁹⁸ B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, RDAI 1987, p. 393, spéc. p. 398, n° 22.

Par exemple, l'arrêt du 5 décembre 1995¹⁰⁹⁹ que nous avons étudié dans le chapitre premier, sanctionne, rappelons-le, le bailleur pour avoir laissé s'accroître la dette de loyers alors qu'il aurait pu faire jouer la clause résolutoire, laissant les garants supporter les conséquences de cette inaction. Un arrêt du 16 juillet 1998¹¹⁰⁰ pose une solution dans le même sens. Cette obligation de vigilance fondée sur la bonne foi, se rapprocherait de la logique de l'obligation de minimisation du propre dommage¹¹⁰¹.

375. Dans le même sens, mais au profit du débiteur directement, et non des garants, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 juin 2001¹¹⁰² sanctionne, sur le fondement de la bonne foi, le créancier qui en « s'abstenant de toute mise en demeure avant la fin de la première durée contractuelle de quatre ans, alors que le service de la dette était interrompu depuis déjà trois années, (...) a laissé la convention se reconduire tacitement pendant deux années supplémentaires dans des conditions exemptes de bonne foi, en tirant manifestement profit du silence de son cocontractant pour prolonger une situation qui ne pouvait évoluer qu'à son seul avantage ».

Il faut relever que dans ce cas d'espèce, et contrairement aux affaires précédemment évoquées où les garants ne pouvaient agir pour sauvegarder leurs droits, le débiteur pouvait dans cette hypothèse lui-même mettre un terme au contrat. Il y aurait donc un réel devoir de prise en compte de l'intérêt du cocontractant qui va même ici jusqu'à un devoir de bienveillance envers les intérêts de celui-ci, alors qu'il était lui-même en mesure d'y veiller, en prenant une mesure à son profit pour limiter le montant de sa dette, à savoir la rupture des relations contractuelles en temps utile.

Relevons sur ce point l'avis, très intéressant pour nous, d'un commentateur de cet arrêt qui affirme que « si l'obligation mise à la charge du créancier est présentée

¹⁰⁹⁹ Cass. com., 5 déc. 1995, RJDA 1996, n° 456, p. 336 ; RTD civ. 1996, p. 898, obs. J. Mestre ; Dr. et patr. 2003, n° 114, obs. J. Mestre. *Rappr.* Cass. com., 31 mai 1994, RJDA 1994, n° 1129, p. 871 ; RTD civ. 1995, p. 105, obs. J. Mestre. V. *supra* n° 215.

¹¹⁰⁰ Cass. civ. 1^e, 16 juill. 1998, JCP 1999, II, 10000, note B. Fages.

¹¹⁰¹ Dans ce sens, B. Fages, JCP 1999, II, n° 10000 : « L'attitude attendue du bénéficiaire du cautionnement ne consiste pas seulement à s'abstenir de tout ce qui pourrait nuire au recours subrogatoire. Elle implique de façon plus positive des initiatives en vue de limiter les sommes dues par la caution (...) [et] on peut se demander si l'obligation d'agir en temps utile n'est pas l'expression d'un impératif plus large, visant à imposer au créancier un devoir de minimisation des dommages de la caution ». V. dans le même sens, C. Coulon, note sous CA Paris, 25e ch. A, 22 juin 2001, D. 2002, p. 843 : « le créancier se voit rétrospectivement tenu non seulement de s'abstenir de tout ce qui pourrait nuire au recours subrogatoire du garant, mais encore de faire son possible, en exerçant la plénitude de ses droits à l'égard du débiteur, pour alléger au maximum le poids de la garantie consentie ».

¹¹⁰² 25^e ch A, 22 juin 2001, n° [XP2206013X].

ici comme une simple manifestation du devoir élémentaire de loyauté, les circonstances de l'affaire peuvent néanmoins conduire à penser que l'arrêt tend à consacrer l'existence d'un devoir positif de veiller aux intérêts du débiteur défaillant (...) un véritable devoir d'assistance envers son partenaire »¹¹⁰³. L'auteur relève cependant que ce devoir d'assistance envers le cocontractant est ici, le revers de la mauvaise foi du créancier, c'est-à-dire qu'il est défini dans ses limites. Dans le cas contraire, la « solution impliquerait que le créancier sacrifie le contrat en cours sur la seule considération des intérêts du débiteur, mais c'est bien vers ce type de solution que l'on s'oriente si l'on conçoit l'obligation du premier comme un devoir positif de modérer coûte que coûte la dette du second lorsqu'il n'entend plus exécuter ses obligations. Il incombera aux décisions à venir de préciser si elle trouve simplement son siège dans l'interdiction faite au créancier de se comporter de mauvaise foi ou s'il s'agit là plutôt d'un véritable devoir de bienveillance envers le débiteur, au titre duquel le créancier victime d'une inexécution doit en tout état de cause s'efforcer de prendre les mesures propres à limiter l'étendue de la dette de son cocontractant »¹¹⁰⁴.

376. Une autre affaire importante est à relever dans ce survol de la jurisprudence avant la solution de principe posée en 2003. Cette fois, c'est dans l'hypothèse inverse à la reconduction du contrat, à savoir celle de rupture abusive des relations contractuelles qu'intervient la solution. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai, du 15 mars 2001¹¹⁰⁵, a pu être analysé comme introduisant une obligation – assez sévère – pour le contractant de minimiser son dommage.

Un distributeur (Auchan) est sanctionné pour rupture fautive d'une relation commerciale établie, sans préavis écrit dans un délai suffisant, avec une société (PBC) chargée de la mise en place de ses systèmes informatiques de protection, et dont le chiffre d'affaires était assuré à 90% par ses relations avec le distributeur. La Cour reproche à la société qui « ne pouvait ne pas être consciente des risques qu'elle encourait du chef d'une telle dépendance » de ne pas avoir conçu de « solution de remplacement », et tient compte de ce fait dans l'évaluation du dommage, à hauteur de 25%. Ceci revient à la sanctionner pour ne pas avoir pris de mesures pour

¹¹⁰³ C. Coulon, note sous CA Paris, 25e ch. A, 22 juin 2001, *op. cit.*, spéc. nos 2 et 6.

¹¹⁰⁴ C. Coulon, note sous CA Paris, 25e ch. A, 22 juin 2001, *op. cit.*, spéc. nos 7 et 8.

¹¹⁰⁵ CA Douai, 15 mars 2001, Juris-Data, n° 2001-115252 ; Contrats, conc., consom. août-sept. 2001, p. 18, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2001, p. 1861, note M. Pédamon ; RTD civ. 2002, p. 296, obs. B. Fages et J. Mestre ; D. 2002, jurispr. p. 307, note C. André.

minimiser son dommage. La solution est non sans rappeler la notion de « reliance abusive »¹¹⁰⁶ parfois sanctionnée en droit anglais¹¹⁰⁷.

Nous verrons un peu plus tard, la relation de la notion de « solution de remplacement » avec celle de minimisation du dommage¹¹⁰⁸, mais la solution paraît très exigeante. En effet, et normalement, « on ne [parle] d'obligation de modérer le dommage qu'après la survenance du fait générateur du dommage »¹¹⁰⁹. Or dans cette affaire, « [l]obligation de concevoir une solution de remplacement (...) est d'une tout autre portée puisqu'elle exige d'anticiper l'éventualité d'une rupture des relations contractuelles afin d'en nouer de nouvelles »¹¹¹⁰, et donc l'obligation de prendre des mesures pour minimiser le dommage éventuel entre en jeu avant même la survenance du fait générateur de celui-ci.

377. À contrepied de ces solutions qui avait laissé croire à une possible introduction d'une obligation de minimisation du dommage en droit positif, une solution¹¹¹¹ avait pu être perçue comme « [laissant] présager la position aujourd'hui adoptée par la Cour de cassation »¹¹¹², réticente en la matière. Suite au décès de son mari, une femme voit ses revenus augmenter après son remplacement de ce dernier dans la gestion de ses affaires. Mais, dans l'évaluation du préjudice économique subi par elle du fait de ce décès, il n'y a eu aucune réévaluation à la baisse, tenant compte de ce fait. Les circonstances sont à rapprocher de celles de la minimisation du dommage, puisque la génération de revenus pour la femme par le remplacement de son mari a mené à une diminution de son dommage résultant du décès de celui-ci. Mais si la Cour de cassation n'a pas tenu compte, dans son appréciation du préjudice, de la minimisation du dommage de l'épouse, cela voudrait dire qu'*a fortiori* le créancier n'est tenu d'aucune obligation dans ce sens.

Qu'en est-il en matière de préjudice corporel ?

¹¹⁰⁶ H. Muir-Watt, *Analyse économique et perspective solidariste*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 183, spéc. p. 189.

¹¹⁰⁷ Florida East Coast Railway Co. v. Beaver Street Fisheries, Inc., District Court of Appeal of Florida, First District, 1989, 537 So. 2d 1065, Fla Law Weekly 226, cité in H. Muir-Watt, *Analyse économique et perspective solidariste*, *op. cit.*, spéc. p. 189.

¹¹⁰⁸ Dont elle constitue une des principales mises en œuvres.

¹¹⁰⁹ B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, RDAI 1987, p. 393, spéc. p. 394, n° 3.

¹¹¹⁰ C. André, note sous CA Douai, 15 mars 2001, D. 2002, p. 307.

¹¹¹¹ Cass. civ. 2^e, 2 nov. 1994, Bull. civ. II, n° 217.

¹¹¹² J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, *op. cit.*

a.2. En matière de préjudice corporel

378. Des décisions¹¹¹³ assez anciennes avaient retenu la responsabilité de la victime pour avoir refusé une intervention bénigne, ou une transfusion sanguine. Ainsi, la légitimité du refus de soins était appréciée par les juges « au regard de la gravité de l'acte et des risques encourus par le patient »¹¹¹⁴, et en cas de refus illégitime la sanction était dans la réduction des dommages-intérêts.

379. Un arrêt important en la matière est rendu le 19 mars 1997¹¹¹⁵ où la Cour de cassation affirme qu'en vertu de « l'article 16-3 c. civ. (...) nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale ». Cet arrêt marque en la matière la fermeture de toute porte à l'obligation de minimisation du dommage.

Cette solution est discutée. En effet, si une partie des commentateurs ont estimé « qu'aucune faute ne peut se déduire de l'exercice non abusif d'une liberté »¹¹¹⁶, une autre souhaiterait que la différence soit établie entre les mesures portant strictement atteinte à l'intégrité physique, et les autres mesures matérielles qui peuvent être prises pour minimiser le dommage. En effet, « [il] importe cependant de dissiper une ambiguïté : il n'y aurait pas de faute à refuser des soins améliorants dans la mesure où ils impliqueraient une atteinte à l'intégrité physique qui est un droit sacré de la personne humaine ; par contre il pourrait y avoir faute à ne pas prendre des mesures purement matérielles si elles sont de nature à limiter un dommage

¹¹¹³ Cass. civ. 2^e, 13 janv. 1966, Gaz. Pal. 1966, 1, p. 375 ; RTD civ. 1966, p. 806, obs. G. Durry ; Cass. crim., 30 oct. 1974, D. 1975, Jur. p. 178, note R. Savatier ; JCP 1975, II, n° 18038, note L. Mourgeon ; RTD civ. 1975, p. 107, obs. G. Durry. Contra : Cass. crim., 3 juill. 1969, JCP 1970, II, n° 16447, note R. Savatier ; RTD civ. 1969, p. 782, obs. G. Durry.

¹¹¹⁴ R. Loir, note Cass. civ. 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-20878, D. 2009, p. 1114. V. en doctrine H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 3^e éd., 1939, t. 2, n° 1474-2 : « il semble qu'il y ait là une question de mesure et qu'il faille se fonder sur le caractère dangereux ou douloureux du traitement et de l'opération. La victime est en droit de se refuser à toute intervention qui lui fait courir un risque et il faut admettre que ce risque existe dans toute opération comportant l'anesthésie. Elle peut également s'opposer à toute opération ou traitement que son caractère douloureux ferait appréhender à un individu normal. En dehors de ces situations, son refus constitue une faute » (cité in J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, *op. cit.*). Contra J. Carbonnier, note sous T. civ. Lille, 18 mars 1947, D. 1947, jurispr. p. 507 : « s'il faut concevoir l'inviolabilité de la personne humaine comme une liberté immatérielle, qui a son siège moins dans le corps que dans la personnalité, on croira malaisément qu'il devient plus acceptable, au regard des principes, d'imposer une opération à un individu par cela seul que cette opération est bénigne ».

¹¹¹⁵ Cass. civ. 2^e, 19 mars 1997, n° 93-10.914, Juris-Data n° 1997-001230 ; Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1997, inf. rap. p. 106 ; RTD civ. 1997, p. 675, obs. P. Jourdain ; *ibid.* p. 632, obs. J. Hauser.

¹¹¹⁶ S. Hocquet-Berg, note sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, pourvoi n° 10-25635, Juris-Data n° 2011-025881, Resp. civ. et assur. 2012, comm. n° 34.

corporel. En somme ce n'est pas tant la nature corporelle du préjudice qui impose la mise à l'écart de l'obligation de minimisation que l'atteinte au corps humain qui résulterait des mesures à prendre »¹¹¹⁷.

Si ces solutions jurisprudentielles avaient commencé à forger l'existence d'une obligation de minimisation du dommage, support d'un devoir de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, surtout en matière de préjudice économique, un coup d'arrêt a été apporté à cette entreprise, au moins en matière délictuelle, par la solution de principe intervenue en 2003.

b. Position de principe actuelle : réticence

380. Si toutes les décisions exposées précédemment avaient pu être reliées au concept de modération du dommage, deux arrêts du même jour viennent poser une solution expresse quant à l'introduction d'une obligation de minimisation du dommage en droit français.

En effet, par deux arrêts du 19 juin 2003¹¹¹⁸, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation énonce clairement, au visa de l'article 1382 du Code civil, que « l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables » et que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

Dans la première des deux affaires, la victime d'un accident de circulation avait été empêchée, du fait de son état, d'exploiter son fonds de commerce pendant cinq ans. Les juges du fond avaient estimé que le préjudice constitué par ce défaut d'exploitation et la perte de valeur du fonds de commerce qui en a résulté, était moins dû à l'accident lui-même, qu'à l'inertie de la victime qui n'avait confié à personne cette exploitation pendant son empêchement. Les juges du fond décident donc que «

¹¹¹⁷ P. Jourdain, *Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ?*, RTD civ. 2012, p. 324. V. égal. en ce sens, D. Bakouche, *Quid de l'obligation de minimiser le dommage ?*, Lexbase Hebdo Édition Affaires, sept. 2004, n° 134 ; et D. Mazeaud, comm. sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, D. 2004, p. 1346 : « ce ne serait pas, (...) porter une atteinte frontale au principe de l'inviolabilité du corps humain que de considérer que, lorsque l'acte médical prescrit à la victime n'emporte pas le moindre risque pour elle, pas plus qu'il n'est susceptible de provoquer une douleur quelconque, (...) son refus de soins dégénère en faute, susceptible d'influer sur le quantum de son dommage ».

¹¹¹⁸ Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203 ; D. 2003, Jurisp., p. 2326, note J.-P. Chazal, et D. 2004, Som. com. p. 1346, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. Jourdain ; LPA 2003, n° 208, p. 16, note S. Reifegerste ; JCP 2003, II, 10170, note C. Castets-Renard ; JCP 2004, I, 101, obs. Viney ; RJDA 2004, p. 355, note J.-L. Aubert ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. Aubert.

si elle a choisi de le laisser périliter, elle ne saurait en imputer la responsabilité à l'auteur de l'accident ».

La deuxième affaire, même si construite sur une même logique, est un peu plus délicate puisqu'il s'agissait d'un dommage corporel. Ici, la victime d'un dommage avait refusé de se soumettre aux soins prescrits, laissant son dommage perdurer. Pour cette affaire la Cour estime que la victime « n'avait pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins ».

381. La Cour de cassation refuse ainsi l'introduction en droit français d'une obligation de minimiser son dommage, et la portée de la solution est d'autant plus large que les deux affaires sont rendues l'une en matière de dommage corporel, et l'autre en matière de dommage matériel.

Notons également avec un auteur que « [le] premier arrêt fonde sa solution sur l'affirmation de l'existence d'un lien de causalité directe - dénié par les juges du fond - entre le dommage invoqué (la perte du fonds de commerce) - et l'accident. Une cassation sur ce motif aurait suffi. En invoquant le principe de réparation intégrale et l'absence d'obligation pour la victime de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable, la Cour de cassation souligne la valeur de principe de la solution qu'elle affirme »¹¹¹⁹.

Cependant, il ne faut pas oublier que ces arrêts sont rendus au visa de l'article 1382, en matière de responsabilité extra-contractuelle. Ceci voudrait-il dire que la Cour étendrait cette même solution en matière de responsabilité contractuelle, matière qui nous occupe ?

Certains commentateurs ont estimé que puisque l'une des espèces concerne « un préjudice économique [c]'est donc un principe général, que la Cour de cassation affectionne tant ces dernières années, qui est proclamé »¹¹²⁰. D'autres maintiennent l'« espoir (...) que la Cour de cassation ne condamne pas l'obligation de minimiser le dommage en matière contractuelle »¹¹²¹.

Relevons également que la Cour affirme le refus d'introduire une obligation de « limiter son préjudice *dans l'intérêt du responsable* ». Ceci voudrait-il dire que la

¹¹¹⁹ obs. sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n°203, Defrénois 2003, art. 37845, p. 1574.

¹¹²⁰ J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, *op. cit.*

¹¹²¹ S. Reifegerste, *La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage*, LPA 2003, n° 208, p. 16.

portée de la dispense s'arrête au responsable du dommage, et qu'une telle obligation pourrait être introduite dans l'intérêt de la victime elle-même, ou même plus loin dans celui plus général de la société ?

382. Nous apprécierons la solution posée par la Cour dans le paragraphe suivant, mais relevons simplement que celle-ci a été confirmée par la suite, toujours en matière extra-contractuelle. Nous pouvons d'abord citer, en matière de dommage corporel, un arrêt de la première chambre civile du 3 mai 2006¹¹²² qui affirme que le refus de soins – par une victime ayant contracté une hépatite C – ne constitue pas une faute sanctionnée par la réduction ou l'exclusion de l'indemnisation. Ensuite, un arrêt de la deuxième chambre civile du 8 octobre 2009¹¹²³ censure, au visa du principe de réparation intégrale des préjudices, la décision d'appel, et affirme que « la perte de gains professionnels devait être calculée en fonction du salaire perçu (...) avant l'accident (...), sans qu'il soit tenu compte [du] refus d'une modification de son contrat de travail » par la victime. Enfin, un arrêt du 5 février 2013¹¹²⁴ reprend l'affirmation générale que « la victime n'est pas obligée de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable », pour censurer l'arrêt d'appel qui avait débouté une demande en réparation de la perte de jouissance d'un appartement qu'il était devenu impossible de louer suite à un incendie, compte tenu du fait que la victime demanderesse aurait pu faire réaliser les travaux sur les parties communes aux frais de la copropriété.

B. Appréciation technique de la position actuelle du droit français

383. Si des justifications peuvent *a priori* être avancées pour défendre la position jurisprudentielle actuelle (1), il nous semble pourtant qu'elle est à remettre en question, ces raisons ne tenant pas (2).

1. Justifications techniques avancées

384. Les justifications du refus de consacrer une obligation de minimiser son propre dommage se retrouvent dans deux ordres d'idées. C'est d'abord la contradiction avec les principes traditionnels du droit de la responsabilité (a), et

¹¹²² Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2006, n° 05-10.411, D. 2006, p. 1403, obs. I. Gallmeister ; RDSS 2006, p. 745, obs. P. Hennion-Jacquet ; RTD civ. 2006, p. 562, obs. P. Jourdain.

¹¹²³ Cass. civ. 2^e, 8 oct. 2009, n° 08-18.492, Juris-Data n° 2009-049826.

¹¹²⁴ Cass. civ. 3^e, 5 fév. 2013, n° 12-12.124, Resp. civ. et ass. 2013, comm. n° 135, note S. Hocquet-Berg.

ensuite l'inutilité de l'introduction d'une telle notion (b), qui rendraient cette position opportune.

a. Contradiction avec les principes traditionnels du droit de la responsabilité

385. C'est d'abord le principe de réparation intégrale qui justifierait la solution posée par la Cour de cassation.

En effet, avant de poser le principe que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable », la Cour affirme que « l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables » ; « [on] le voit, c'est ainsi par l'affirmation du droit de la victime à la réparation de l'intégralité de son dommage que la Cour de cassation a consacré le rejet de l'obligation de minimiser son dommage »¹¹²⁵.

Celle-ci avait précisé dans une précédente affaire¹¹²⁶ le contenu du principe de réparation intégrale qui est celui de « replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ».

Ce principe tel qu'appliqué par la Cour de cassation – mais nous verrons que cette application est critiquable – conduit à exclure toute prise en compte d'un élément en dehors de la valeur objective du dommage. En effet, pour la Cour, « [en] un mot, la réparation ne doit s'attacher qu'au seul critère objectif du dommage et s'abstraire de tout critère subjectif tiré de l'analyse du comportement ou de la situation des personnes, responsable et victime »¹¹²⁷.

386. C'est ensuite, certainement, l'idée de ne pas adopter une position qui conduit à accorder une prime au débiteur fautif, qui sous-tend la solution de la Cour. En effet, « [la] “*mitigation*” ne doit pas être l'occasion de renverser les valeurs du contrat, en récompensant, en quelque sorte, le débiteur fautif »¹¹²⁸.

¹¹²⁵ R. Loir, note Cass. civ. 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-20878, *op. cit.*

¹¹²⁶ Cass. civ. 1^e, 17 juill. 1996, n° 94-18.181, Bull. civ. I, n° 327.

¹¹²⁷ A. Laude, *L'obligation de minimiser son dommage existe-t-elle en droit privé français ?*, LPA 20 nov. 2002, p. 55.

¹¹²⁸ P.-Y. Gauthier, *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, RTD civ. 1995, p. 797. V. égal. dans ce sens : J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, *op. cit.* : « Certes, le principe général selon lequel une victime n'a pas l'obligation de limiter son préjudice à le mérite de la simplicité et évite d'octroyer une prime au débiteur de l'obligation inexécutée ou à l'auteur du fait dommageable » ; J.-L. Aubert, obs. sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, *op. cit.* : « La solution ainsi consacrée peut se comprendre : il serait anormal que le fait dommageable commis par un tiers engendre une obligation à la charge de la

Ce raisonnement est particulièrement avancé en matière de dommages corporels. Un auteur affirme que « dans ce domaine, la mise en œuvre d'un principe imposant à la victime le “devoir” ou “l'obligation” de tout faire pour réduire le dommage, sous peine de voir son indemnité diminuée ou supprimée présenterait des dangers »¹¹²⁹.

387. Enfin, l'introduction d'une telle obligation remettrait en cause la primauté, dans le régime de la responsabilité contractuelle en droit français, de l'exécution en nature, puisqu'une telle obligation va dans le sens de l'incitation de la victime de l'inexécution à l'adoption d'une solution de remplacement¹¹³⁰.

b. Inutilité d'une telle notion

388. Le grief essentiel présenté contre la notion de minimisation du dommage, serait ensuite l'inutilité de l'introduction de celle-ci, puisque des techniques contractuelles existantes permettent de parvenir au même résultat.

Arrêtons-nous quelque peu sur ces techniques concurrentes.

389. C'est d'abord dit-on, le lien de causalité entre la faute et le dommage qui serait suffisant à fonder la même solution. D'ailleurs lorsque l'on estime que la question n'est pas étrangère au droit français, c'est souvent sous cette problématique du lien de causalité qu'on la trouve traitée¹¹³¹.

victime. La loi n'envisage les faits illicites générateurs de dommages que comme sources d'obligations pour l'auteur, non pour la victime ».

¹¹²⁹ G. Viney, obs. sous Cass. civ. 2^e 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, JCP 2004, I, 101.

¹¹³⁰ V. sur ce point H. Muir-Watt, *La modération des dommages en droit anglo-américain*, LPA 20 nov. 2002, p. 45.

¹¹³¹ V. en ce sens, V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, éd. GLN Joly, Paris, 1992, n° 437, note 495, p. 332 ; J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 2001, n° 213-215, p. 105 s. ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil (sous la dir. de G. Ghestin). Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 2013, n° 433-3, pp. 411 s. Notons que cette notion y est traitée sous le paragraphe consacré au « Concours entre le fait imputé au défendeur et le fait de la victime » ; C. André, note sous CA Douai, 15 mars 2001, D. 2002, p. 307 : « C'est d'ailleurs la théorie de la causalité qui a parfois été sollicitée par la doctrine pour expliquer l'obligation de modérer le dommage ». *Contra*, B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, RDAI 1987, p. 393, spéc. p. 397, n° 17 : « il arrivera le plus souvent que la partie du préjudice exclue de l'indemnisation aura été “causée” par l'auteur du dommage. Le rejet de toute indemnisation ne peut dès lors s'expliquer uniquement en termes de causalité, mais par recours à une obligation spécifique de minimiser le dommage » ; J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, *op. cit.*, qui affirme, en matière

M. Larroumet affirme par exemple que « [du] point de vue juridique, le meilleur fondement de l'obligation de modérer le dommage se trouve dans la causalité. (...) Lorsqu'intervient un évènement dont l'effet est de produire une rupture dans l'enchaînement des causes, le débiteur n'est plus tenu de la réparation des dommages qui résultent de cet évènement. (...) Lorsque le créancier est en mesure d'agir, c'est-à-dire de prendre des mesures qui limitent les conséquences dommageables dont il demande réparation au débiteur et qu'il ne le fait point, on doit tenir compte de son inaction qui manifeste une rupture du lien de causalité »¹¹³².

D'ailleurs l'article 1151 du code civil met en jeu une logique analogue en stipulant que « les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention »¹¹³³.

390. Ensuite, ce serait « l'effet partiellement exonératoire de la faute de la victime ou du fait du créancier, même lorsque cette faute ou ce fait a seulement

délictuelle qu'« [aujourd'hui], la solution consistant à exiger, en matière de responsabilité délictuelle, que le lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice présente un caractère direct semble acquise (...) même si la question est obscurcie en raison, d'une part, du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et des divergences entre les Chambres civiles et criminelle de la Cour de cassation et, d'autre part, de l'application concurrente des théories de la causalité adéquate et de l'équivalence des conditions ».

¹¹³² C. Larroumet, *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, Gaz. Pal. 2008, doct. p. 5, spéc. n° 11. V. dans le même sens par ex J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 213, p. 106 : « un auteur (P. Azaud, note sous Montpellier 9 déc. 1965, D. 1967, jurisp. p. 477, spéc. p. 479 in fine) a souligné en ce sens que les théories analysant la question du dommage indirect sous l'angle de la causalité ou de la prévisibilité se rejoignent « pour faire un devoir – à la victime d'un délit ou d'un quasi-délit – de lutter contre l'adversité et de coopérer à l'œuvre indemnitaire en évitant tout préjudice évitable » ; et S. Hocquet-Berg, note sous Cass. civ. 3^e, 5 fév. 2013, n° 12-12124, Resp. civ. et ass. 2013, comm. n° 135.

¹¹³³ Sur ce point, voir p. ex. C. B. M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, éd. B. Warée, Paris, 3^e éd., 1821, t. 6, n° 286, p. 250 : « lorsqu'il m'a été impossible de me procurer d'autres voitures avant l'orage : car si j'ai pu m'en procurer ailleurs, et que je ne l'ai pas fait, ma négligence ayant précédé l'évènement, on ne peut plus dire qu'il ait été la suite immédiate et directe de la faute » ; J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, *op. cit.* : « Dans tous ces cas, il est tenu compte du comportement du créancier de l'obligation inexécutée qui, s'il ne se voit pas explicitement imputer un devoir de minimiser son dommage, doit naturellement rechercher une solution de remplacement afin de pallier le plus efficacement possible la défaillance de son cocontractant (...) L'explication réside dans l'idée que ces dommages se rattachent davantage à l'impéritie du créancier plutôt qu'à l'inexécution de l'obligation originaire ; ou, pour le dire autrement, l'inexécution de celle-ci n'explique pas directement le surplus de dommage provenant de la passivité du créancier ».

contribué à l'aggravation du dommage initial »¹¹³⁴, qui, appliqué par la jurisprudence, aboutirait à la même solution que l'introduction d'une obligation de minimiser le dommage, à savoir la réduction de l'indemnisation¹¹³⁵.

Dans un commentaire, M. Savatier avançait déjà en 1953, comme exception à la règle de l'évaluation du dommage au jour du jugement, le cas où le préjudice augmente par la faute de la victime comme par exemple « lorsque la victime refuse l'indemnisation équitable que lui proposait le responsable aussitôt après le sinistre, et entame inutilement une action en dommages-intérêts, au cours de laquelle s'aggrave le dommage dont la réparation immédiate lui avait été offerte »¹¹³⁶.

391. Ce serait aussi la bonne foi ou l'abus qui imposeraient un comportement spécifique au créancier, qui rendraient inutile la sanction d'une obligation spécifique de minimisation du dommage. Arrêtons-nous quelque peu sur cette affirmation.

D'une part, nombreux auteurs, en droit du commerce international, fondent l'obligation de minimiser le dommage sur le principe de bonne foi¹¹³⁷ ou une de ses composantes, le devoir de coopération¹¹³⁸. En droit interne aussi, cette obligation découlerait de la bonne foi¹¹³⁹ contractuelle, et du devoir de coopération¹¹⁴⁰ qui en est déduit, de part la fonction complétive de celle-ci.

¹¹³⁴ G. Viney, obs. sous Cass. civ. 2^e 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, *op. cit.* V. égal. G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil (sous la dir. de G. Ghestin). Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 426 s, pp. 397 s.

¹¹³⁵ V. aussi M. Reifegerste qui relève un arrêt (Cass civ. 1^e, 29 avr. 1981, JCP 1982, II, 19730, note P. Courbe) qui évoque la faute de la victime de ne pas avoir « [évit]é son préjudice » : « De là à dire qu'il existe une obligation en ce sens, une obligation d'éviter son préjudice ou, au moins de ne pas l'aggraver, il n'y a qu'un pas. Mais la Cour de cassation ne l'a pas franchi dans son arrêt du 29 avril 1981 » (*Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse Paris I 1999, PUAM, 2002, p. 102 n° 153).

¹¹³⁶ R. Savatier, obs. sous Cass. soc. 2 et 10 juill. 1953, D. 1954, jurispr. p. 74.

¹¹³⁷ V. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préface G. Couturier, LGDJ, Paris, 1989, n° 173, p. 196 : « Une telle préoccupation est bien perçue par le juge anglais qui impose au contractant, victime d'une inexécution, de prendre toutes les mesures raisonnables en vue de limiter l'importance du préjudice causé par ladite inexécution », ou encore, ou encore du même auteur, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57, spéc. n° 12, p. 67 : « L'exigence de bonne foi astreint arfois le créancier à l'instar du droit commercial international, à limiter l'aggravation de son préjudice ».

¹¹³⁸ Y. Derains, *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, RDAI 1987, p. 375, spéc. n 13 pp. 381-382 ; E. Loquin, *La réalité des usages du commerce international*, RID éco 1989, n° 2, p. 163, spéc. p. 177 ; S. Jarvin, *L'obligation de coopérer de bonne foi, exemples d'application au plan de l'arbitrage international*, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publications de la CCI, 1986, p. 168 spéc. p. 169.

¹¹³⁹ V. par ex. B. Fages, *Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando*, D. 2003, p. 2386 ; *Le comportement du contractant*, préface de J. Mestre, PUAM, 1997, n° 568, p. 307 ; S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse Paris I 1999, n° 204 s., p. 105 s. ; P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du*

L'obligation pour le créancier de minimiser le dommage, fondée sur la bonne foi, met en avant la bilatéralité dans la conception de celle-ci comme une exigence de comportement imposée à chacune des deux parties. L'obligation de minimiser son dommage serait ainsi un des exemples topiques de l'exigence de comportement loyal et coopératif imposée également au créancier¹¹⁴¹. Lorsque celui-ci fait face à l'inexécution de l'obligation établie à son profit, celui-ci ne doit pas rester impassible, ou profiter de la situation, mais prendre toutes les mesures raisonnables pour minimiser son dommage.

Mais la portée de la bonne foi serait particulièrement grande dans ce cas, puisqu'«[ainsi] étendue, l'exigence de la bonne foi irait toutefois particulièrement loin. Elle obligerait, en effet, le créancier à coopérer avec un débiteur en défaut »¹¹⁴².

L'autre facette de ce raisonnement serait de relier la minimisation du dommage à la théorie de l'abus de droit. Nous avons vu que les deux notions étaient à rapprocher, toutes deux agissant comme limite à une prérogative contractuelle. La revendication par le créancier de « la réparation intégrale d'un préjudice qu'il aurait pu réduire ou dont il aurait pu empêcher l'aggravation (...) peut, en effet, constituer de sa part un exercice abusif d'un droit contractuel. Même si le débiteur est initialement en faute, il (...) semble que le créancier peut être de mauvaise foi s'il adopte une attitude égoïste face à l'inexécution du contrat »¹¹⁴³.

D'ailleurs, l'article 1760 du code civil stipule qu'« [en] cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter

contrat : essai de classification, thèse, Paris-I, 2000, n° 740 s., p. 939 s. ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. Dalloz, Paris, 10^e éd., 2014/2015, n° 48 ; A. Laude, *L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit français ?*, LPA 2002, n° 232, p. 55 ; Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 12, p. 67.

¹¹⁴⁰ V. S. Pimont, *Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage*, *Rev. Lamy dr. civ. oct.* 2004, p. 15.

¹¹⁴¹ V. en ce sens, S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, p. 112, n° 215.

¹¹⁴² S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, p. 115, n° 221.

¹¹⁴³ S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, p. 117, n° 228. *Contra* B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, *RDAL* 1987, p. 393 : « La théorie de l'abus de droit ne permet pas non plus de résoudre toutes les questions issues de la modération. Selon la jurisprudence, lorsqu'il existe plusieurs manières d'exercer un droit, le titulaire de celui-ci ne peut, sans commettre un abus, choisir, sans utilité pour lui, le mode d'exercice le plus dommageable pour des tiers, ou encore, le moins conforme à l'intérêt général. Dans de nombreux cas celui qui s'abstient de limiter le dommage ne "choisit" pas, au sens de cette jurisprudence : il s'abstient ».

de l'abus ». Cette disposition serait une application du devoir de minimisation du dommage résultant de l'application de la théorie de l'abus¹¹⁴⁴.

392. Mais la principale technique rattachée à la notion de minimisation du dommage, rendant son introduction inutile, particulièrement en droit contractuel, demeure la pratique du remplacement.

L'article 1144 du code civil dispose que : le « créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ». Puisqu'il est stipulé que le créancier *peut* et non *doit* le faire, celui-ci se voit ainsi reconnaître une faculté, non une obligation, de trouver une solution de remplacement en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation ; « [le] remplacement constitue alors une modalité possible de l'exécution forcée, subordonnée toutefois à une autorisation judiciaire »¹¹⁴⁵. L'application qu'a donnée la jurisprudence de cette disposition a pu être perçue comme une mutation de cette faculté vers un « véritable devoir de se remplacer dans les plus brefs délais »¹¹⁴⁶.

La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises renvoie aussi dans son article 75 au « contrat de remplacement »¹¹⁴⁷.

393. Une dernière notion à rattacher au même ordre d'idée reste à relever, à savoir le cas particulier d'un acheteur d'une chose recelant un vice caché. Au cas où celui-ci serait tenu d'accepter la réparation au lieu d'obtenir la résolution, si cela est plus utile pour les deux parties, n'est-il pas en quelque sorte tenu d'accepter une solution minimisant le dommage ?

Mais la jurisprudence semble opter finalement pour le refus de consacrer cette limitation de l'option ouverte à l'acheteur d'une chose viciée¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁴ V. A. Michaud, *Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract*, Revue générale de Droit, 1984, p. 319.

¹¹⁴⁵ C. André, note sous CA Douai, 15 mars 2001, *op. cit.* V. égal. sur cette notion perçue comme application de l'obligation de minimiser le dommage, P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris I, dactyl., 2000, n^{os} 743 s., pp. 942 s.

¹¹⁴⁶ M. Alter, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, préface de P. Catala, thèse, Grenoble, LGDJ, Paris, 1972, n^o 223.

¹¹⁴⁷ « Lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages-intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74 ».

Si *a priori* la solution de la Cour de cassation semble justifiée parce qu'elle contredirait les principes traditionnels du droit de la responsabilité, ou pour son inutilité, toujours est-il qu'elle devrait être remise en question, ces raisons devant être rejetées.

2. Rejet de ces justifications

394. Une lecture plus approfondie des raisons qui *a priori* rendraient la position actuelle de la jurisprudence légitime, poussent en fin de compte à la remise en question de celle-ci. En effet, l'articulation possible de l'obligation de minimisation du dommage avec les principes traditionnels (a), ainsi que l'insuffisance des techniques contractuelles concurrentes (b), incitent à partager l'avis militant vers le renversement de la position actuelle.

a. Articulation avec les principes traditionnels

395. D'abord, le principe de réparation intégrale est insuffisant à justifier le rejet de l'obligation pour la victime de minimiser son dommage.

En effet, ce principe n'entre en jeu qu'une fois l'étendue du dommage délimitée. Or justement, la question de la minimisation du dommage affecte non le principe de réparation mais l'étendue du dommage considérée pour la réparation : si l'obligation existe, le dommage évalué au jour du jugement aura une étendue plus petite que si une telle obligation n'existe pas. Le principe de réparation intégrale joue dans un second temps, de façon invariable¹¹⁴⁹. D'ailleurs, « [c]'est aller au-delà de la réparation intégrale que d'indemniser la victime des conséquences de sa propre faute dans l'extension ou l'aggravation de ses préjudices »¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁸ V. sur la question la chronique de P.-Y. Gauthier ainsi que ses développements, *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, *op. cit.* ; *L'inutile et le droit (suite) : l'acheteur troublé dans sa jouissance par un vice caché, n'est pas tenu de minimiser les pertes en subissant la réparation, plutôt qu'en obtenant la résolution*, RTD civ. 1996, p. 190 ; *L'inutile et le droit (suite) : l'acheteur n'a plus le libre exercice de l'action rédhibitoire*, RTD Civ. 1998, p. 397 ; *Valse-hésitation de la Cour de cassation sur l'option de l'acheteur en cas de vice caché : l'inutile et le droit (suite)*, RTD civ. 1999, p. 127.

¹¹⁴⁹ V. en ce sens aussi C. Larroumet, *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, *op. cit.*, spéc. n° 2 : Le principe « ne s'oppose pas à l'obligation de modérer le dommage, dans la mesure où on peut parfaitement considérer que le débiteur ne doit réparer intégralement que le seul dommage imputable à son activité à l'exclusion de celui qui trouve son origine dans l'inaction ou bien l'action insuffisante ou déraisonnable du créancier ».

¹¹⁵⁰ J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, *op. cit.*

396. Ensuite, quant à la volonté de ne pas favoriser le responsable du dommage, « [est]-ce à dire qu'il convienne pour autant d'indemniser intégralement une victime qui, par une négligence grossière, a laissé se développer un dommage qu'elle pouvait facilement limiter ? »¹¹⁵¹. Il faudrait donc trouver un équilibre entre ces deux extrêmes, et une obligation de minimiser le dommage dont les contours sont bien définis pourrait être la solution.

D'ailleurs l'intérêt de la victime n'est pas le seul à prendre en considération, il faut aussi prendre en compte l'intérêt social, qui inciterait peut être à la minimisation du dommage pour réduire en général les coûts de la réparation. En effet, la solution actuelle « peut inciter à une négligence qui n'est certainement pas conforme à l'intérêt social – au sens politique et moral – ni davantage, sans doute, à l'intérêt économique général »¹¹⁵². Mais nous reviendrons sur cette idée un peu plus tard, lors de l'approfondissement de la finalité de cette obligation.

Il ne faut ensuite pas oublier qu'« il existe aussi un devoir général de diligence - pris en compte par le biais de la négligence - qui incombe à chacun et dont la victime n'a pas lieu d'être totalement affranchie par principe »¹¹⁵³.

La bonne foi semble aussi militer en faveur d'une telle obligation. Il a pu être relevé que la « victime semble alors de mauvaise foi, à se plaindre tout en ne cherchant pas à réduire sa souffrance. Une telle attitude est déloyale et témoigne d'une contradiction au détriment d'autrui qui mérite d'être sanctionnée »¹¹⁵⁴. Le refus de consacrer une obligation de minimisation du dommage serait une contradiction avec l'avancée de certaines exigences morales¹¹⁵⁵, palpable aujourd'hui en droit contractuel.

La responsabilisation de la victime apparaît donc aussi comme un objectif compatible avec les principes traditionnels de la responsabilité¹¹⁵⁶.

¹¹⁵¹ G. Viney, obs. sous Cass. civ. 2^e 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, *op. cit.*, spéc. n° 12. V. égal. J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, *op. cit.* : « La faute lucrative n'est pas une notion incompatible avec le statut de victime ».

¹¹⁵² J.-L. Aubert, *La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?*, RJDA 2004, p. 355, spéc. p. 358, n° 26.

¹¹⁵³ J.-L. Aubert, obs. sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n°203, Defrénois 2003, art. 37845, p. 1574.

¹¹⁵⁴ C. Castets-Renard, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, JCP 2003, II, 10170.

¹¹⁵⁵ À tort toutes rattachées à la bonne foi, comme nous avons déjà pu le démontrer.

¹¹⁵⁶ R. Loir, note Cass. civ. 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-20878, D. 2009, p. 1114 : « Au fond, ne faut-il pas responsabiliser les victimes et les inciter à réduire leur dommage lorsqu'elles en ont la possibilité ? Ne paraît-il pas inéquitable de faire peser sur le responsable le poids d'un préjudice que la victime n'a rien fait pour diminuer ? ».

Il faudrait surtout pour certains nuancer la solution, selon si le dommage est matériel ou corporel.

L'introduction d'une obligation de minimisation du dommage paraît utile, et justifiable, parce qu'« [admettre] le contraire est de nature à inciter la victime à l'insouciance et à la négligence et aboutit à paralyser l'effet d'exonération partielle normalement attribué à la faute de la victime en évinçant toute obligation préexistante ; sans parler du risque, souvent relevé, d'augmenter inutilement le coût de la réparation due par le responsable »¹¹⁵⁷.

Mais c'est aussi l'insuffisance des techniques contractuelles concurrentes qui milite en faveur d'un revirement jurisprudentiel en la matière.

b. Insuffisance des techniques contractuelles concurrentes

397. Les différentes techniques du droit contractuel concurrençant cette obligation et la rendant inutile, sont insuffisantes.

Que ce soit la technique du lien de causalité ou celle de la faute exonératoire ou partiellement exonératoire de la victime, ou encore celle de la bonne foi, avancées comme remplacement à la notion de minimisation du dommage, toutes deux paraissent impuissantes à fonder un même résultat que cette dernière.

398. Si on s'en tient d'abord à la causalité, on ne peut souvent écarter aucune part du préjudice, puisque techniquement, si nous optons pour une conception large du lien de causalité, toute l'étendue du préjudice a été « causée » par le fait dommageable. En effet, « très souvent, le préjudice dont l'indemnisation est refusée à celui qui n'a pas correctement exécuté l'obligation (de modération) a été directement causé par l'auteur du dommage »¹¹⁵⁸. Certes la conception du lien de causalité¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁷ P. Jourdain, *Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ?*, RTD civ. 2012, p. 324.

¹¹⁵⁸ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 2001, n° 209 p. 103. Cependant, dans un des commentaires de la solution posée en 2003, nous pouvons lire une critique de la solution sur le terrain du lien de causalité, estimant que la Cour retient ainsi une « conception pour le moins laxiste de la causalité » en estimant qu'il existait un lien causal suffisant entre l'accident et la perte du fonds de commerce ; « Le comportement de la victime qui n'a pas fait appel aux services d'un employé alors qu'elle aurait pu le faire aurait dû être pris en considération, comme il l'avait été par les juges du fond (...) L'inertie dont ont fait preuve les victimes après l'accident devrait donc, ici aussi, apparaître comme l'une des causes du dommage » (S. Reifegerste, *La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage*, note sous Cass. civ. 2^e 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, LPA 2003, n° 208, p. 16, spéc. n° 10).

affectera beaucoup la solution. Dans tous les cas, même si l'éventuelle limitation de l'étendue du préjudice réparable de la victime se fait sur le terrain du lien de causalité, « la négation (de celui-ci) revient pourtant indirectement à imposer à celle-ci une obligation – de résultat – de minimiser son dommage »¹¹⁶⁰.

399. Ensuite, la faute de la victime est insuffisante à justifier la solution. En effet, si les conséquences de l'obligation de minimiser le dommage et celles de la faute exonératoire ou partiellement exonératoire de la victime sont les mêmes, à savoir la réduction de l'étendue du dommage réparable, le fondement est différent. Dans le premier cas, le dommage est entièrement causé par l'auteur du fait dommageable, et la victime se voit imposée un comportement diligent pour limiter, dans la mesure du raisonnable, l'étendue de ce dommage. Dans le deuxième cas, la faute de la victime est également à l'origine du dommage¹¹⁶¹, celui-ci n'est pas entièrement causé par l'auteur du fait dommageable.

Mais c'est surtout au regard des exigences de comportements imposées aux contractants, et qui se développent sensiblement en droit contractuel, notamment la prise en compte des intérêts du partenaire, que cette dispense totale de la victime – en dehors de toute appréciation nuancée¹¹⁶² – que la position actuelle de la Cour affirme, devrait être remise en question.

Notons que ce qui est important est l'appréciation du comportement de la victime, postérieurement à la faute, et donc en dehors de sa responsabilité partielle du dommage. Et c'est ce que permet l'introduction directe d'une obligation de minimiser le dommage.

¹¹⁵⁹ V. les théories sur la causalité adéquate ou l'équivalence des conditions. Sur lesquelles, G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil (sous la dir. de G. Ghestin). Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 3^e éd., 2006, n^{os} 337 s., pp. 187 s.

¹¹⁶⁰ P. Jourdain, note sous Cass. civ. 2^e 19 juin 2003, (deux arrêts), n^o 00-22.302 et n^o 01-13.289, Bull. civ. II, n^o 203, RTD civ. 2003, p. 716, spéc. p. 718.

¹¹⁶¹ V. sur ce point, M. Elland-Goldsmith, *La « mitigation of damages » en droit anglais*, RDAI 1987, p. 347, note 421, spéc. n^o 6 p. 348 : « il y a “contributory negligence” lorsque le demandeur est en partie responsable du fait dommageable lui-même, tandis que la “mitigation” ne concerne que les conséquences du fait dommageable dû à la faute du seul défendeur », cité in J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, op. cit., n^o 209, p. 103.

¹¹⁶² Entre préjudice corporel et économique surtout. V. en ce sens par ex., F. Gréau, note sous Cass. civ. 2^e, 25 oct. 2012, n^o 11-25511, L'essentiel Droit des assurances 2013, n^o 1, p. 3 : « la sacralisation du préjudice corporel n'apparaît légitime que lorsqu'il est question du refus de soins, avec en soutien l'article 16-3 du Code civil. La question mériterait certainement une réponse moins tranchée pour les

400. Enfin, quant à la bonne foi, plusieurs griefs peuvent lui être adressés comme fondement à l'obligation.

En premier lieu, ce serait là un exemple typique de l'élargissement artificiel, et de l'hypertrophie¹¹⁶³ de la bonne foi, pour en faire découler l'obligation de minimisation du dommage dans sa lecture morale introduisant une exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant fautif¹¹⁶⁴. Le concept de bonne foi en soi, ou sa déclinaison en devoir de coopération, ne permettent pas de fonder à eux seuls les exigences morales de cette intensité.

En outre, celle-ci ne permettrait pas de fonder l'obligation de minimiser le dommage de manière unitaire, entre la responsabilité extra-contractuelle, et celle contractuelle. Or nous avons vu que la différenciation selon le genre de responsabilité n'était pas justifiée ici. En effet, « rattachée à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, l'obligation de minimiser le dommage serait, (...) limitée à la seule matière contractuelle, alors qu'elle a vocation à jouer également en matière extracontractuelle »¹¹⁶⁵.

Un auteur relève même au niveau international, qu'il serait « inutile de chercher à justifier le principe transnational en recourant à un autre principe, également dégagé d'une analyse de droit comparé. (...) Enfin, de manière plus pratique, le lien établi par la doctrine entre bonne foi dans les relations contractuelles et l'obligation de minimiser le dommage n'apparaît pas dans la jurisprudence arbitrale internationale (...), les arbitres ont affirmé l'existence de ce principe de manière totalement autonome »¹¹⁶⁶.

préjudices purement économiques ou même lorsque sont en cause, comme en l'espèce, les conséquences du préjudice corporel ».

¹¹⁶³ V. *supra* n^{os} 114 s.

¹¹⁶⁴ V. en ce sens, S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, p. 118, n^o 230 : « ce nouvel appel à la bonne foi forcerait à nouveau, et cette fois peut-être un peu trop, cette notion déjà si souvent sollicitée par le passé. Sans que l'on puisse dire avec certitude où sont les limites de la bonne foi, on sent bien qu'on risquerait, certes, d'aller trop loin ».

¹¹⁶⁵ S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, n^o 230, p. 119. V. égal *idem.*, n^o 204 s., p. 105 s. : l'auteur se montre favorable au fondement de la bonne foi en matière contractuelle, mais pour lui l'obligation de modérer le dommage exige par ailleurs des fondements complémentaires, plus généraux, pour pouvoir lui donner une assise en matière extracontractuelle.

¹¹⁶⁶ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n^o 241-243 p. 118.

Cette remise en question de la position refusant l'introduction d'une obligation de minimisation de son propre dommage en droit français, conduit à en souhaiter la consécration, ce qui ne paraît pas impossible. Mais c'est surtout l'esprit de cette institution, si elle est introduite, qui nous intéresse, pour ce qu'il révèle quant à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, telle qu'elle a été définie dans sa théorie pure.

§2. Consécration souhaitée, et compatibilité avec la théorie pure de la prise en compte

401. La remise en question de la position actuelle de principe de la Cour de cassation par une grande partie de la doctrine, ainsi que la large diffusion de l'obligation de minimisation du dommage en droit comparé, ne laissent pas l'état de la question statique.

Si nous constatons une évolution même timide vers l'introduction d'une telle obligation (A), l'esprit de l'institution, si elle est consacrée en droit français, serait certainement différent de celui qui prédomine dans la Common Law où elle trouve son origine, et plus compatible avec la théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant (B).

A. Évolution timide vers l'introduction d'une obligation de minimiser son dommage

402. Une évolution peut être constatée dans la position des juges du fond en matière de responsabilité contractuelle (1), ainsi que dans la doctrine et les projets de réforme du droit des obligations et contrats (2), quant à l'introduction d'une telle obligation.

1. Évolution jurisprudentielle

403. L'examen de la jurisprudence postérieure aux arrêts du 19 juin 2003 présente un certain intérêt. Si elle semble confirmer la solution de principe de 2003, celle-ci présente cependant des signes d'une évolution timide vers la reconnaissance d'une obligation de minimisation du dommage, surtout en matière de responsabilité contractuelle.

404. Une première affaire, du 17 janvier 2008¹¹⁶⁷, doit être relevée. Dans une affaire où une victime prend une initiative en vue de se faire soigner (celle de voyager), initiative qui conduit à l'aggravation du dommage, la Cour de cassation censure la décision de la Cour d'appel qui avait considéré qu'il y avait eu « prise de risque » par la victime, ayant eu « un rôle causal dans l'apparition » du dommage. La Cour de cassation refuse donc de qualifier cette initiative qui avait pour but de prévenir l'aggravation du dommage, comme faute menant au partage de responsabilité. Un commentateur y voit le souhait d'affirmer que « même si le droit français ne reconnaît pas un devoir de minimiser son dommage, la prise d'initiative en ce sens est une idée qu'il faut encourager. Politiquement, cela invite à apprécier avec indulgence les initiatives des victimes à cet effet et à éloigner d'autant le seuil au-delà duquel leur maladresse leur sera imputée à faute »¹¹⁶⁸.

405. Un second arrêt du 22 janvier 2009¹¹⁶⁹ mérite d'être évoqué. En l'espèce, le principal actionnaire d'une société exploitant un fonds de commerce est victime d'une agression entraînant pour lui une incapacité de travail, et est conduit à céder ses actions à un prix inférieur à celui du marché, ce qui entraîne pour lui un préjudice économique.

La Cour de cassation semble de prime abord reprendre, dans cette affaire, la solution de principe de 2003 en statuant au visa de l'article 1382 du code civil, que « l'auteur d'un accident doit réparer l'intégralité des conséquences dommageables » pour censurer la décision de la Cour d'appel, qui avait retenu que c'était une simple perte d'une chance de mieux vendre qu'il fallait prendre en compte. Cependant l'attendu mérite d'être relevé. La Cour affirme qu'en statuant comme elle l'a fait, « alors qu'elle retenait que la vente des actions avait constitué *une mesure de gestion raisonnable* et qu'il existait un lien de causalité entre cette vente et l'infraction, ce dont il devait résulter que le préjudice consistait dans la moins-value, la cour d'appel a violé le texte susvisé »¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁷ Cass. civ. 1e, 17 janv. 2008, n° 06-20.107 ; Juris-Data n° 2008-042306 ; Bull. civ. 2008, I, n° 14 ; D. 2008, p. 1256, note A. Dumery ; LPA 4 avr. 2008, p. 10, note C. Youengo ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 110, note C. Radé.

¹¹⁶⁸ P. Stoffel-Munck, *Chronique. Responsabilité civile*, JCP G 2008, I, 186.

¹¹⁶⁹ Civ. 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-20.878, D. 2009, p. 1114, note R. Loir ; RTD civ. 2009, p. 334, obs. P. Jourdain.

¹¹⁷⁰ Nous soulignons.

Deux indices majeurs semblent indiquer une évolution dans la position de la Cour de cassation. D'abord, la Cour ne reprend pas la deuxième partie de la formule des arrêts de 2003, à savoir que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». Est-ce à dire que la Cour exprime le souhait de dépasser ce refus tranché de tout principe de minimisation du dommage en matière délictuelle ?

Ensuite, ce qui est très important est cette référence à la « mesure de gestion raisonnable », au regard de laquelle la Cour semble justifier sa solution.

Ne serait-ce donc pas introduire l'idée qu'en cas d'absence de mesure raisonnable, la solution de la Cour de cassation aurait peut être été différente, et la réduction de l'indemnisation fondée¹¹⁷¹ ? En effet, à côté du lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage, la Cour semble ajouter une deuxième condition pour apprécier l'étendue du dommage réparable ; « [en] se référant au caractère raisonnable de la mesure adoptée (...), la deuxième chambre civile ouvre désormais la porte à un contrôle du comportement de la victime postérieurement à la survenance de la faute »¹¹⁷². Notons surtout que c'est au regard de la prise de « mesures raisonnables » qu'est appréciée le respect de l'obligation de minimisation du dommage dans la plupart des textes qui l'adoptent, et sur lesquels nous nous arrêterons dans le point suivant. Entre l'obligation d'adopter des mesures raisonnables et celle de minimiser le dommage, il n'y a qu'un pas. Le raisonnable est apprécié au regard de l'étendue du dommage. L'appréciation du comportement de la victime au regard de l'adoption de mesures raisonnables se rapprocherait concrètement de l'introduction d'une obligation de minimisation du dommage.

406. C'est surtout l'arrêt du 24 novembre 2011¹¹⁷³ qui mérite d'être exposé dans cet aperçu des solutions postérieures à 2003, considérées comme un frémissement en faveur de l'introduction d'une obligation de minimiser le dommage. Un contrat d'assurance est conclu entre une Mutuelle et un assuré, cette dernière

¹¹⁷¹ V. en ce sens, A. Guégan-Lécuyer, note sous Cass. Civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, D. 2013, p. 415 : La Cour « tout en rappelant la position de principe, a laissé penser qu'une mesure déraisonnable de gestion de son fonds de commerce aurait pu affecter l'indemnisation de la victime d'une agression ».

¹¹⁷² R. Loir, note Cass. civ. 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-20878, D. 2009, p. 1114.

¹¹⁷³ Cass. Civ 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-25635 ; Rev. Lamy dr. civ. fév. 2012, p. 20, obs. Le Nestour Drelon ; RTD civ. 2012, p. 324, obs. P. Jourdain ; D. 2012, p. 141, obs. H. Adida-Canac ; Gaz. Pal. 2012 n° 124, p. 11.

partie étant, selon les termes du contrat, une personne et son conjoint « non divorcé ni séparé ». Une ordonnance de non-conciliation les autorisant à résider séparément, l'assureur informe l'époux qu'il n'était plus bénéficiaire de la qualité d'assuré.

La Cour d'appel rejette la demande du conjoint d'indemniser son préjudice matériel résultant pour lui de la privation de jouissance de son véhicule, en énonçant « qu'il n'établit pas que le refus de la [Mutuelle] de l'assurer l'ait empêché d'utiliser sa voiture en s'adressant à un autre assureur ». Ce qui est donc intéressant à relever, est que la Cour d'appel a estimé que le conjoint « aurait pu, voire dû, empêcher, ou du moins minimiser son dommage en s'adressant à un autre assureur »¹¹⁷⁴.

La Cour de cassation censure la décision au visa de l'article 1147 du code civil non sur la base de l'absence de toute obligation de minimiser le dommage, comme elle aurait pu le faire par application de la solution de principe de 2003, mais en affirmant qu'« en statuant ainsi, sans caractériser la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Ceci voudrait-il dire qu'*a contrario*, si une telle faute avait été caractérisée, la décision de la Cour de cassation aurait été différente ?

La Cour de cassation aurait pu se contenter de réaffirmer le principe énoncé par elle en matière de dommage corporel, établi dans les arrêts du 19 juin 2003. En ne le faisant pas, elle « laisse entendre que la Cour de cassation souhaite prendre ses distances avec cette motivation »¹¹⁷⁵.

Remarquons cependant, que même si c'est cette analyse qui est retenue, l'obligation de minimisation du dommage qui serait introduite, le serait de manière très souple, puisqu'elle paraît n'être sanctionnée que si existe un comportement fautif de la victime, alors que les projets de réforme ou d'harmonisation européenne évoquent seulement l'absence de « mesures raisonnables », ou des mesures « sûres et raisonnables », comme nous le verrons¹¹⁷⁶. En d'autres termes, s'il faut une faute de la victime pour contrôler l'obligation de minimisation de la victime ici, les projets de réforme se contentent eux de l'absence de mesures raisonnables prises. Ces projets

¹¹⁷⁴ G. Le Nestour Drelon, note sous Cass. civ 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-25635, Rev. Lamy dr. civ. fév. 2012, 20.

¹¹⁷⁵ P. Jourdain, *Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ?*, RTD civ. 2012, p. 324.

¹¹⁷⁶ V. dans ce sens, M. Mekki, note sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-25635, Gaz. Pal. 2012, pan. jurispr. p. 11 : L'obligation de minimiser le dommage « ne serait pas la copie conforme de la mitigation of damages du droit anglo-américain qui exige de la victime un comportement particulièrement diligent ».

sont donc plus sévères, et le domaine de l'obligation de minimisation du dommage y est donc plus vaste.

407. Cette évolution laisse quand même flotter plusieurs interrogations dont la plus importante est celle de la portée de l'évolution ; la solution se cantonne-t-elle au domaine contractuel, ou au préjudice matériel ?

Un arrêt du 25 octobre 2012¹¹⁷⁷ vient y apporter quelques précisions, en réaffirmant en matière extra-contractuelle, et plus précisément en matière de préjudice corporel, le principe posé en 2003, excluant toute obligation de minimiser le dommage.

Une victime demandait, au titre de son dommage corporel, réparation de son préjudice relié à la nécessité pour elle de se faire assister par une tierce personne pendant une partie de la journée et de la nuit, à cause de la situation de sa chambre à l'étage. La Cour d'appel, dans une position assez audacieuse dans l'appréciation du préjudice, avait estimé que « les difficultés liées à la localisation de la chambre à l'étage (...) peuvent être résolues par des solutions plus simples, moins contraignantes et plus économiques que la présence d'une tierce personne douze heures par nuit, parmi lesquelles l'aménagement d'une chambre au rez-de-chaussée, l'agrandissement de la maison, voire un déménagement que les époux ont d'ailleurs effectué (...) », avant de revenir dans leur maison.

La Cour de cassation elle, censure l'arrêt d'appel en réaffirmant que « l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

La deuxième partie de la motivation des arrêts de 2003 fait ainsi son retour, à côté de l'affirmation du principe de réparation intégrale : « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

La Cour de cassation semble manifester clairement ainsi, sa volonté d'exclure toute obligation de minimisation du dommage en matière extra-contractuelle¹¹⁷⁸, ou plus précisément au moins, lorsqu'est en question un dommage corporel¹¹⁷⁹. Or, si nous

¹¹⁷⁷ Cass. civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, inédit.

¹¹⁷⁸ V. en ce sens, F. Gréau, note sous Cass. civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, *op. cit.* : « cet arrêt révèle qu'elle entend fermement s'en tenir au principe de la réparation intégrale en dehors des Terrés du contrat ».

¹¹⁷⁹ V. en ce sens, A. Guégan-Lécuyer, note sous Cass. Civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, *op. cit.*, spéc. n° 14 : « La portée de l'arrêt du 24 novembre 2011 serait ainsi limitée, non pas à la matière contractuelle - la Cour de cassation aurait bien du mal à convaincre - mais aux dommages non corporels entendus très largement ».

examinons bien les faits d'espèce, il s'agissait plutôt d'un dommage matériel lié à un dommage corporel. Cependant, ce préjudice était étroitement lié au préjudice corporel. Un commentateur de l'arrêt s'est particulièrement arrêté sur la nature du préjudice, et il affirme que « le préjudice étant lié à l'assistance d'une tierce personne, on pourrait considérer qu'il est un préjudice matériel spécifique. En ce qu'il permet d'assurer la sécurité de la personne face à des dangers dont elle ne pourrait réchapper du fait de son handicap causé par l'accident, l'assistance d'une tierce personne serait une manière de reconstituer l'intégrité physique de la victime. Ce préjudice porterait ainsi, plus que d'autres, l'empreinte du corporel, ce qui justifierait qu'on exclue d'en demander sa limitation à la victime. Les autres préjudices matériels resteraient alors potentiellement soumis à l'obligation de minimiser, même s'ils servent à réparer un dommage corporel »¹¹⁸⁰.

Nous ne reviendrons pas sur la critique de la différenciation injustifiée selon la nature de la responsabilité en question, mais notons qu'il se peut que la censure de la décision de la Cour d'appel soit justifiée en définitive parce que les mesures que cette dernière exigeait de la victime dépassaient les mesures « raisonnables » évoquées par les différentes lois ou projets de lois reconnaissant une obligation de minimisation du préjudice.

C'est sur ces derniers que nous nous pencherons maintenant.

2. Doctrine et projets de réforme

408. La doctrine et les différents projets de lois pour la réforme du droit français des obligations et contrats, ou de la responsabilité, témoignent d'une volonté d'adopter une solution contraire à celle posée par les arrêts de 2003, en introduisant une obligation de modération du dommage, au moins en matière contractuelle.

L'article 1373 de l'Avant-projet Catala, dispose que « [lorsque] la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique »¹¹⁸¹. Un auteur soulève d'ailleurs que « le groupe de travail de la Cour de cassation a totalement approuvé les termes de l'article

¹¹⁸⁰ A. Guégan-Lécuyer, note sous Cass. Civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, *op. cit.*, spéc. n° 10.

¹¹⁸¹ V. sur cet article : J.-L. Aubert, *Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité*, in Mélanges Geneviève Viney, LGDJ, Paris, 2008, p. 55.

1373, estimant que ce devoir de la victime de modérer son dommage était ‘*fort opportunément proposé par le projet Catala*’ (Rapp. du 15 juin 2007 disponible sur le site Internet de la Cour de cassation). Ne serait-ce pas là l'annonce d'une évolution de la jurisprudence ? La Cour de cassation ne serait-elle pas disposée à revenir sur sa position de 2003 ? »¹¹⁸². Un rapport du Sénat de 2009¹¹⁸³ sur les évolutions souhaitées en matière de responsabilité civile, va également dans ce sens.

L'article 53 de l'avant-projet Terré, ainsi que l'article 1386-26 de la proposition de loi Bételle portant réforme de la responsabilité civile¹¹⁸⁴, prévoient une solution analogue.

Tous ces projets de réforme réservent cependant la limite du dommage corporel, dans une mesure différente entre eux. En effet, seul « le premier (l'Avant-projet Catala) est compatible avec une approche extensive de l'obligation de minimiser en cas de dommage corporel, puisqu'il n'exclut que “les mesures” de nature à porter atteinte à l'intégrité physique de la victime »¹¹⁸⁵.

Quant à l'article 1386-26 alinéa 2 de la proposition de loi Bételle, s'il consacre, contrairement à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, l'obligation pour la victime d'un dommage d'en réduire l'étendue ou d'en éviter l'aggravation, en exclut le dommage corporel. Cet article dispose : « Il (le juge) prend également en compte la possibilité qu'avait la victime, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son dommage non corporel ou d'en éviter l'aggravation ».

M. Stéphane Reifegerste propose également l'introduction dans l'agencement actuel du code civil français « un article 1151-1 [qui] pourrait ainsi prévoir, en matière de responsabilité contractuelle que “le débiteur ne répond pas des dommages que le créancier aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables” »¹¹⁸⁶.

L'Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013 n'introduit lui aucune obligation de minimisation du préjudice.

¹¹⁸² R. Loir, note Cass. civ. 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-20878, *op. cit.*

¹¹⁸³ *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Sénat, n° 558, 2009.

¹¹⁸⁴ Enregistrée au Sénat en juillet 2010.

¹¹⁸⁵ A. Guégan-Lécuyer, note sous Cass. Civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, *op. cit.*, spéc. n° 9.

¹¹⁸⁶ *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse Paris I 1999, PUAM, 2002, p. 95, n° 139.

Le « mouvement du droit moderne »¹¹⁸⁷ incite pourtant incontestablement à délaissier la solution de la Cour de cassation posée par la jurisprudence de 2003, pour introduire une obligation de minimiser le dommage, sans distinction selon la nature de la responsabilité ou du préjudice, en réservant certes la limite de l'atteinte à l'intégrité physique, dont le respect absolu est d'ailleurs affirmé à l'article 16-1 du code civil français. Toujours est-il qu'à l'heure actuelle, cette manifestation de la prise en compte demeure potentielle.

Mais, si elle est introduite en droit français, quel serait l'esprit de l'institution ? Serait-il transposé de celui accolé à la notion dans la Common Law où elle trouve son origine ?

B. Esprit de l'institution : compatibilité avec la théorie pure de la prise en compte ?

409. Après s'être arrêté sur l'origine anglo-saxonne de l'obligation de minimisation du dommage, et évoqué la façon dont elle est introduite dans les différents codes d'harmonisation européens, ou beaucoup plus timidement dans la jurisprudence française, la question de la philosophie et de l'esprit d'une telle institution demeure très présente¹¹⁸⁸.

Quels seraient les contours et le régime de l'obligation si elle venait à être consacrée en droit français ? Quelle mesure de la prise en compte, dont elle constitue une manifestation, traduirait-ils ?

Ensuite, si la finalité économique de la *mitigation* ne fait pas de doute en droit anglo-saxon où elle trouve son origine, la transposition d'une telle obligation en droit interne, entraîne-t-elle automatiquement transposition de cette finalité ?

Ces questions sont primordiales puisque de leurs réponses sera déterminé si une éventuelle manifestation de la prise en compte, au cas où une telle obligation venait à être consacrée, serait compatible avec la théorie pure de la notion, telle que fondée sur un principe de fraternité.

Il s'agira pour nous d'étudier d'abord les contours (1), ensuite la finalité d'une telle obligation en droit français (2), si elle venait à y être consacrée.

¹¹⁸⁷ J.-L. Aubert, *La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?*, RJDA 2004, p. 355, spéc. p. 359.

¹¹⁸⁸ En effet, celle-ci « est tantôt analysée comme une illustration de la place grandissante de l'efficience économique dans le contrat, tantôt comme un instrument de loyauté et de justice contractuelles » (M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, RDC 2010, p. 383, spéc. n° 26).

1. Contours de l'obligation et intensité de prise en compte

410. Si une exigence de minimisation du dommage est introduite en droit français, quels en seraient les contours ? Nous verrons que quant à sa nature juridique, celle-ci doit effectivement être qualifiée d'obligation (a), et que quant à l'intensité de celle-ci, elle sera certainement une obligation de moyen, meilleure traduction de l'intensité de prise en compte de l'intérêt du cocontractant dont elle est porteuse (b).

a. Nature juridique : qualification d'obligation

411. La modération du dommage imposée au débiteur fait débat quant à sa qualification, même dans les droits de la Common Law où elle est bien établie. Est-elle une obligation au sens strict, ou un devoir ?

Dans les systèmes de Common Law, la sanction de l'obligation de minimiser le dommage comporte « trois conséquences principales : d'abord, la victime ne peut être indemnisée du dommage qu'elle pouvait éviter ; ensuite, elle peut demander l'indemnisation des frais qu'elle a exposés en cherchant à contenir le dommage ; enfin, le dommage évité ne saurait faire l'objet d'une indemnisation »¹¹⁸⁹.

Le caractère particulier de la sanction pose la question de la nature juridique de l'exigence de minimiser le dommage. Le problème quant à la qualification d'obligation se pose parce que la sanction de la négligence de la victime est particulière, et se solde en une réduction de son indemnisation¹¹⁹⁰.

Quant à la qualification de devoir, certains estiment que celle-ci est critiquable parce que cette qualification « comporte une connotation morale qui ne convient pas au concept de minimisation eu égard à son fondement »¹¹⁹¹, dans ces mêmes droits de Common Law.

¹¹⁸⁹ C. André, note sous CA Douai, 15 mars 2001, D. 2002, p. 307.

¹¹⁹⁰ V. sur ce point G. Viney, *Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, LPA 20 nov. 2002, p. 66 ; B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, RDAI 1987, p. 393, spéc. p. 395, n° 8 ; S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.*, p. 116, n° 223: Cette obligation « exonère partiellement le débiteur de sa responsabilité et le créancier de l'obligation initialement exécutée n'obtiendra pas la réparation intégrale du préjudice final ».

¹¹⁹¹ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 2001, n° 202, p. 99.

Cependant, la nature de la sanction ne devrait pas influencer sur la qualification. Ce qui est décisif est que la sanction existe¹¹⁹², c'est donc bel et bien une obligation juridique qui est reconnue dans la Common Law et en droit du commerce international.

En droit français, si une sanction est imposée en cas de négligence ou abstention de la victime de modérer son dommage, la qualification d'obligation serait la plus exacte. D'ailleurs, la finalité morale à laquelle l'institution n'échappe pas en droit français, comme nous le verrons, n'exclut pas la qualification de devoir, que nous considérons d'ailleurs – hormis sa connotation plus morale –, comme équivalent à l'obligation¹¹⁹³.

L'originalité de cette obligation demeure puisque la sanction de celle-ci ne se pose qu'une fois l'action en réparation déclenchée par la victime.

b. Obligation de moyen et intensité de la prise en compte

412. La modération du dommage si elle est sanctionnée en droit français serait bien une obligation. Cependant, de quel type d'obligation s'agit-il, de résultat, ou de moyen ?

La nature de cette obligation, une fois établie, dépend largement de la réponse à la question du degré de diligence imposée à la victime. En d'autres termes, il s'agit d'identifier l'intensité de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant exigée.

413. L'analyse de cette obligation nous incite à opter pour la qualification d'obligation de moyen.

C'est ce qui ressort des notions de mesures « raisonnables »¹¹⁹⁴, ou « moyens sûrs, raisonnables et proportionnés »¹¹⁹⁵ exigés par la plupart des textes ou projets de lois pour le respect de cette obligation, ainsi que la jurisprudence qui a pu être associée à celle-ci. Ce n'est donc pas la nature de la mesure qui est décisive mais son

¹¹⁹² *Ibid.*: « Que la sanction ne puisse être obtenue autrement qu'au cours de l'action en réparation ne change pourtant rien à sa nature. À supposer que l'obligation puisse se définir par référence à la manière dont elle est sanctionnée, peu importe ses modalités. Il s'agit toujours d'un lien de droit qui contraint la partie lésée à accomplir une prestation – elle doit mettre en œuvre des mesures raisonnables pour modérer son préjudice ».

¹¹⁹³ V. *supra* n° 141.

¹¹⁹⁴ Notamment, l'article 77 de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, l'article 7.4.8 des Principes Unidroit, et 9.505 des Principes européens du droit des contrats issus des travaux de la Commission Lando.

¹¹⁹⁵ L'article 1373 de l'avant-projet Catala et 1386-26 de la proposition de loi Bétaille. L'avant-projet Terré évoque lui des moyens « sûrs et raisonnables ».

caractère raisonnable¹¹⁹⁶ ; les mesures à prendre « ne seraient pas requises lorsqu'elles sont “déraisonnables” (...). Ainsi, des diligences strictement matérielles pourraient-elles être interdites, alors que des diligences impliquant la personne pourraient être admises »¹¹⁹⁷.

L'obligation serait donc une obligation de moyen, imposant à la victime de prendre toute mesure raisonnable dans le but de minimiser son dommage. M. Ortscheidt propose d'ailleurs de parler d'« obligation de prendre des mesures raisonnables pour minimiser le dommage »¹¹⁹⁸. Analysant la jurisprudence arbitrale, il poursuit que le « standard du raisonnable (...) recouvre deux idées principales : la modération, d'une part, la normalité, d'autre part »¹¹⁹⁹.

Cette solution est parfaitement justifiable au regard de la particularité de cette obligation qui, il ne faut pas l'oublier, est imposée à la victime envers le responsable du dommage, plus spécifiquement en droit contractuel, son cocontractant en faute. Il serait excessif en effet d'imposer à une victime de prendre toutes les mesures, d'exercer une diligence sans faille pour atteindre le résultat de la minimisation du dommage¹²⁰⁰. La prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel n'est ainsi pas exigée dans un degré proche du sacrifice et du dévouement.

En effet, « on ne saurait lui reprocher de n'avoir pas pris des mesures exceptionnelles, ou qui l'obligeaient à faire l'avance de frais importants, ou encore, dont le résultat était douteux »¹²⁰¹.

Pratiquement ce qui pourrait être exigée de la victime est d'accepter une solution de remplacement lorsque ceci est raisonnable¹²⁰². Et ce caractère raisonnable

¹¹⁹⁶ Sur le rapport du raisonnable avec l'obligation de minimiser le dommage V. S. Reifegerste, *Obligation de minimiser le dommage et « raisonnable » en droit du commerce international*, RDAI 2004, p. 181.

¹¹⁹⁷ H. Adida-Canac, note sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-25635, D. 2012, p. 141.

¹¹⁹⁸ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 202 p. 100.

¹¹⁹⁹ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 273, p. 129.

¹²⁰⁰ V. sur ce point, J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 267, p. 126 : « l'auteur du dommage ne peut espérer que cette dernière, que son fait oblige à réagir très souvent en sacrifiant ses intérêts immédiats, soit d'une très grande diligence ».

¹²⁰¹ B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, Paris, 1990, n° 174.

¹²⁰² V. en ce sens par ex., A.-S. Courdier- Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, n° 915, p. 610, ou B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, RDAI 1987, p. 393, spéc. pp. 401-402, n°s 33 et 36, ou C. Pizarro Wilson, *L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport chilien*, RDC 2010, p. 1129.

sera apprécié au regard du coût¹²⁰³ et du degré de sacrifice de l'intérêt de la victime. Plus cette solution parvient à maintenir cet intérêt, plus elle sera considérée en faute si elle n'accepte pas.

414. Une dernière question demeure, quant au contenu des mesures à prendre pour exécuter l'obligation de modération. Que comporte réellement la minimisation du dommage. Y a-t-il lieu de distinguer entre la réduction et la non aggravation du dommage ?

Rappelons que par l'arrêt du 24 novembre 2006 sus-évoqué¹²⁰⁴, la Cour de cassation avait censuré la décision de la Cour d'appel pour défaut de caractérisation de la faute ayant causé « l'aggravation » du préjudice matériel¹²⁰⁵.

Certains auteurs affirment que la distinction doit être faite « entre réduction du dommage et évitement d'une aggravation du dommage. (...) [Dans] le premier cas, (...) l'inertie de la victime n'est qu'une circonstance accessoire et extérieure à ce dommage. Lorsqu'il s'agit au contraire d'une aggravation du dommage initial, la question se pose dans des termes très différents. Il est, comme chacun sait, une loi générale, de valeur constitutionnelle, qui impose à chacun de ne pas commettre de *faute* préjudiciable à autrui »¹²⁰⁶.

D'autres relèvent que la « distinction [est] rarement faite, notamment dans les projets doctrinaux de réforme du droit de la responsabilité civile »¹²⁰⁷, ou que celle-ci est très difficile à établir, et qu'il est en fin de compte « délicat de faire la part des choses entre ce qui relève de l'évolution normale de la situation dommageable et ce

¹²⁰³ V. sur ce point par ex. H. Adida-Canac, note sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-25635, *op. cit.* : « L'un des moyens qu'ont imaginés les projets de réforme pour rendre raisonnables des diligences qui ne le seraient pas autrement est de mettre à la charge du responsable les coûts de diligences mises en œuvre par la victime. Le procédé est ingénieux, mais a-t-il un autre fondement que la règle elle-même ? »

¹²⁰⁴ V. *supra* n° 406.

¹²⁰⁵ V. sur cette distinction aussi, CA Versailles Ch. 12, 3 juillet 2012, N° 11/03182, D. jur. gén. 2013 : « Par ailleurs si, comme le prétend Realiz, une victime ne peut se voir imposer de minimiser son dommage, elle ne peut pour autant être autorisée à l'aggraver, serait ce même involontairement ».

¹²⁰⁶ J.-L. Aubert, *La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?*, *op. cit.*, spéc. p. 358 n° 22.

¹²⁰⁷ H. Adida-Canac et O.-L. Bouvier, *Chronique de responsabilité civile*, D. 2012, p. 644. V. égal. H. Adida-Canac, note sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-25635, *op. cit.* : « Les projets de réforme ne distinguent pas l'aggravation du dommage et sa réduction pour en faire un critère d'admissibilité du devoir de minimisation de la victime. L'article 1373 du projet Catala vise "la possibilité [...] de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation" ; dans le projet Terré, seule la "réduction du préjudice est visée", ce qui laisse sans doute place à une exégèse du texte autorisant l'application de la règle, a fortiori, à l'aggravation. En droit comparé, seul l'article 1479 du code civil

qui aurait pu être une évolution plus favorable si la victime avait agi dans un sens ou dans un autre. Une mesure destinée à ne pas aggraver un dommage ne contribue-t-elle pas à le réduire ? »¹²⁰⁸

En effet, la minimisation du dommage passe souvent par la prise de mesure empêchant celui-ci de s'aggraver. Par exemple, notons que dans les arrêts du 19 juin 2003 posant la solution de principe en la matière, il s'agissait, et dans l'espèce concernant le préjudice matériel plus spécifiquement, de prendre des mesures pour que l'incapacité corporelle causée par l'accident de circulation, ne s'étende pas pour mener à un dommage économique constitué par la perte du fonds de commerce. Il ne s'agissait pas de réduire le préjudice corporel subi, mais bien d'empêcher son extension et son aggravation.

Examinons maintenant la finalité éventuelle de l'obligation, si elle venait à être consacrée en droit français, afin de vérifier si la prise en compte qui s'y manifesterait, relèverait de la théorie pure de la notion.

2. Finalité

415. Quelle serait la finalité de l'obligation de minimiser le dommage, si elle était introduite en droit français. Serait-elle au service d'un objectif économique de réduction global des coûts de la responsabilité, ou moral d'incitation à la prise en compte altruiste de l'intérêt d'autrui, et du cocontractant plus spécifiquement ?

Si l'origine de la notion pousserait à aller dans le premier sens, le particularisme du droit français permettrait de découvrir un objectif moral à l'institution. Gardons à l'esprit que ces deux objectifs ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, et que la position actuelle de la Cour de cassation, « [considérée] comme une prime à l'inaction, (...) irait à l'encontre d'une nécessaire moralisation, autant que d'une gestion économique raisonnable, du droit de la réparation »¹²⁰⁹.

Arrêtons-nous d'abord sur la finalité économique de la notion (a), pour ensuite nous intéresser à celle morale (b).

a. Finalité économique : l'utilité économique et la notion d'intérêt général

du Québec prend parti et dispose que « la personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter ».

¹²⁰⁸ A. Guégan-Lécuyer, note sous Cass. Civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, *op. cit.*, spéc. n° 13.

¹²⁰⁹ A. Guégan-Lécuyer, note sous Cass. Civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, *op. cit.*, spéc. n° 1.

416. L'obligation de minimiser le dommage trouve sa source dans la Common Law, dans les « droits anglo-américains qui sont, on le sait, particulièrement méfiants à l'égard d'une trop grande collusion du droit et de la morale et qui s'en tiennent généralement à des solutions pragmatiques d'inspiration résolument utilitariste »¹²¹⁰.

Les principes Unidroit semblent aussi consacrer un fondement économique à cette obligation introduite à l'article 7.4.8, puisque le « commentaire annexé à cet article précise qu'il a pour objet "d'éviter que le créancier n'attende passivement d'être indemnisé pour le préjudice qu'il aurait pu éviter ou limiter" parce qu'il "ne serait pas raisonnable, d'un point de vue économique, de laisser accroître un dommage que des mesures raisonnables auraient permis de réduire" »¹²¹¹.

De ce fait, l'obligation de minimiser le dommage serait au service de l'utilité économique¹²¹², et aurait principalement un objectif de réduction des coûts de la réparation¹²¹³ dans l'intérêt global du marché¹²¹⁴. Elle permettrait ainsi une maximisation de l'efficacité économique.

¹²¹⁰ G. Viney, *Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, op. cit. V. égal. H. Muir-watt, *La modération des dommages en droit anglo-américain*, LPA 20 nov. 2002, p. 45 : « elle exprime à elle seule un choix idéologique, ou de politique juridique, relatif à la place qu'il convient de reconnaître à la poursuite de l'efficacité économique ou si l'on veut, aux besoins du marché, dans le régime juridique des échanges » ; B. Hanotiau, Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, RDAI 1987, p. 393, spéc. p. 397, n° 17 : Dans la Common Law « l'objectif (...) qui sous-tend le concept de "mitigation" est d'inciter la victime d'un dommage à éviter autant que possible le gaspillage de ressources humaines et matérielles, ainsi que de stimuler l'efficacité des relations commerciales et le fair-play vis-à-vis de l'auteur du fait dommageable ».

¹²¹¹ J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, op. cit., n° 218, p. 109.

¹²¹² J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, op. cit., n°s 249, 251, 252 et 253, pp. 120-121.

¹²¹³ Selon G. Viney, « l'obligation de minimiser son propre dommage n'apparaît, très prosaïquement, que comme un moyen de faire des économies sur la réparation » (*Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, op. cit.).

¹²¹⁴ Dans ce sens, H. Muir-watt, *La modération des dommages en droit anglo-américain*, LPA 20 nov. 2002, p. 45 : « L'essentiel se résume en l'idée selon laquelle le contrat ne vaut qu'à travers l'intérêt qu'il représente pour le marché, c'est-à-dire, en tant qu'instrument de création de richesses : il n'est protégé par conséquent que dans la mesure de l'avantage économique qu'il confère, et dans les limites des coûts sociaux évités. Exprimant chacune de ces deux limites, la modération du dommage constitue donc la brèche par laquelle passera la violation efficace, d'une part, tout en assignant aux règles juridiques une fonction de réduction des coûts sociaux, d'autre part » ; et É. Chahounka TalomÉ, *L'inexécution précontractuelle et contractuelle en droits français et américain : une instructive comparaison*, Gaz. Pal. 2007, n° 118, p. 13, spéc. n° 78 : « La nécessité de minimiser le dommage pose un problème de finalité. En effet, ce n'est ni par altruisme pour le débiteur ni pour protéger les intérêts de ce dernier que le créancier minimiserait le dommage. C'est surtout l'intérêt général énoncé par l'arrêt Schiffer qui impose au créancier un devoir de limiter son dommage. Par conséquent, si les ressources ne doivent pas être gaspillées, il faut éviter que celles qui peuvent être préservées par celui qui en a la garde ou la jouissance, ne périssent ».

417. D'une part, « il n'est pas improbable que la théorie utilitariste et l'analyse économique du droit, théorie qui assigne au droit une fonction de réduction des coûts sociaux, démontrent que cette règle permet d'optimiser les profits globaux et travaille dans l'intérêt du marché »¹²¹⁵. La règle a certainement un effet positif économiquement parlant, clairement visible par le dénommé même de l'obligation, puisque toute réduction du quantum du préjudice est – en soi – bénéfique sur le plan économique.

En effet, par exemple, et en matière commerciale, où les indemnités de rupture brutale peuvent être très lourdes, l'« obligation de concevoir une solution de remplacement est de nature à réduire le coût global de la responsabilité : un coût trop élevé constituerait une entrave importante à l'investissement et au volume des échanges commerciaux »¹²¹⁶.

Certes, une difficulté demeure, les juges n'étant pas des experts économiques, dans l'appréciation par ces derniers du respect de l'obligation de minimiser le dommage, présentée comme outil de minimisation des coûts et d'utilité économique.

418. D'autre part, cette notion, si elle est introduite, permettrait une plus grande efficacité contractuelle puisque « ceci permet que, du seul fait de l'inexécution, le créancier ne se désintéresse pas, de son intérêt ni de celui du débiteur (...) [et] la passivité du créancier qui regarde impavide le désastre, alors qu'il pourrait trouver une meilleure solution au problème subi, ne semble pas être justifiée »¹²¹⁷. Cette obligation aurait donc au final des conséquences positives quant à la sauvegarde de l'intérêt du créancier, intérêt qui se trouve mis en danger par l'inexécution.

419. En outre, il est important de relever que la position de principe de la Cour de cassation posée par les arrêts du 19 juin 2003 était formulée comme suit : « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice *dans l'intérêt du responsable* ».

¹²¹⁵ J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, D. 2003, p. 2326. Sur l'analyse économique du droit, l'auteur cite R. H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Univ. Chicago Press 1998, p. 95 et s.

¹²¹⁶ C. André, note sous CA Douai, 15 mars 2001, *op. cit.* L'auteur évoque sur ce point aussi A. Ogus, qui « considère que l'obligation de modérer le dommage n'intéresse pas seulement les relations entre particuliers mais l'intérêt général, car elle permet d'éviter tout gaspillage » (*The Law of Damages*, Londres, 1973, p. 85), *eod loc.*, note 38.

¹²¹⁷ C. Pizarro Wilson, *L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport chilien*, *op. cit.*

Mais justement est-ce simplement l'intérêt du responsable qui est concerné lorsqu'entre en jeu une obligation de minimisation du dommage ? Demogue avait également décelé qu'en matière de responsabilité délictuelle, l'« utilité sociale crée donc un devoir d'arrêter le dommage si on le peut (...) Ainsi à un droit rigide, se substitue un droit solidariste, obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général, c'est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer »¹²¹⁸. En effet, « l'abstention de la victime porte non seulement atteinte (...) aux intérêts du responsable mais aussi à ceux des assureurs et encore à ceux de la communauté des assurés et plus généralement à ceux de la société dans sa globalité »¹²¹⁹.

L'utilité sociale en la matière ne se comprend qu'en termes économiques de réduction du coût global de la réparation supporté par la société¹²²⁰. C'est pour cette raison que nous remettons en question le rapprochement sous cet angle avec la solidarité, comme nous l'avons définie, c'est-à-dire comme composante du principe de fraternité¹²²¹. D'ailleurs un auteur adoptant un raisonnement analogue à celui de

¹²¹⁸ R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 1, sources des obligations (suite)*, t. 4, éd. A. Rousseau, Paris, 1924, n° 463 bis.

¹²¹⁹ Avocat général J.-C. Lautru, avis sur l'arrêt commenté, cité in S. Hocquet-Berg, note sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, pourvoi n° 10-25635, Juris-Data n° 2011-025881, Resp. civ. et assur. 2012, comm. n° 34. V. dans le même sens J.-L. Aubert, obs. sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n°203, Defrénois 2003, art. 37845, p. 1574, qui évoque, en commentant la jurisprudence de 2003, une « restriction, quelque peu sibylline, faite par la référence que portent les deux arrêts à “l'intérêt du responsable” : peut-on vraiment isoler ce seul intérêt et faire abstraction de l'intérêt social - voire de celui de la sécurité sociale, sinon de celui de l'assureur et de la communauté des assurés ? » Pour certains ce serait même dans son intérêt propre que la victime minimise son dommage ; V. dans ce sens J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, op. cit.*, n° 247, p. 120 : « l'idée première qui anime le créancier lorsqu'il entreprend de minimiser son dommage n'est pas tant la coopération, ou son fondement moral, la solidarité envers son débiteur, mais la préservation égoïste de ses propres intérêts commerciaux. Ce n'est que de manière incidente, au moment où est examiné le caractère raisonnable des mesures prises par le créancier, que peuvent éventuellement réapparaître les intérêts du débiteurs ».

¹²²⁰ V. en ce sens, D. Mazeaud, comm. sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, D. 2004, p. 1346 : « En outre, sur le terrain économique, une réponse identique s'impose, car l'intérêt général commande que l'on canalise, autant que faire se peut, le coût de la responsabilité, dont une large part repose in fine sur l'ensemble du corps social » ; S. Reifegerste, *La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage*, LPA 2003, n° 208, p. 16, spéc. n° 11 : « L'obligation de minimiser le dommage ayant pour objectif d'éviter les gaspillages et de réduire le coût global de la responsabilité, elle se met aussi au service de l'intérêt général. En somme, ce qui est en jeu, ce n'est pas qu'une simple relation entre particuliers, mais l'efficacité d'une politique de prévention des dommages » ; F. Gréau, note sous Cass. civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, L'essentiel Droit des assurances 2013, n° 1, p. 3 : « Non pas tant dans l'intérêt du responsable, mais plus pragmatiquement dans l'intérêt de la collectivité des assurés sur laquelle pèse nécessairement le coût d'une générosité parfois trop peu mesurée ».

¹²²¹ *Contra*, V. P.-Y. Gauthier, *L'inutile et le droit (suite) : l'acheteur troublé dans sa jouissance par un vice caché, n'est pas tenu de minimiser les pertes en subissant la réparation, plutôt qu'en obtenant la résolution*, RTD civ. 1996, p. 190 : « la théorie anglo-saxonne de la “mitigation of losses”, anti benthamienne au possible, en dépit de son origine, puisqu'elle contraint le créancier, dans une optique d'utilité commune avec son débiteur, à prendre toutes mesures de nature à limiter le dommage et

Demogue parle d'« utilité commune », et non de solidarité. C'est seulement la prise en compte de l'intérêt du cocontractant de manière altruiste, si cet objectif existe, qui rattacherait la notion à une théorie pure de la notion fondée sur la solidarité, composante du principe de fraternité.

Pour certains auteurs, cet objectif d'utilité économique incontestablement lié à l'obligation de minimisation du dommage est exclusif de tout fondement moral. Certains déduisent justement de la position actuelle de la Cour que l'« équité ou la bonne foi, permettant la prise en compte de l'intérêt d'autrui, sont étrangères à la matière »¹²²². Cependant plusieurs raisons permettent de douter de cette affirmation.

b. Finalité morale : la prise en compte de l'intérêt du cocontractant

420. Il est permis de penser que l'obligation de minimiser son dommage, si elle est consacrée en droit français, et au-delà de son utilité économique, comporterait nécessairement une dimension morale, compatible avec le développement contemporain que connaît cette finalité au sein de ce même droit.

Celle-ci serait une exigence de comportement intervenant pour contrôler l'exercice d'une prérogative contractuelle, dont l'existence est déclenchée par l'inexécution du contrat. Cette exigence répond à une valeur relationnelle puisqu'elle a pour vecteur la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

b.1. Exigence morale de comportement

421. Les origines de l'institution poussent certains à refuser toute collusion entre elle et quelconques idées morales, et à affirmer que « ses relations avec la morale n'en sont pas moins des plus lointaines car, de toute évidence, elle est inspirée

alléger la charge définitive de réparation, au bénéfice de son cocontractant » ; et . D. Gonthier, *Liberty, Equality, Fraternity : The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity : The Unspoken Third Pillar of Democracy*, McGill Law Journal 2000, vol. 45, p. 567, spéc. p. 585 : « The second theoretical basis is more relevant for the concept of fraternity – that the law is concerned with avoiding economic waste. Strictly speaking, there is no individualistic liberty rationale for the duty to mitigate losses. A strictly libertarian perspective would simply protect the individual rights against harm by others. If anyone is to stop the damage from occurring, it should be the wrongdoer, not the victim. The concern over economic waste is tangentially related to three inTerrélated elements of fraternity : equity, fairness, and community (...) In some circumstances, it is unacceptable to rest on individualistic legal rights in a manner which is not productive for the community. As a whole, the community does not gain by having needless economic waste ».

¹²²² C. Castets-Renard, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, JCP 2003, II, 10170.

avant tout par des considérations de nature économique »¹²²³. Un auteur y voit même un service à l'égoïsme et à l'intérêt personnel, et affirme que « si on devait sonder l'état d'esprit du créancier qui agit en vue de la modération de son préjudice, gageons qu'il sera plus souvent égoïste et tourné vers la préservation de ses propres intérêts qu'altruiste et préoccupé par l'allègement de la dette de réparation du débiteur ! »¹²²⁴.

Cependant, si l'effet quant à la réduction des coûts et dans l'intérêt du marché, est incontestable, ceci voudrait-il dire que la règle, si elle est transposée en droit français, aurait le même fondement économique qu'en droit anglo-saxon où elle puise son origine ?

Il serait difficile de le penser, parce que la particularité du droit français le rend réticent à l'interprétation strictement économique des règles de droit, et encore plus, à l'introduction d'une règle au seul service d'une finalité économique. M. Larroumet précise qu'« [il] ne suffit pas, en effet, de justifier l'obligation de modérer par son intérêt du point de vue économique. Si l'analyse économique du droit peut expliquer et comprendre l'intérêt d'un mécanisme, elle ne permet pas de le justifier

¹²²³ G. Viney, *Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, op. cit. V. égal. H. Muir-Watt, *Analyse économique et perspective solidariste*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 183 : « l'idée d'associer une vision délibérément relationnelle du droit des contrats à des outils d'analyse inféodés à l'idéologie libérale peut sembler saugrenue, sinon provocatrice. Comment attendre, en effet, d'une méthodologie utilitariste et individualiste, qui tend à asservir le contenu des règles juridiques aux diktats de la prospérité économique, qu'elle contribue en quoi que ce soit à l'épanouissement d'une vision du droit fondée, tout à l'inverse, sur la primauté de l'homme sur les exigences du marché ? ». Elle évoque aussi la « tendance doctrinale répandue en France à rattacher un tel mécanisme à la bonne foi. La mitigation serait donc une manifestation de solidarité contractuelle, le créancier gérant en quelque sorte l'affaire du débiteur en allégeant la dette dans l'intérêt de ce dernier. Pareille étiquette suffirait à la rendre désirable...Il serait cependant imprudent de l'accueillir d'emblée au nom de la fraternité entre contractants. L'éclairage apporté par l'analyse économique permet en effet d'identifier deux séries de raisons de douter de cette perception de l'institution. D'une part, il montre que le fondement de l'obligation de modérer le dommage réside dans le seul souci de réduire le coût économique de l'inexécution du contrat, de sorte que cette obligation sert bien davantage les intérêts du marché que la coopération entre les parties. D'autre part, il suggère que même sur ce dernier terrain, elle n'est pas toujours économiquement efficiente » (*eod. loc.*, p. 187). Plus clairement l'auteur refuse toute collusion entre celle-ci et un principe de fraternité contractuelle, V. *La modération des dommages en droit anglo-américain*, LPA 20 nov. 2002, p. 45 : « Pareille perspective exclut de rattacher la mitigation à la bonne foi, comme on le fait parfois pour faciliter son introduction en droit français sauf à bien distinguer le devoir général de bonne foi d'une obligation de fraternité contractuelle qui obligerait le créancier à porter assistance à son débiteur. Car tout ce qu'on lui demande, en bon protestant, c'est de limiter les dégâts, de cesser de pleurer sur le lait renversé et d'aller de l'avant, dans l'intérêt du marché avant tout tant mieux si l'action profite incidemment au cocontractant ».

¹²²⁴ S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse Paris I 1999, PUAM, 2002, p. 118, n° 230.

juridiquement et sa portée est nécessairement limitée, sans compter que l'on ne saurait réduire le droit aux seules données de l'économie »¹²²⁵.

L'utilité économique et contractuelle est une conséquence de l'obligation de minimisation du dommage, mais ceci ne veut absolument pas dire qu'elle en serait le fondement en droit français. Les exigences économiques de réduction de coûts ne sont pas suffisantes pour y renverser les idées traditionnelles attachées au principe de la réparation intégrale¹²²⁶ et à la faveur à la victime.

Il faudrait donc un fondement différent, tiré d'une valeur tout aussi importante que le respect des droits de la victime, pour tenter de donner une assise à cette obligation.

En droit français, l'adoption d'une telle obligation ne pourrait être étrangère au mouvement témoignant de l'avancée de certaines exigences morales de comportement imposées aux contractants, notamment la prise en compte de l'intérêt du cocontractant¹²²⁷.

Un auteur estime pourtant que toutes les justifications de cette obligation fondées sur des « concepts inspirés de considérations morales, comme l'équité ou le devoir de collaboration, voire de fraternité entre les contractants (...) paraissent suspectes, pour une raison toute simple qui réside dans le caractère unilatéral de l'obligation de minimiser le dommage. Cette obligation est en effet mise à la charge du seul créancier alors que, si elle s'inspirait réellement de considérations morales, elle devrait s'imposer aux deux parties »¹²²⁸. Cependant, cette affirmation est à remettre en question. Si les exigences morales de comportement sont bilatérales dans le sens où elles s'imposent aux deux parties et non seulement au débiteur – l'obligation de minimiser le dommage étant le principal exemple d'une exigence placée à la charge du créancier –, celles-ci n'ont pas à être simultanées. Ce qui est

¹²²⁵ C. Larroumet, *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, Gaz. Pal. 2008, doctr. p. 5, spéc. n° 2.

¹²²⁶ Même si nous avons vu que l'obligation de minimiser le dommage ne porte pas atteinte techniquement au principe de réparation intégrale.

¹²²⁷ Dans ce sens, Ph. Le Tourneau, *Les obligations professionnelles*, in Mélanges Louis Boyer, Presses Universitaires des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 365, spéc. p. 384, n° 42 : Privilégier les intérêts du partenaire doit le conduire, en cas de dommage à faire l'impossible pour minimiser celui-ci ».

¹²²⁸ G. Viney, *Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, *op. cit.*

décisif est le caractère mutuel basé « sur la conception que de l'obligation résultent à la fois des devoirs pour le débiteur et des devoirs pour le créancier »¹²²⁹.

Ainsi, cette obligation serait entendue dans le sens d'une exigence de comportement attendue du contractant, du créancier d'une obligation de réparation plus particulièrement, lui imposant de « prendre les mesures raisonnables pour limiter le préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution partielle ou totale du contrat »¹²³⁰, et, « [sur] un plan moral, la réponse ne fait pas de doute, lorsque la passivité de la victime est coupable et qu'elle a, au moins, pour partie contribué à la réalisation du dommage, cette faute mérite d'être sanctionnée »¹²³¹.

b.2. Exigence de moralité relationnelle

422. La sanction de l'obligation de minimiser le dommage, si elle est introduite en droit français, serait plus conçue comme une faute de comportement. Or cette faute est dégagée par rapport à une valeur morale qui n'est pas respectée.

Une question s'impose de suite ; cette exigence de comportement répond-elle à une valeur de moralité individuelle – celle d'honnêteté ou de civisme – ou à une valeur relationnelle – celle de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant ?

423. D'un côté, certains auteurs rattachent la sanction de l'obligation de minimiser le dommage à la comparaison avec le comportement du standard du « bon père de famille » ; « [finalement] puisque le bon père de famille victime d'un dommage mettra en œuvre tous les moyens raisonnables pour en minimiser les conséquences préjudiciables, il existe un devoir pour toute victime de se comporter ainsi »¹²³². Si l'obligation est perçue de la sorte, elle rattacherait l'exigence de comportement imposée à la victime d'un dommage, à la morale de l'honnêteté, morale essentiellement individuelle. Il serait amoral, dans le sens de malhonnête, de profiter de la situation de victime pour soutirer un plus grand profit en grossissant la réparation due, pour sauvegarder ou accroître son intérêt personnel.

¹²²⁹ B. Hanotiau, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, RDAI 1987, p. 393, spéc. p. 404, n° 45.

¹²³⁰ B. Fages, *Le comportement du contractant*, éd. PUAM, 1997, spéc. n° 566, spéc. p. 306.

¹²³¹ D. Mazeaud, comm. sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, *op. cit.*

¹²³² J.-P. Chazal, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, *op. cit.* V. dans ce sens aussi, A. Guégan-Lécuyer, note sous Cass. Civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, D. 2013, p. 415, spéc. n° 6.

Or, nous nous interrogeons avec un auteur « *est-ce être de mauvaise foi que de choisir l'attitude à adopter, dans son intérêt, face à l'inexécution du contrat, plutôt que d'agir à son détriment ?* »¹²³³ En effet, et à notre avis, la moralité individuelle ne suffit pas à expliquer la solution.

424. C'est une exigence morale différente, plus relationnelle, qui est en question. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, lorsqu'elle intervient dans une perspective morale, se rattache à la valeur d'altruisme et non au registre de l'honnêteté, du civisme ou de la droiture, mais introduit une nouvelle catégorie de comportements exigés dans le contrat relevant de la solidarité et de l'aide à autrui. Ainsi, une autre partie de la doctrine évoque expressément « l'obligation de tenir compte de la situation ou de l'intérêt de l'autre partie »¹²³⁴, au titre de laquelle elle place l'obligation de « minimiser les conséquences des dommages survenus dans l'exécution du contrat »¹²³⁵.

Ceci amène certains auteurs, à rattacher l'obligation au solidarisme contractuel, et évoquant Demogue¹²³⁶, à soutenir qu'« [expression] la plus nette de l'idée de solidarité, le créancier supporte aussi des obligations : (...) il doit prévenir le dommage et éviter toute extension des charges du débiteurs »¹²³⁷.

Cette obligation relèverait du devoir de coopération – souvent entendu par ce courant doctrinal comme « effort envers un objectif commun » – qui « implique parfois pour certains contractants qu'ils prennent en considération, voire qu'ils

¹²³³ P.-Y. Gauthier, *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, RTD civ. 1995, p. 797, spéc. n° 46. V. dans un sens similaire, C. Larroumet, *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, op. cit., spéc. n° 10 : « On ne peut pas considérer que le créancier qui ne prend pas les mesures nécessaires pour limiter l'obligation de réparation du débiteur se comporte de mauvaise foi. Il n'accepte pas de nuire impunément à son débiteur. Presque toujours, cela est dû à son insouciance, car il est convaincu qu'il peut exiger une réparation intégrale de toutes les conséquences de l'inexécution de l'obligation qui pèse sur le débiteur » ; ou C. Pizarro Wilson, *L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport chilien*, op. cit. : « La bonne foi est un argument récurrent, bien que critiqué, car elle étend ce devoir au-delà du raisonnable. En effet, il ne faut pas oublier que c'est le débiteur qui a manqué à sa parole et par conséquent un comportement "loyal" impliquerait de protéger son intégrité patrimoniale en réduisant les conséquences du préjudice. Il est certain que le recours à la bonne foi semble excessif, d'autant plus que la prémisse de comportement loyal ne semble pas faire référence au comportement d'un "saint", mais plutôt à celle d'un homme commun et ordinaire ».

¹²³⁴ F. Diesse, *L'exigence de coopération contractuelle dans le commerce international*, RDAI 1999, p. 737, spéc. p. 748.

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ *Traité des Obligations, Vol. 2, effets des obligations*, t. 6, éd. A. Rousseau, Paris, 1931, n° 3.

¹²³⁷ É. Savaux, *Solidarisme contractuel et formation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Économica, Paris, 2004, p. 43, spéc. p. 46.

privilégient les intérêts de leurs partenaires »¹²³⁸. Ainsi, à son sujet aussi est opéré le mélange de genre quant à la finalité. Un auteur soutient ainsi que 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 »¹²³⁹. Il y a, à notre sens, rattachement abusif de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant au solidarisme contractuel, ainsi qu'à « l'intérêt du contrat ».

Nous soutenons qu'il s'agit donc d'une morale plus relationnelle, incitant à une intervention vigilante au profit de l'intérêt du cocontractant. Le contractant tenu de limiter son dommage est ainsi poussé à ne pas rester passif en profitant de la situation d'inexécution contractuelle, en n'alourdissant pas le *quantum* de la dette de réparation, et est donc ainsi incité à se tourner vers les intérêts de son partenaire.

Certes, cette morale est assez exigeante dans cette hypothèse, puisqu'il s'agit pour le créancier-victime, de prendre en compte les intérêts de son débiteur fautif¹²⁴⁰.

425. La prise en compte se manifestant dans l'obligation de minimisation du dommage comporte ainsi une dimension de moralité relationnelle et altruiste conduisant à rompre avec l'individualisme trop poussé et l'égoïsme. Elle serait donc rattachable à la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité¹²⁴¹.

Conclusion du Chapitre 2

426. L'abus de droit ainsi que l'obligation de minimisation du dommage, se présentent comme une deuxième série de manifestations de la prise en compte. Mais celle-ci, agissant également ici comme tempérament au principe de liberté contractuelle, fonctionne plus spécifiquement comme limite à une prérogative ou un droit contractuels.

¹²³⁸ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 619.

¹²³⁹ *Ibid.*

¹²⁴⁰ V. dans ce sens, P.-Y. Gauthier, *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, op. cit., spéc. n° 46.

¹²⁴¹ V. dans ce sens, P.-Y. Gauthier, *L'inutile et le droit (suite) : l'acheteur n'a plus le libre exercice de l'action réhibitoire*, RTD civ. 1998, p. 397 : « L'époque semble bien, au moins sous certains aspects, à l'éclosion d'un certain humanisme contractuel de compassion à l'endroit du débiteur et pas seulement sur le terrain de l'obligation de bonne foi pesant sur le créancier, qui contraste avec l'égoïsme juridique prôné jadis par Bentham ».

427. En effet d'une part, l'abus s'est révélé dans sa lecture contemporaine comme faute comportementale dans l'exercice d'une prérogative contractuelle. Et nous avons vu qu'un critère particulier pour caractériser cette faute, s'est imposé aux côtés des critères traditionnels : le défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, qui se manifeste à différentes étapes de la vie du contrat.

La prise en compte y fonctionne comme correcteur au renforcement, consacré dans certaines hypothèses, de la liberté aux dépens de l'égalité. Ceci rejoint le rôle harmonisateur du principe de fraternité, entre liberté et égalité. Nous l'avons ensuite confrontée aux caractéristiques de la théorie pure de la notion et pu, d'un côté, écarté sa justification par la logique de l'intérêt commun, et déterminé de l'autre, qu'elle comporte dans sa finalité, une dimension morale altruiste.

428. D'autre part, l'obligation de minimisation du dommage est conçue dans une logique qui se rapproche de l'abus de droit : elle restreint la prérogative que tire le créancier victime de l'inexécution du contrat.

Si elle est largement répandue en droit international et européen, elle n'est toujours pas consacrée en droit français. Malgré les traces qu'on en trouve en doctrine et dans certaines solutions jurisprudentielles, et dont ressort une sensibilité certaine vers la sanction de l'indifférence aux intérêts du cocontractant, la Cour de cassation est venue expressément poser un principe de refus d'introduction d'une telle obligation, dans le domaine de la responsabilité extra-contractuelle au moins. Les justifications techniques de la position actuelle ayant pu être rejetées, cette obligation pouvant s'articuler avec les principes traditionnels du droit de la responsabilité, et les techniques contractuelles concurrentes s'avérant insuffisantes à la rendre inutile, nous avons souhaité sa consécration en droit français.

Une évolution timide dans ce sens a pu être constatée en jurisprudence, notamment en matière contractuelle et de préjudice économique, ainsi que dans les projets de réforme du droit des obligations et contrats, ou de la responsabilité, qui l'introduisent. Toujours est-il que cette manifestation de la prise en compte demeure donc potentielle en droit français. Son éventuelle consécration interviendrait sous la forme d'une obligation de moyen, la plus compatible avec l'intensité de prise en compte de l'intérêt du partenaire qu'elle imposerait logiquement, au regard du caractère « raisonnable » des mesures que la victime de l'inexécution serait obligée de prendre. Quant à sa finalité, elle est plus fortement imbriquée dans la recherche de

l'intérêt égoïste, par rapport au contrôle de l'abus. Mais, elle ne verrait probablement pas sa finalité transposée dans la même intensité que celle d'efficience économique dont elle est dotée dans la Common Law où elle trouve son origine, vu la particularité du droit français. Elle y serait certainement aussi, au service d'une moralisation du comportement, moralisation comportant une dimension relationnelle et altruiste.

429. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant qui se manifeste dans le contrôle de l'abus de droit, ainsi que l'obligation de minimisation du dommage est donc plus ou moins indépendante de la collusion avec l'intérêt propre, mais n'est pas exclusive d'une dimension au service de la moralité relationnelle et altruiste, s'exprimant dans des intensités différentes entre les deux. Elle correspond donc aux critères de la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité, et devrait y être rattachée

CONCLUSION DU TITRE 1

430. Dans l'examen de l'existence matérielle de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, nous avons constaté l'existence d'un premier type de manifestations de celle-ci, se présentant comme autant de tempéraments au principe de liberté contractuelle. Ainsi, une partie de la remise en question de la théorie classique des obligations et contrats se fait au moyen de la sanction de la prise en compte, limite au dogme de l'autonomie de volonté.

Ce premier type se scinde lui-même en deux genres ; dans le premier, la prise en compte se présente comme norme positive de comportement, dans l'autre, comme limite à l'exercice d'une prérogative ou d'un droit contractuels.

431. Au titre du premier genre, nous avons étudié la bonne foi, puis l'obligation d'information renforcée qui en découle, qui ont toutes deux évolué pour s'imposer comme normes comportementales. Comportant chacune un double versant de moralité, l'une individuelle au service respectivement des valeurs d'honnêteté et de transparence, l'autre relationnelle : la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, c'est donc dans le deuxième versant uniquement que s'y manifeste la notion dont nous examinons l'existence matérielle.

Chacune de ces institutions contractuelles introduit des intensités différentes de prise en compte, la prise en compte-coopération et plus timidement celle d'abnégation pour la première, les obligations de renseignement, de mise en garde, et de conseil pour la seconde.

La particularité de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant par rapport à l'intérêt personnel, a pu y être établie, puisqu'elle y intervient indépendamment des exigences de l'intérêt commun, et semble généralisée, non réduite à un critère particulier. Et si dans ces deux institutions, l'utilité économique de la prise en compte a pu être constatée, elle n'est nullement exclusive d'une finalité principale de sanction d'une moralité relationnelle et altruiste, de dépassement de l'égoïsme au sein du contrat.

432. Au titre du second genre, nous avons relevé l'institution de l'abus de droit avec son critère particulier de sanction du défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant lors de l'exercice d'une prérogative contractuelle, ainsi que l'obligation de minimisation du dommage, qui limite le droit que tire le créancier, de l'inexécution du contrat, et l'oblige à tenir compte de l'intérêt du partenaire responsable. La Cour de cassation a refusé expressément d'introduire une telle obligation dans la responsabilité extra-contractuelle au moins. Cette dernière manifestation de la prise en compte demeure donc potentielle.

Pour la première institution, la prise en compte y fonctionne comme correcteur au renforcement, consacré dans certaines hypothèses, de la liberté aux dépens de l'égalité. Elle correspond donc à l'action harmonisatrice du principe de fraternité quant à ces deux dernières. Et nous avons vu que sa justification se distingue des exigences de l'intérêt commun, et qu'elle renferme dans sa finalité, une dimension morale altruiste.

Si pour la deuxième institution, la position actuelle de la jurisprudence française est toujours à la réticence, l'appréciation de cette dernière nous a conduit à militer en faveur d'une évolution de celle-ci, évolution d'ailleurs constatée timidement en pratique, dans la jurisprudence et dans les projets de réforme du droit contractuel. Toujours est-il que cette manifestation de la prise en compte demeure potentielle en droit français. L'esprit de l'obligation de minimisation du dommage serait différent, si elle était consacrée en droit français vu la particularité de ce dernier, de celui qu'elle renferme dans la Common Law où elle trouve son origine.

Elle y serait sans doute introduite comme obligation de moyen, la plus compatible avec l'intensité de prise en compte qui peut être raisonnablement exigée d'un contractant, victime de l'inexécution. Elle y interviendrait certainement ensuite, au-delà de sa finalité d'efficacité économique indiscutable, au service de la sanction d'une moralité relationnelle et altruiste dans le comportement des contractants.

433. Rappelons simplement que pour que l'action d'un principe de fraternité soit décelée, il suffit qu'il y ait prise en compte de l'intérêt d'autrui dans l'intérêt d'autrui (et non simplement dans l'intérêt commun ou l'intérêt du contrat). Cette prise en compte n'a pas à être exclusive d'un intérêt propre au contrat, ou d'une incidence sur l'efficacité contractuelle, puisque ses deux fonctions, à savoir l'introduction d'une valeur morale particulière au sein du rapport contractuel, et l'accentuation de l'efficacité du contrat, peuvent coexister, et même être complémentaires.

Les caractéristiques de la théorie pure de la prise en compte – à savoir, l'indépendance de cette exigence de prise en compte par rapport à celles découlant de l'intérêt commun, et la dimension morale relationnelle et altruiste – se trouvant vérifiées dans des intensités différentes dans chacune de ces institutions, nous pouvons donc conclure qu'elles sont des manifestations de la prise en compte rattachable à la théorie pure de celle-ci, fondée sur le principe de fraternité.

Pour mener à terme cette recherche sur l'existence matérielle de la prise en compte, il nous faut nous arrêter sur un deuxième type de manifestations de la notion, à savoir les techniques remettant en question le corollaire de la liberté contractuelle, c'est-à-dire la force obligatoire du contrat.

TITRE 2 : MANIFESTATIONS, AMENAGEMENTS DU PRINCIPE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

434. La remise en question de la théorie classique de l'autonomie de volonté, et du principe de liberté contractuelle, s'accompagne de celle de son corollaire : la force obligatoire du contrat.

Un contrat, une fois valablement formé « tient lieu de loi » à ceux qui l'ont conclu, et doit donc être exécuté. Mais le contexte de crise¹²⁴² aboutit à la l'apparition de difficultés étrangères ou inhérentes aux contractants, rendant l'exécution difficile, et à la multiplication des atteintes portées à ce principe ; les « situations s'effondrent brutalement ; les prévisions sont presque toujours déjouées. L'insolvabilité est devenue une fatalité, un fléau social »¹²⁴³.

Est posée donc la question de la révision – au sens large¹²⁴⁴ – du contrat comme remède, face au principe de la force obligatoire du contrat.

La place primordiale de ce principe est d'ailleurs remise en question, celui-ci n'étant pas considéré comme une « fin en soi »¹²⁴⁵, mais devant lui-même être assujéti à d'autres valeurs supérieures ; ces « atteintes sont en effet jugées commandées par des impératifs supérieurs au principe »¹²⁴⁶, tels les « principes de justice, de loyauté, de solidarité et de fraternité contractuelles »¹²⁴⁷.

Ces considérations mènent à un changement d'optique en droit contractuel, en cas de difficulté dans l'exécution des obligations. D'abord, les difficultés que

¹²⁴² Pour le doyen Ripert, ce serait même le progrès qui le justifierait. V. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, n° 154, spéc. p. 304 : « une vie immuable de l'obligation contractuelle n'est-elle pas contraire au caractère plastique et changeant des choses vivantes ? Notre époque considère le changement constant des lois comme nécessaire au progrès de l'humanité. Ne serait-il pas paradoxal que dans une société où l'ordre légal change sans cesse, l'ordre conventionnel demeurât constant ? ».

¹²⁴³ L. Aynès, *Crise économique et rapports de droit privé*, in *Le droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, PUF, Paris, 1997, p. 57, spéc. p. 60.

¹²⁴⁴ En effet, la révision est un phénomène plus ample que la seule hypothèse désignée par « l'imprévision », et peut être introduite aussi, comme sanction des irrégularités. V. D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4, spéc. p. 8 et s.

¹²⁴⁵ P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, Dr. et patr. mai 1998, p. 88, et spéc p. 89.

¹²⁴⁶ H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, in *Mélanges François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, p. 643, spéc. p. 651.

¹²⁴⁷ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, spéc. p. 631, n° 29. V. égal. sur les différentes valeurs que le juge doit soupeser pour maintenir ou pas le principe, P. Ancel, *La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 163, spéc. p. 166 : « le législateur, ou le juge, doit arbitrer entre des valeurs, normalement convergentes dans le modèle idéal du contrat, mais qui entrent en conflit dans les situations (...) [d']inégalité, [de] bouleversements économiques, [de] détresse d'un contractant. (...) D'un côté – celui de la force obligatoire – une certaine morale, celle du respect de la parole donnée ; de l'autre, en faveur d'une modération de certains engagements contractuels, les valeurs non moins puissantes de la protection des faibles, de la loyauté, de la fraternité (...) Pour la rigueur absolue de l'engagement contractuel : la sécurité, la prévisibilité... ; mais, pour plus de souplesse : l'équité, l'humanité... L'efficacité économique pour l'article 1134, alinéa 1, la solidarité sociale pour l'alinéa 3. Là l'utile. Ici le juste ». Pour M. Ghestin c'est « l'intérêt général, (...) l'ordre public, ou [le] bien commun » qui forment les limites supérieures à l'autonomie de volonté (*La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables*, in *La relativité du contrat*, Assoc. H. Capitant, Nantes 1999, LGDJ, Paris, 2000, p. 223, spéc. p. 235).

rencontre le débiteur ne peuvent aboutir, afin de maintenir le principe de force obligatoire du contrat, au sacrifice et à l'indifférence totale quant à ses intérêts¹²⁴⁸. C'est ce que nous verrons surtout avec la révision¹²⁴⁹ du contrat en cas de bouleversement de circonstances, les mesures de grâce et la remise de dette. Ensuite, la responsabilité du débiteur n'est plus considérée de la même manière : l'« exécution de l'obligation n'est plus la tâche individuelle du débiteur ; l'inexécution ne relève pas de sa responsabilité. Le rapport d'obligation connaît le même phénomène de socialisation que la responsabilité civile : la crise économique pousse aux solutions collectives »¹²⁵⁰. C'est ce que nous constaterons notamment en matière d'aménagement du surendettement des particuliers.

435. Ainsi, si la prise en compte de l'intérêt du cocontractant s'est dévoilée, dans notre titre premier, comme une exigence contribuant au tempérament du principe de liberté contractuelle, elle s'avère aussi comme l'un des moyens d'aménagement du principe corollaire de force obligatoire du contrat, et conduira à la révision – au sens large – du contrat. Dans ce cas, elle sera examinée dans un contexte particulier, à savoir, le moment de crise ébranlant l'un des contractants, rendant l'exécution du contrat difficile, ou faisant perdre au contrat toute utilité pour l'une des parties.

Pour plus de clarté dans l'exposé, nous examinerons d'abord, la manifestation de la prise en compte lors de la survenance d'une difficulté étrangère au cocontractant (Chapitre 1), puis celles lors de la survenance d'une difficulté inhérente à celui-ci (Chapitre 2).

¹²⁴⁸ Dans ce sens, D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. cit.*, spéc. pp. 631 et 633, n^{os} 29-30 : « la sécurité juridique (...) 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. (...) [La] force du lien contractuel ne doit pas pouvoir aller jusqu'à occulter les légitimes intérêts d'un des partenaires contractuel. La vigueur juridique du lien ne saurait en aucun cas justifier l'anéantissement économique d'un des contractants. L'article 1134, alinéa 1^{er} 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 » ; Th. Revet, *L'éthique des contrats en droit interne*, in *Éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Librairie de l'Université, Aix-en-Provence, 1997, p. 208 : « Il n'est donc plus possible d'exiger purement et simplement l'exécution de l'accord convenu, si elle est contraire à l'intérêt du contractant économiquement dépendant ».

¹²⁴⁹ Nous nous intéresserons particulièrement à l'obligation de renégociation du contrat, mais plus généralement à la révision du contrat pour imprévision.

¹²⁵⁰ L. Aynès, *Crise économique et rapports de droit privé*, *op. cit.*, p. 57, spéc. p. 60.

Chapitre 1 : Prise en compte de l'intérêt du cocontractant lors de la survenance d'une difficulté étrangère à celui-ci

436. Dans le contexte actuel où l'instabilité est la règle, fréquentes sont les hypothèses où un événement postérieur à la conclusion du contrat, dont la gestion n'est pas prévue par l'une des clauses contractuelles, vient rendre l'exécution extrêmement lourde pour l'une des parties, ou lui fait perdre toute utilité réelle au contrat.

Dans ce cas, « n'y a-t-il aucun remède (...) ? Faut-il laisser se consommer la ruine d'un cocontractant malheureux, dont le seul tort est de ne pas avoir prévu l'imprévisible ? »¹²⁵¹.

C'est la question de l'imprévision¹²⁵² qui est donc posée.

Celle-ci est présentée comme la théorie imposant la révision¹²⁵³ du contrat dès que des circonstances économiques extérieures¹²⁵⁴ lors de sa conclusion, et postérieures à celles-ci, affectent son équilibre de telle sorte que son exécution devient significativement plus lourde pour l'une des parties¹²⁵⁵. Elle se pose donc comme un cas particulier de révision du contrat¹²⁵⁶. La révision, elle, est définie

¹²⁵¹ P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922, p. 3.

¹²⁵² Que nous utiliserons invariablement avec l'expression de « changement de circonstances », qui paraît plus correcte, au regard de l'indifférence du caractère imprévisible de l'événement déclencheur comme nous le verrons. V. *infra* n° 509.

¹²⁵³ Ainsi, « le débiteur d'une obligation contractuelle peut-il invoquer le déséquilibre manifeste des prestations résultant de circonstances postérieures à la conclusion du contrat afin d'obtenir, non pas la possibilité de ne pas exécuter ses obligations comme dans l'hypothèse de la force majeure, mais une révision judiciaire du contrat afin de rétablir l'équilibre contractuel rompu ? » (D. Bakouche, *Les solutions du droit positif en matière d'imprévision contractuelle*, Lexbase Hebdo Édition Affaires, nov. 2002, n° 46).

¹²⁵⁴ Certains retiennent le caractère imprévisible de ces circonstances, mais nous ne retiendrons pas ce critère, comme nous le verrons.

¹²⁵⁵ V. par ex. J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, Paris, 3^e éd., 2001, n° 290, p. 356 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, t. 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n° 1402, p. 487. V. aussi l'imprévision définie comme un « changement imprévisible et brutal de circonstances entamant gravement la prestation de l'une des parties » (F. Le Fichant, *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, Actes prat. ing. Sociétaire 2011, n° 116, dossier 7, spéc. n° 10, p. 28).

¹²⁵⁶ Un auteur circonscrit la révision du contrat au sens strict en retenant une « théorie pure de l'imprévision » en spécifiant que « pour heurter de front le principe d'intangibilité du contrat, la révision postule un contrat valablement formé, dont les circonstances autorisent qu'il soit modifié au cours de son exécution, sans pour autant que cette modification, qui n'engendre pas un nouveau contrat, soit le fruit d'un texte spécifique ou d'un accord entre les parties » (C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, Dr. et patr. mars 1998, p. 46, spéc. p. 48).

comme la « modification d'un acte juridique en vue de son adaptation aux circonstances »¹²⁵⁷.

Elle se présente donc clairement comme l'une des hypothèses où le contractant ne doit pas rester indifférent face au sort de son partenaire, et est invité à la prise en compte de son intérêt.

Cette hypothèse touche des problématiques primordiales au cœur du droit contractuel. Elle pose la question du choix entre principes juridiques contradictoires, à savoir la force obligatoire ou la conservation de l'utilité du contrat pour les parties, la sécurité ou l'adaptation du contrat, l'intangibilité ou la flexibilité de celui-ci, comme celle des objectifs derrière l'éventuelle introduction d'une révision du contrat : est-ce la situation du cocontractant qui est amenée à être prise en compte et à avoir un effet sur le contrat ? Est-ce l'importance du maintien de l'utilité du contrat pour les deux parties, ou des « impératifs d'ordre économique »¹²⁵⁸ ? Mais se pose aussi la prise en compte de l'élément temps¹²⁵⁹ en droit contractuel, contrairement à la théorie classique qui semble l'ignorer et qui a été construite sur le modèle du contrat instantané, comme nous avons déjà pu l'évoquer.

Nous verrons qu'un remède tente de faire son chemin, et qu'il est sans doute l'une des manifestations de la prise en compte : l'obligation de renégociation du contrat (Section 1).

L'étude de cette prise en compte telle qu'introduite par l'obligation de renégociation, prémisse de la révision du contrat en cas de changement de circonstances, nous permettra d'éclaircir son lien avec la théorie pure de la notion (Section 2).

¹²⁵⁷ G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014, V^o Révision.

¹²⁵⁸ M. Mekki, *Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n^o 2.

¹²⁵⁹ V. dans ce sens C. Gavoty et O. Edwards, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n^o 86, p. 69, LPA 28 juin 2004, p. 18 : « Toute personne dont l'obligation de donner comme de faire ou ne pas faire quelque chose est échelonnée dans le temps court le risque de voir des événements imprévus en rendre l'exécution plus difficile, voire bouleverser l'économie du contrat. L'existence d'un risque, accepté par celui qui s'engage sur la durée, est donc nécessairement intégrée dans le prix négocié ».

Section 1 : L'introduction de l'obligation de renégociation du contrat, manifestation de la prise en compte

437. Si la position française classique est au refus de réviser le contrat lors de la survenance d'une difficulté étrangère aux partenaires contractuels (§1), une évolution peut être constatée vers l'introduction d'une obligation de renégociation, manifestation de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant (§2).

§1. Solution classique en matière d'imprévision

438. Le refus persistant de la révision du contrat pour imprévision, marque le particularisme français au regard du droit comparé (A), ce qui impose une appréciation de la solution (B).

A. Le particularisme français

439. Examinons d'abord la solution française en matière d'imprévision (1), puis celle en droit comparé (2).

1. Solution française : le refus de tenir compte d'une difficulté étrangère

440. Dans le silence du code civil sur la question, et contrairement à la jurisprudence administrative¹²⁶⁰, la position de principe de la jurisprudence française demeure le refus de l'application, en matière civile, de la théorie de l'imprévision. Cette position de principe a été posée dans la très célèbre affaire du Canal de Craponne¹²⁶¹, dans les termes suivants : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

Une décision jurisprudentielle plus récente a pu être rapprochée de la solution Canal de Craponne, et a semblé réitérer la solution, interdisant au juge de s'immiscer dans le contrat, au nom de la bonne foi, au point d'en modifier la substance. Nous avons déjà évoqué la décision rendue le 10 juillet 2007, par la Chambre commerciale

¹²⁶⁰ Qui consacre elle la révision pour imprévision : V. CE 30 mars 1916, DS, 1916, 3, p. 17, concl. Chardenet, note M. Hauriou ; Dr. et patr. 1916, 3, p. 25.

¹²⁶¹ C. cass., Civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, t. 2, éd. Dalloz, Paris, 12^e éd., 2008, n° 165 ; D. 1876, I, p. 193, note A. Giboulot.

de la Cour de cassation¹²⁶² affirmant que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations convenues entre les parties ». Un auteur a pu voir que cet arrêt « sonne définitivement le glas »¹²⁶³ de l'introduction de la révision du contrat pour imprévision, cette solution affirmant que « la bonne foi ne puisse jamais, ni de près, ni de loin, tempérer le principe de la force obligatoire du contrat et emporter un quelconque pouvoir de révision du contrat entre les mains du juge »¹²⁶⁴.

441. Quelques textes du droit spécial du contrat admettent pourtant la révision pour imprévision, contrairement au droit commun¹²⁶⁵.

Également, mais en droit commun, les divers projets de réforme du droit des obligations et des contrats ne demeurent pas indifférents à la question. Même si tous ne vont pas dans le sens de l'admission de la révision du contrat pour imprévision, ils introduisent tout au moins, en termes et avec des degrés différents, une obligation à la charge des parties, de renégocier le contrat, mais ne posent pas les mêmes conditions pour caractériser l'imprévision. Nous reviendrons sur ces différences lors de l'étude du régime de la révision pour imprévision.

Pourtant, il semblerait que l'Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013 demeure réticent quant à l'admission de la théorie de l'imprévision, n'ouvrant la possibilité à la partie le souhaitant, que de demander une résiliation du contrat au juge, en cas de refus ou d'échec de la renégociation qu'il *demande* à l'autre partie¹²⁶⁶. La renégociation et l'adaptation du contrat restent soumises au commun accord des parties. C'est dire que cet article est inutile, et ne propose aucune solution en matière d'imprévision, extérieure à l'accord de volonté.

L'important demeure que, quant au droit prospectif, la plupart des projets de réforme antérieurs à l'Avant-projet de 2013, ne vont pas dans le même sens que ce

¹²⁶² Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, Bull. civ. IV, n° 188, V. *supra* n° 190.

¹²⁶³ D. Mazeaud, obs. sous Cass. Com. 10 juill. 2007, n° 06-14768, RDC 2007, p. 1110.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ V. sur ce point J.-L. Mouralis, Rép. civ. Dalloz, V° Imprévision, spéc. n°s 45 s.

¹²⁶⁶ Cf. Art. 104 de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation [al. 1]. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander

dernier, et adoptent une position opposée à celle de l'arrêt Canal de Craponne. Ceci traduit l'existence d'un large mouvement prônant le dépassement de la rigidité de la solution actuelle en la matière, sans doute incité par l'état sensiblement différent de la question en droit comparé et international.

2. Solution en droit comparé

442. L'examen du droit comparé brosse un tableau différent du droit français sur la question. En effet, nous constatons qu'en général, la renégociation en cas d'imprévision y est largement diffusée, et dans certaines hypothèses la révision judiciaire est même introduite.

Les codes civils grec¹²⁶⁷ italien¹²⁶⁸, néerlandais¹²⁶⁹, et portugais¹²⁷⁰, ainsi que les jurisprudences allemande suisse ou autrichienne consacrent la révision du contrat en cas d'imprévision, mais en se fondant sur la bonne foi.

La *lex mercatoria* consacre elle aussi, sur la base de la bonne foi, l'obligation de renégocier le contrat en cas d'imprévision¹²⁷¹, et « la jurisprudence arbitrale tend à admettre que dans les contrats à long terme, les parties ont une obligation de renégocier de bonne foi »¹²⁷².

Les Principes du droit européen du contrat posent à l'article 6.611¹²⁷³, une obligation de renégociation en vue de l'adaptation du contrat en cas de changement de circonstances, si l'exécution pour l'une des parties devient excessivement onéreuse. De même les Principes Unidroit¹²⁷⁴, à l'article 6.2.3, posent la même solution lorsque « surviennent des éléments qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations », et en cas d'échec de la renégociation, le contrat pourra être rompu.

d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe [al. 2] ».

¹²⁶⁷ Art. 388 c. civ. grec.

¹²⁶⁸ Art. 1467 et 1468 c. civ. italien.

¹²⁶⁹ Art. 258-1 c. civ. néerlandais.

¹²⁷⁰ Art. 437 c. civ. portugais.

¹²⁷¹ Sur ce point, V. par ex. F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Paris, 1992, p. 162. V. aussi des exemples de sentences arbitrales statuant sur la question in L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, RJ com. 1999, p. 11, spéc. n^{os} 11 et s.

¹²⁷² Ph. Fouchard, E. Gaillard, et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, p. 843 n^o 1483.

¹²⁷³ Ancien article 2.117 dans sa première version. V. O. Lando et H. Beale, *Principles of European Contract Law*, Martinus Nijhoff, 1995, version française par I. De Lamberterie, G. Rouhette et D. Tallon, *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, Doc. fr., 1997, p. 128 et s.

¹²⁷⁴ Art. 6.2.1, 6.2.2 et 6.2.3.

Une simple insolvabilité ou des difficultés d'exécution ne sont pas suffisantes. « Ces textes, qui n'ont certes pas une portée coercitive, proposent toutefois aux parties, un cadre juridique intéressant. Ainsi, celles-ci ont la faculté d'opter pour la mise en application de ces dispositions durant la formation de leur convention »¹²⁷⁵. Cependant dans ces « deux codifications libres de la *lex mercatoria* (...) [il] est difficile d'y trouver un principe général de renégociation préalable à toute rupture »¹²⁷⁶, indépendant de la notion de bonne foi.

Nous constatons donc qu'en général, la solution donnée en cas d'imprévision n'est pas autonome, elle intervient sur la base de la notion de bonne foi, et y paraît donc étroitement liée.

Ensuite, l'article 91, alinéa 1 de l'Avant-projet Gandolfi dispose qu'il n'y a pas inexécution lorsque surviennent « des événements extraordinaires et imprévisibles qui ont rendu excessivement onéreuse l'exécution et qui, par conséquent, donnent au débiteur (...) le droit d'obtenir une nouvelle négociation du contrat ».

La renégociation en cas de changement de circonstances est aussi prévue par le Projet de cadre commun de référence européen qui, à l'article III-1 :110, donne au juge le pouvoir d'intervenir pour refaire le contrat déséquilibré, mais seulement si, au préalable, le débiteur a cherché de bonne foi et de manière raisonnable à trouver une adaptation équitable des termes du contrat, par voie de négociation.

La Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandise garde elle le silence sur la question¹²⁷⁷.

En droit anglais, on admet « lorsqu'il y a "frustration", que le contrat prend fin »¹²⁷⁸.

Cette particularité du droit français en matière d'imprévision nous incite à tenter une appréciation de la solution française.

¹²⁷⁵ A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, préface C. Thibierge, LGDJ, Paris, 2005, p. 111.

¹²⁷⁶ L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, *op. cit.*, spéc. n° 13.

¹²⁷⁷ Pour un comblement des lacunes de la Convention par un recours aux Principes Unidroit V. D. Philippe, *Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale*, RDC 2011, p. 963.

¹²⁷⁸ R. David, *L'imprévision dans les droits européens*, in Mélanges Alfred Jauffret, PUAM, 1974, p. 211 et s., spéc. 215. L'auteur note cependant la diversification des issues en droit continental : sur « le continent européen on est porté, en revanche, à des solutions plus souples : le contrat peut être anéanti, mais il peut aussi être révisé, étant donné que son exécution n'est pas déclarée impossible ». (*Ibid.*)

B. Appréciation de la solution française

443. Le débat sur la théorie de l'imprévision continue d'être ouvert en droit français. Une grande partie de la doctrine affirme fortement que la solution traditionnelle du Canal de Craponne devrait être dépassée. Une autre soutient cette solution, et refuse de voir la théorie de l'imprévision remettre en question le contrat une fois valablement conclu. Revenons sur les principaux arguments de chacune des deux positions, d'abord celle défendant la solution traditionnelle (1), ensuite celle militant en faveur du dépassement de cette dernière, en vue de l'admission de la théorie de l'imprévision (2).

1. Arguments contre la réforme

444. Une série d'arguments classiques soutiennent la solution traditionnelle du refus de la théorie de l'imprévision, au profit d'une exécution du contrat tel qu'initialement conclu, quelques soient les circonstances qui surviennent après cette conclusion.

445. C'est d'abord et surtout, le respect du principe de la force obligatoire du contrat, tel que traditionnellement conçu au regard des principes de sécurité juridique et de respect de la parole donnée, qui la justifie.

La sécurité d'abord, le contrat devant être un outil sûr, capable de contenir les prévisions des parties et de leur assurer une certaine protection. Le contrat est avant tout conçu essentiellement comme un « acte de prévision »¹²⁷⁹, ou d'emprise sur le futur qui justement est incertain, et pour qu'il le soit il doit être doté d'une certaine stabilité. Plus particulièrement, les économistes « considèrent que dans les relations de long terme, le rôle du contrat est avant tout d'offrir des garanties incitant les parties à "investir" de manière optimale dans une relation »¹²⁸⁰, et « le contrat n'est pas destiné à piloter le comportement des agents, mais à favoriser l'émergence et le

¹²⁷⁹ H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, in Mélanges François Terré, Dalloz, Paris, 1999, p. 643, p. 643. Dans le même sens, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1949, n° 84, spéc. p. 151 : « Contracter c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir. Tout contrat contient une idée d'assurance. [L']utilité même (du contrat) (...) consiste à garantir le créancier contre l'imprévu ».

¹²⁸⁰ E. Brousseau, *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique*, LPA 19 mai 2005, p. 43, spéc. p. 49.

renforcement de la confiance en s'assurant qu'elle ne pourra pas être trahie sans coût pour le fautif »¹²⁸¹.

Le contrat est donc un outil qui produit de la confiance, de la stabilité, et admettre qu'il puisse être révisé lorsque surgissent des difficultés finirait par faire sauter ces verrous de sécurité, et conduiraient à détruire la confiance en le contrat lui-même.

D'ailleurs le risque que « *la révision appelle la révision* »¹²⁸² est aussi dénoncé par certains auteurs. En pratique, « admettre la révision dans un cas, c'est risquer de mettre le cocontractant dans l'impossibilité d'exécuter les obligations pesant sur lui dans d'autres contrats, et provoquer ainsi un déséquilibre généralisé, par une sorte de réactions en chaîne »¹²⁸³.

Le respect de la parole donnée ensuite, fortement relié à l'objectif de sécurité de l'outil contractuel, explique ensuite ce refus. La peur de voir la révision « stratégiquement utilisée par une des parties pour ne pas exécuter ses obligations contractuelles »¹²⁸⁴ justifie l'appréhension face à la théorie de l'imprévision.

En effet le respect de la parole donnée – fortement imprégné de la vision des contractants comme meilleurs défenseurs de leurs propres intérêts –, empêche le cocontractant d'avancer la difficulté de l'exécution intervenue après un changement de circonstances. « [Puisque] les contractants sont réputés être les meilleurs juges de leurs propres intérêts, il convient logiquement de faire confiance à leurs capacités d'anticipation et d'adaptation »¹²⁸⁵ et la fixation de leurs volontés exprimées lors de la formation du contrat, prime sur les autres considérations.

L'intangibilité et l'immutabilité continuent pour beaucoup à être inhérentes à la figure traditionnelle du contrat, qui pour un auteur « pourrait s'exprimer dans la surprenante conjonction d'une bulle et d'un bloc. Une *bulle* d'abord, un monde fermé, protégé, imperméable aux influences extérieures ou intérieures - celles des parties - qui traverse le temps sans être affecté par les changements ; il fait fi de l'évolution des circonstances (...), le contrat apparaît également comme un *bloc* (...) constitué

¹²⁸¹ E. Brousseau, *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique*, op. cit., spéc. p. 51.

¹²⁸² J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, Paris, 15^e éd., 2012, n° 410, spéc. p. 410.

¹²⁸³ D. Bakouche, *Les solutions du droit positif en matière d'imprévision contractuelle*, Lexbase Hebdo Édition Affaires, nov. 2002, n° 46.

¹²⁸⁴ E. Brousseau, *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique*, op. cit., spéc. p. 44

une fois pour toutes, indifférent à ses propres déséquilibres internes, qu'ils soient concomitants ou postérieurs à sa conclusion »¹²⁸⁶.

446. Le deuxième risque, traditionnellement dénoncé et justifiant le refus de la théorie de l'imprévision, est celui de l'immixtion du juge dans le contrat ainsi que son arbitraire, et d'aucuns soutiennent que l'« [on] pressent immédiatement les dangers de l'utilisation généralisée d'un concept aussi souple : qu'il finisse par emporter le principe *pacta sunt servanda* et expose tout contrat à un interventionnisme judiciaire ou arbitral, qui déposséderait les parties d'une liberté fondamentale : la liberté contractuelle »¹²⁸⁷. Que reste-t-il du contrat si l'on admet l'intervention du juge pour le refaire? En effet, pour certains, « 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 »¹²⁸⁸.

447. Enfin, le refus d'admettre la théorie de l'imprévision en droit contractuel favoriserait, pour certains, la diligence des parties, et les inciterait à prendre elles-mêmes des dispositions pour gérer tout changement de circonstances qui affecterait en profondeur leur contrat, et l'économie de celui-ci. Ceci renforcerait dans la même veine le principe de la force obligatoire du contrat, puisque la révision prévue par les parties trouve sa source dans leurs volontés ; « [lorsque] la révision du contrat est d'origine conventionnelle, loin de s'opposer à *pacta sunt servanda*, elle met en œuvre ce principe : elle s'impose parce que les parties l'ont voulue »¹²⁸⁹.

2. Nécessité d'une réforme

¹²⁸⁵ D. Mazeaud, note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, D. 2010 p. 2481, spéc. n° 6.

¹²⁸⁶ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357, spéc. n° 4.

¹²⁸⁷ L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, op. cit., spéc. n° 17. Pour une claire description de cette position, V. D. Mazeaud, *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique. Rapport de synthèse présenté au 94^e Congrès des notaires*, Defrénois 1998, n° 19, p. 1137 : « Le contrat moderne, le contrat de crise, est perméable à l'immixtion du juge. Un juge qui donne des leçons de morale, autant que des leçons de droit civil. Un juge qui est le bras armé d'une justice sociale, à cent lieues de l'impératif de stabilité contractuelle. Ce contrat de crise apparaît comme un contrat à géométrie variable, un contrat sans confiance, un contrat sans foi, ni loi... ».

¹²⁸⁸ J.-P. Niboyet, *La révision des contrats par le juge*, in Travaux de la semaine internationale de droit 1937, Sirey, Paris, 1938, p. 1, spéc. p. 11. *Rappr.* J.-M. Mousseron, *Rapport de synthèse*, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'I.D.A. d'Aix-en-Provence, PUAM, p. 232 : « Le juge n'est pas essentiellement le censeur du contrat, le juge n'est pas davantage le sauveur du contrat, le juge est le serviteur du contrat parce que notre constitution sociale, l'aménagement des relations privées, échappent à l'ordre collectif ».

¹²⁸⁹ B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, RDC 2004, p. 67, spéc. n° 7.

448. Pourtant, et après le bref exposé des arguments contre l'introduction en droit français de la révision du contrat pour imprévision, la solution traditionnelle française ne convainc toujours pas une grande partie de la doctrine. Au contraire, nombreuses raisons militeraient en faveur d'un renversement de la solution classique. D'abord l'admission de la révision pour imprévision serait opportune (a). Ensuite elle contribuerait à l'évolution nécessaire de la théorie classique des obligations et contrats (b).

a. Opportunité d'une réforme

449. L'admission de la théorie de l'imprévision en droit français serait opportune à un double titre ; elle améliorerait d'abord la compétitivité du droit français, et aurait un effet positif quant à la pérennité du contrat.

a.1. Amélioration de la compétitivité du droit français

450. C'est l'état de la question en droit européen, ainsi que l'effort entrepris vers l'harmonisation des législations européennes qui inciteraient à revenir sur la solution.

De fait, la solution française affecte la compétitivité française sur le marché européen, au regard de l'admission dans de nombreuses législations européennes d'une solution plus flexible en la matière. En effet, le juge « pourrait être d'autant plus enclin à franchir ce pas que l'immuabilité des conventions constitue désormais, pour les entreprises françaises un handicap certain, dans un grand marché européen, en présence de concurrents jouissant d'un régime légal plus souple »¹²⁹⁰. Il s'agit donc de lever les dernières réticences devant « la compétition des systèmes juridiques dans laquelle la solution française actuelle paraît constituer un handicap »¹²⁹¹.

D'ailleurs, l'admission de la révision pour imprévision conduirait à une plus grande harmonisation du droit interne français lui-même. Nous savons en effet que le droit administratif admet la théorie de l'imprévision. Ainsi « [l]'opportunité d'un

¹²⁹⁰ R. Bout, *Préface*, in Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.

¹²⁹¹ É. Savaux, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français*, RDC 2010, p. 1057. V. dans le même sens Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 17, J. Ghestin, *Droit civil, les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n° 314, et D. Mazeaud, note sous Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13214, D. 2007, p. 765, spéc. n° 16.

rapprochement des jurisprudences judiciaire et administrative sur le terrain de l'imprévision n'est pas contestable »¹²⁹².

a.2. Adaptation des contrats et pérennité du contrat

451. Quant au souci de stabilité, de sécurité et d'intangibilité contractuelle, une réflexion un peu plus nuancée, et un examen un peu plus profond, conduisent à une relecture du lien entre la révision et les idées de sécurité et de pérennité du contrat. En effet, aujourd'hui « la stabilité des transactions impose, en réalité, une certaine souplesse contractuelle »¹²⁹³.

452. D'abord, nous avons déjà évoqué que la théorie classique a été construite sur le modèle du contrat instantané de vente, et qu'elle met donc l'accent sur la phase de formation du contrat, en délaissant celle de l'exécution. Mais aujourd'hui, le contrat type n'est plus le même. La durée devient un élément essentiel dans de très nombreux contrats, ainsi que « l'état de partenaires qu'il créent, la relation permanente qu'ils instaurent entre les parties ; ils constituent même parfois un forum permanent de négociation »¹²⁹⁴. Le constat est donc que la phase d'exécution du contrat a pris beaucoup plus d'importance. Or « le devoir de renégocier ne s'attache véritablement qu'aux contrats de durée, et même de longue durée »¹²⁹⁵, ainsi la renégociation ou la révision du contrat trouve de plus en plus aujourd'hui un terrain fertile en droit des contrats.

453. Ensuite, le contexte économique et social depuis la rédaction du Code civil a profondément changé et « [l]'instabilité économique et technologique s'est installée dans la durée »¹²⁹⁶.

Si les difficultés importantes pouvant affecter l'économie du contrat, et par conséquent son exécution, sont devenues de plus en plus communes, il s'en suit une remise en question de la lecture traditionnelle des idées de sécurité, de stabilité contractuelle, et de pérennité du contrat. En effet, il est donc tout à fait possible

¹²⁹² D. Houtcieff, obs. sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, Rev. Lamy dr. civ. juin 2006, 5, spéc. n° 9.

¹²⁹³ R. Bout, *Préface*, in Ph. Stoffel-Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, *op. cit.*

¹²⁹⁴ L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, *op. cit.*, spéc. n° 4.

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, *op. cit.*, n° 16.

d'affirmer, que la stabilité va de pair avec la flexibilité et qu'il n'y a pas systématiquement contradiction entre les deux. Souvent en effet, lorsque les difficultés sont très importantes rendant l'exécution pratiquement irréalisable, la révision du contrat « constituerait la seule solution propre à sauver le contrat d'une inexécution annoncée et d'une rupture fatale, et (...) garantirait sa pérennité »¹²⁹⁷. Celle-ci « crée même, pour la partie victime de l'évolution économique considérée, une véritable sécurité juridique »¹²⁹⁸.

Le développement dans la pratique de la renégociation du contrat par les parties, malgré sa non consécration législative ou judiciaire est d'ailleurs « le révélateur d'une conception du rapport contractuel toute vouée à la réalisation d'un but contractuel, envisageable par le maintien du lien contractuel »¹²⁹⁹. La renégociation du contrat, ou la révision de celui-ci en cas d'échec de cette dernière, apparaissent donc comme des moyens au service du maintien du contrat¹³⁰⁰.

Quant au risque d'instabilité engendré par une sorte de réactions en chaîne, si la révision est introduite, l'examen du droit comparé pourrait sans doute apaiser ces craintes.

En définitive, devant le paradoxe entre la prévisibilité exigée du contrat et le besoin de flexibilité devant l'aléa que comporte nécessairement le futur, « [le] choix d'admettre ou non l'imprévision est alors un pur choix de politique juridique, car le respect des prévisions de l'un semble aussi impérieux que celui des prévisions de l'autre »¹³⁰¹.

b. Évolution nécessaire de la théorie classique des obligations et contrats

454. L'admission de la théorie de l'imprévision contribuerait ensuite à la nécessaire évolution de la théorie classique des obligations et contrats, d'abord dans la conception du rôle du juge et des parties qu'elle recèle, ensuite dans le

¹²⁹⁷ D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4, spéc. p. 17.

¹²⁹⁸ B. Cavalié, *Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision ?*, Rev. Lamy dr. civ. juill. 2009, 62.

¹²⁹⁹ P. Accaoui Lorfing, *La renégociation contractuellement imprévue*, RDAI 2010, p. 35.

¹³⁰⁰ V. aussi dans ce sens, D. Mazeaud, note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, *op. cit.*, n° 7 : « Le pouvoir exceptionnel du juge, lorsque le changement imprévisible de circonstances bouleverse profondément l'économie du contrat et lorsque la voie de la renégociation conventionnelle, préalable nécessaire à son intervention, a échoué, constitue, en effet, en situation de crise, la seule alternative à l'inexécution du contrat et à sa rupture, le seul remède propre soit à sauvegarder le contrat et à assurer sa pérennité, s'il se traduit par une révision, soit à préserver les intérêts légitimes du contractant que le changement imprévisible de circonstances accable quand il se solde par la cessation des effets du contrat pour l'avenir ».

dépassement de la rigidité des principes traditionnels grâce spécifiquement à la prise en compte qu'elle introduit.

b.1. Rôle du juge, rôle des parties

455. Face à la nécessité pratique d'adopter une solution plus flexible en la matière, et en l'absence d'une modification législative, le juge a un rôle primordial, rôle qui n'est pas systématiquement synonyme d'arbitraire. En effet, « dans l'exercice des pouvoirs de révision du contrat qui lui ont été accordés, le juge a généralement fait preuve d'une sagesse et d'une modération qui ont été unanimement salués »¹³⁰².

Ensuite le pouvoir qui pourrait être accordé au juge en matière d'imprévision n'est pas absolu. Il pourrait être encadré dans certaines limites, et être rattaché à certaines conditions. Finalement, « ces critiques (...) concernent finalement plus le problème de la portée et des modalités de la révision que son principe lui-même »¹³⁰³.

La dernière objection face au pouvoir du juge en la matière est celle de son incompétence face à la complexité de celle-ci, et à son manque de connaissances économiques nécessaires pour procéder à la révision du contrat. Mais « pourquoi les juges français seraient-ils moins bien armés que leurs homologues étrangers? »¹³⁰⁴.

456. D'autre part, face à la position du droit positif français, se sont développées dans la pratique des clauses imposant une solution en cas d'imprévision. « Ce mouvement de la pratique contractuelle nous semble à lui seul attester de la nécessité d'imposer par une disposition de portée générale la révision du contrat en cas d'imprévision »¹³⁰⁵. D'ailleurs, « [on] ne peut que s'interroger sur le bien fondé d'une règle supplétive lorsque, pour des raisons de justice, la pratique contractuelle s'efforce de l'écarter dans tous les cas »¹³⁰⁶.

¹³⁰¹ H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, *op. cit.*, spéc. pp. 657-658.

¹³⁰² D. Mazeaud, *La révision du contrat*, *op. cit.*, spéc. p. 7. V. *eod. loc.* p.14.

¹³⁰³ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, *op. cit.*, n° 70.

¹³⁰⁴ B. Fauvarque-Cosson, *La réforme du droit français des contrats : perspective comparative*, RDC 2006, p. 147. Dans le même sens : O. Lando, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences*, RDC 2006, p. 167, spéc. n° 13 : « Pourquoi les juges français, hautement qualifiés, seraient-ils moins à même de faire ce travail que les juges des pays voisins ? ».

¹³⁰⁵ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, n° 803, p. 538.

¹³⁰⁶ D. Bakouche, *Les solutions du droit positif en matière d'imprévision contractuelle*, *op. cit.*

Quant à la prétendue incitation faite aux parties, en l'absence de l'admission de la théorie de l'imprévision, d'être plus diligentes, nous pouvons également soutenir qu'au contraire, l'admission de la règle encouragerait les parties à la prévision. En effet, l'application supplétive de la théorie de l'imprévision agirait « comme une sorte de repoussoir pour les parties, ainsi appelées à prendre en main leur destin, à tout prévoir, y compris l'irruption de l'imprévu »¹³⁰⁷.

Enfin sur ce point, et quant à l'argument selon lequel si les parties avaient voulu tenir compte de la situation de *hardship* elles n'avaient qu'à inclure dans leur contrat une clause d'adaptation, on peut répondre avec un auteur que « les clauses d'adaptation sont rédigées en vue d'un certain degré d'aléa. Lorsque celui-ci est largement dépassé le risque se révèle tel qu'il n'a pu rentrer dans les prévisions des parties »¹³⁰⁸.

b.2 Dépassement de la rigidité des principes traditionnels

457. Après avoir démontré que l'admission de la théorie serait plus compatible avec le rôle contemporain du juge et des parties, il nous faut nous arrêter sur l'agencement de l'admission de la théorie avec les idées classiques.

Celle-ci conduit à la remise en question du principe de force obligatoire, et à redessiner l'équilibre entre principes d'égalité et de liberté, tels qu'entendus par la théorie classique.

458. Ainsi, en premier lieu, introduire la révision pour imprévision, répond à un double souci de faire avancer le juste et l'utile – fondements réels de la force obligatoire du contrat¹³⁰⁹ – au sein de ce dernier.

D'abord le fondement moral du juste incite à réviser le contrat. Si la sécurité contractuelle est un des objectifs traditionnels du droit des contrats, nous constatons aujourd'hui la montée d'autres objectifs et exigences à prendre en compte

¹³⁰⁷ B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, op. cit., spéc. n° 7.

¹³⁰⁸ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 110.

¹³⁰⁹ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 46 : « C'est, sous différentes appellations, la recherche du bien commun qui légitime et guide l'action du législateur. La recherche du juste et de l'utile est donc ce qui l'a conduit à accorder au contrat force obligatoire ».

également¹³¹⁰. En effet, « la sécurité juridique, aspiration essentielle de la théorie générale, ne constitue cependant pas l'unique priorité. Elle se combine avec un souci croissant de justice contractuelle. C'est pourquoi le contrat, lien vivant entre les parties, doit être susceptible d'évoluer dans la mesure où des impératifs supérieurs le commandent »¹³¹¹. C'est certes une conception particulière de la justice qui se profile, plus souple que sa conception rigide : elle n'est plus mesurée par rapport au respect de la lettre du contrat, mais par rapport à l'injustice de la situation dans laquelle se trouve le partenaire suite au bouleversement de circonstances¹³¹². Son vecteur est donc la prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel. Il serait en effet injuste de regarder le respect de la parole donnée du seul point de vue du créancier, le débiteur aussi a donné sa parole mais se voit, après le bouleversement des circonstances, privé de la contrepartie qu'il espérait. On pourrait dire qu'ici, « les impératifs de solidarité à l'œuvre dans le concept de justice sociale s'opposent dans ce cas à un respect trop absolu de la foi jurée »¹³¹³.

Ensuite, le fondement économique de l'utile pousse aussi dans la même direction. Le contrat est l'instrument des échanges économiques nécessaires à la vie en société, il doit donc être utile. Or nous avons vu qu'au regard de la confiance en l'instrument contractuel, la rigidité pourrait s'avérer néfaste. Pour le créancier d'abord qui, en fin de compte, ne se voit pas satisfait (dans l'extrême difficulté pour le débiteur de le satisfaire, mieux aurait été de réaménager le contrat) et ensuite, rappelons avec un auteur que « le caractère néfaste pour la société toute entière d'une trop grande rigidité de la loi contractuelle se révèle ici par la disparition d'une entreprise et des emplois qu'elle assurait »¹³¹⁴. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant au moyen de l'admission de la théorie de l'imprévision se révèle donc utile.

¹³¹⁰ De nouveau, sacrifier la valeur de la justice contractuelle au profit d'autres valeurs telles que la sécurité contractuelle, en refusant d'admettre la théorie de l'imprévision, relève d'un choix de politique contractuelle et peut, certes, être remis en question si cette dernière opte pour un choix différent et pour la promotion d'autres valeurs.

¹³¹¹ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, op. cit., n° 11.

¹³¹² Dans ce sens, A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, RTD civ. 1993, p. 789, spéc. n° 2 : « le recours au droit, même à ce droit suprême que constitue l'équité, s'il ne crée évidemment pas d'injustice au sens strict, peut cependant léser cette autre forme de justice au sens large qu'est l'amitié ou la solidarité entre les membres du corps social ».

¹³¹³ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 54.

¹³¹⁴ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 58.

Ainsi, si nous considérons comme de nombreux auteurs que les fondements réels de la force obligatoire du contrat se trouvent dans les valeurs du juste et de l'utile, nous pouvons soutenir que l'introduction de la révision pour imprévision n'est donc pas une atteinte au principe de la force obligatoire, mais au contraire, un renforcement de ses fondements¹³¹⁵.

459. En second lieu, l'introduction de la théorie de l'imprévision permet de « tempérer les abus d'une conception trop totalitaire de l'autonomie de volonté »¹³¹⁶, en redessinant l'équilibre entre liberté et égalité, grâce à l'incitation à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

En effet, la réalité concrète pousse à dépasser le mythe de l'égalité des parties, ainsi que celle de leur liberté, celles-ci n'étant le plus souvent que formelles.

Cette inégalité dans les faits, ainsi que la rationalité limitée¹³¹⁷ des parties les empêchant, au moment de la conclusion du contrat « qui doit être exécuté sur un certain laps de temps, (...) d'apprécier à la fois l'environnement externe de leur relation et l'évolution du comportement de leur partenaire »¹³¹⁸, rend leur liberté quelque peu formelle.

¹³¹⁵ Pour une autre explication de l'introduction de la révision pour imprévision au service de la force obligatoire du contrat, M. Mekki, *Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 3 : « La principale source de contestation reste encore le principe de la force obligatoire des contrats. Si la force obligatoire du contrat est synonyme d'immutabilité et d'intangibilité, toute révision paraît en effet inconcevable en dehors des hypothèses où les parties l'auraient expressément envisagée. Si la force obligatoire du contrat se rapporte plus généralement à l'idée de prévisibilité des parties, alors il convient avant tout de respecter ce qui a été prévu par les parties au moment de la conclusion du contrat. (...) ce mécanisme servirait à restaurer l'économie du contrat voulue par les parties et perturbée par des événements imprévus, survenus en cours d'exécution. La révision du contrat pour imprévision ne serait pas alors une exception à la force obligatoire du contrat mais une technique de modulation du contrat au service de sa force obligatoire ».

¹³¹⁶ C. Masse, *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat. Rapport général*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 217, spéc. p. 228.

¹³¹⁷ Dans ce sens, D. Mazeaud, note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, D. 2010 p. 2481, n° 7 : « il nous semble que c'est surestimer la rationalité des contractants que d'affirmer que, parce qu'ils sont les meilleurs juges de leurs propres intérêts, ils sont nécessairement capables, au jour de la conclusion de leur contrat, de gérer contractuellement le risque de changement de circonstances *via* des clauses appropriées ». C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, Dr. et patr. mars 1998, p. 46, spéc. p. 57 : Puisque le contractant « dispose d'une rationalité limitée lorsque le contrat doit s'exécuter sur un certain laps de temps, il faut pallier cette carence, qui ne lui permet plus d'être le meilleur défenseur de ses propres intérêts, en exigeant de l'autre partie qu'elle soit solidaire à son égard, par le biais d'une révision du contrat ».

¹³¹⁸ C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, *op. cit.*, spéc. p. 52.

En fin de compte, la prise en compte de l'intérêt du cocontractant intervient ici comme correcteur aux limites concrètes des principes de liberté et d'égalité entre contractants, tels que conçus dans la théorie classique.

460. Toutes ces raisons conduisent à la remise en question de la solution traditionnelle et incitent au renversement de celle-ci. Or justement l'état de la question ne demeure pas statique, et une évolution semble être détectable par l'introduction d'une obligation de renégocier le contrat, lorsqu'intervient une difficulté étrangère au contractant, rendant l'exécution difficile. Cette obligation s'impose clairement comme l'un des supports de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. C'est ce à quoi nous nous intéressons plus particulièrement maintenant.

§2. L'évolution constatée : l'introduction d'une obligation de renégociation

461. Devant la panoplie d'arguments rendant l'évolution du droit français sur la question de l'imprévision de plus en plus nécessaire, il semblerait qu'un certain changement est perceptible, en jurisprudence, depuis une vingtaine d'années.

S'il n'y a pas eu un net revirement de la jurisprudence Canal de Craponne, nous pouvons constater, par contre, un infléchissement de celle-ci dans un sens d'incitation des parties à ne pas rester indifférentes face au sort du partenaire, en renégociant leur contrat en cas de changement de circonstances, infléchissement se fondant souvent sur la notion de bonne foi. Ainsi, l'obligation de renégocier le contrat est présentée comme « prélude possible à la révision pour imprévision »¹³¹⁹.

La renégociation du contrat se définit comme « un processus de dialogue (propositions et contrepropositions) orienté vers une modification du contrat, en cours d'exécution. Il ne s'agit pas de conclure un futur contrat ; les parties opèrent sur un contrat déjà formé »¹³²⁰.

¹³¹⁹ D. Mazeaud, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 295, spéc. n° 33.

¹³²⁰ L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, RJ com. 1999, p. 11, spéc. n° 3. V. aussi la définition de P. Accaoui Lorfing, in *La renégociation contractuellement imprévue*, *op. cit.*, spéc. p. 36 : « La renégociation est la re-négociation d'un contrat en cours d'exécution qui suppose, de la part des parties, la concertation et la recherche en commun d'un accord dans le but d'harmoniser leur conduite respective aux intérêts communs, convergents, divergents ou opposés, en vue du maintien du lien contractuel à des conditions révisées ».

Mais, dans cette évolution perceptible, nous constatons que si cette exigence de prise en compte, au moyen de l'obligation de renégociation du contrat, paraît au premier abord exceptionnelle et liée à la particularité de certains contrats (A), elle semble plus récemment avoir débordé le seul cadre de ces contrats (B).

A. Exigence exceptionnelle de prise en compte

462. L'obligation faite aux parties de renégocier leur contrat devenu profondément déséquilibré, a fait son chemin.

Elle semble attachée au premier abord à certaines situations exceptionnelles, comme contrepoids à une situation de subordination ou comme correction à une situation de dépendance (2). Mais une prémisse du devoir de renégociation du contrat doit d'abord être relevée, dans une hypothèse où existait une clause contractuelle en ce sens (1).

1. Prémisse

463. Avant les années 90, un premier arrêt, qui semble être resté isolé, marque le premier indice de l'infléchissement jurisprudentiel par l'introduction d'une obligation de renégociation.

Dans cette affaire, une série de contrats d'approvisionnement de fuel-oil avaient été conclus entre deux sociétés, dont l'économie se trouva profondément bouleversée par la hausse des prix de pétrole. Les contrats contenaient une clause imposant aux parties de se rapprocher en cas de hausse importante des prix en vue de l'introduction de modifications nécessaires à ceux-ci. L'affaire devint intéressante lorsqu'après un premier rapprochement des parties qui s'était soldé par un échec, la Cour d'appel de Paris¹³²¹ impose, dans un jugement avant dire droit, « aux parties une nouvelle négociation sous la surveillance d'un observateur, se réservant en cas d'échec, soit de mettre fin au contrat si la formule imposée devait en altérer l'économie, soit surtout d'imposer cette solution d'office dans le cas contraire. Cette initiative (...) dépassait largement les termes de la clause de sauvegarde prévoyant, en cas de hausse ou de baisse subite de prix, un rapprochement des parties et, en cas d'échec des négociations, une faculté de résiliation »¹³²². Dans cette affaire, l'audace des juges n'apparaît pas seulement dans le pouvoir qu'ils se réservent en cas d'échec

¹³²¹ CA Paris, 1^{er} ch. A, 28 sept. 1976, EDF c. Société Shell française, JCP 1978, II, 18810, obs. J. Robert.

¹³²² Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57, spéc. n^o 17, p. 72.

des négociations entre les parties, mais surtout dans le fait qu'ils imposent aux parties de reprendre un deuxième tour de renégociation.

Plus important, et plus consistant est l'infléchissement jurisprudentiel intervenu depuis le début des années 90, dans les situations marquées par la dépendance d'un des contractants.

2. Situations de subordination ou de dépendance

464. La situation de dépendance apparaît comme terre d'élection du devoir de renégociation du contrat, mis à la charge des parties.

Nous verrons d'abord la modalité particulière de l'obligation de renégociation dans le contrat de travail (a), et ensuite les solutions ayant pu être considérées comme introduisant une telle obligation, en matière de contrats de distribution ou de représentation commerciale (b).

a. Le contrat de travail

465. C'est d'abord dans le contrat de travail qu'a été consacrée une première variante du devoir de renégociation imposé aux parties : l'obligation de reclassement des salariés¹³²³. En effet, un arrêt de la chambre sociale du 25 février 1992¹³²⁴ juge que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois », et que n'est pas considéré comme reposant sur un motif économique, le licenciement d'un salarié dès lors qu'il existe une possibilité de reclassement. Cette obligation de reclassement du salarié équivaut donc à une obligation de renégociation, lorsqu'interviennent des circonstances comportant un risque de licenciement de celui-ci.

b. Les contrats de distribution ou de représentation commerciale

466. Deux désormais fameuses affaires doivent être relevées dans ce mouvement d'introduction d'une obligation de renégociation du contrat, manifestation de la prise en compte.

¹³²³ Sur laquelle, par ex. J. Mestre, *Une bonne foi décidément très exigeante*, RTD civ. 1992, p. 760.

¹³²⁴ Bull. civ. V, n° 122, p. 74 ; D. 1992, p. 390, note M. Defossez ; D. 1992, Som. com. p. 294, obs. A. Lyon-Caen ; JCP 1992, I, 3610, n° 8, obs. D. Gatumel.

467. Dans l'affaire *Huard*¹³²⁵, est retenue, sur le fondement de la bonne foi, «la responsabilité d'une compagnie pétrolière parce que celle-ci n'avait pas recherché les moyens adéquats d'améliorer la situation contractuelle d'un de ses distributeurs, dont la situation économique s'était considérablement fragilisée en cours d'exécution du contrat »¹³²⁶. En effet, ce dernier, avec l'existence d'une clause d'approvisionnement exclusif, se retrouva dans la situation de devoir acquérir le produit à un prix supérieur à celui auquel il le vendait au consommateur final.

La Cour de cassation impose alors au fournisseur la révision du contrat de distribution, spécifiquement de ses prix, pour donner à son cocontractant les « moyens de pratiquer des prix concurrentiels ». En d'autres termes, « [constituait] ainsi un manquement à l'obligation de bonne foi, le fait pour une partie de se contenter d'exécuter ses obligations contractuelles sans chercher à renégocier un contrat pour permettre à l'autre partie d'en bénéficier utilement »¹³²⁷.

D'ailleurs, dans l'affaire, le fournisseur avait proposé au distributeur un changement de statut pour celui de mandataire, et refusé de conclure avec lui un accord de coopération commerciale, ce qui a été jugé comme insuffisant au regard de la bonne foi. « Si celle analyse se trouvait confirmée par la jurisprudence ultérieure, elle pousserait très loin l'exigence de bonne foi, puisque seraient contrôlés *sur un plan moral* les motifs du créancier lorsqu'il rejette les propositions de son débiteur »¹³²⁸.

C'est en d'autres termes un devoir d'adaptation¹³²⁹ du contrat – assez exigeant, et assez sévèrement apprécié – qui est consacré, certes dans une situation particulière, au regard de la durée des relations contractuelles en l'espèce, où « les concurrents directs du distributeur étaient également cocontractants de la même société, laquelle pratiquait à leur égard des prix sensiblement inférieurs à ceux qu'elle lui

¹³²⁵ Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 338 ; JCP G 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; RTD civ. 1993, p. 124, n° 7, obs. J. Mestre ; Defrénois 1993, 1377, obs. J.-L. Aubert.

¹³²⁶ D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4, spéc. p. 18.

¹³²⁷ C. Gavoty et O Edwards, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, LPA 28 juin 2004, p. 18.

¹³²⁸ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, *op. cit.*, n° 263.

¹³²⁹ Dans le même sens, G. Virassamy, note sous Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 338, JCP 1993, II, 22164 : « Il y avait donc à la charge de la société BP une obligation de rechercher les moyens juridiques permettant à son distributeur de pratiquer des prix concurrentiels, fût-ce en modifiant l'économie de leur convention en y adjoignant un contrat de coopération commerciale (...) Cela témoigne du caractère contraignant et obligatoirement efficient de cette obligation d'adaptation créant ainsi un véritable droit à l'évolution du contrat ».

imposait »¹³³⁰, et où l'intérêt de celui-ci se trouve entièrement sacrifié.

Une partie de la doctrine a vu dans cette arrêt le début de la remise en question de la jurisprudence Canal de Craponne, et le premier pas vers l'admission de la théorie de l'imprévision puisque les circonstances postérieures à la conclusion du contrat, et leur effet sur l'un des contractants, sont nettement pris en compte, même si sur le fondement de la bonne foi. Pourtant une autre partie de la doctrine continue de réfuter cette interprétation de l'arrêt et affirme qu'« on aura beau lire et relire le fameux arrêt Huard, qui fait office de mythe, on n'y verra jamais cette admission de la théorie de l'imprévision qu'une partie de la doctrine y découvre, pour mieux, en réalité, faire advenir la solution »¹³³¹. La Cour de cassation ne reconnaît certes pas de pouvoir de révision au juge, elle se contente de sanctionner comme fautif le comportement du fournisseur¹³³² sur la base de la bonne foi. Toujours est-il que cette faute est caractérisée par le défaut d'adaptation et de renégociation du contrat après la survenance de circonstances neutralisant complètement l'intérêt d'un des contractants. C'est donc une obligation de renégociation qui est bel et bien sanctionnée. En fin de compte, « le créancier doit mettre son partenaire à même de continuer à tirer profit du contrat, alors pourtant que sa stricte application n'aurait rien de répréhensible en soi »¹³³³.

C'est dans un autre type de contrat, qu'une autre solution doit être relevée.

468. Un second arrêt confirme la tendance de l'arrêt *Huard*. Dans l'affaire *Chevassus-Marche*¹³³⁴, la Cour estime, dans des termes similaires à ceux de l'arrêt *Huard*, que le mandant aurait du prendre des mesures concrètes permettant à son mandataire de « pratiquer des prix concurrentiels », au regard des difficultés rencontrées par ce dernier.

¹³³⁰ O. Renard-Payen, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, JCP E 2004, p. 737.

¹³³¹ N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA 30 sept. 1998, p. 21, spéc. p. 22.

¹³³² V. sur ce point D. Bakouche, *Les solutions du droit positif en matière d'imprévision contractuelle*, Lexbase Hebdo Édition Affaires, nov. 2002, n° 46.

¹³³³ P.-Y. Gauthier, *L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial*, RTD civ. 1999, p. 646.

¹³³⁴ Cass. Com, 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277 ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. n° 56, note M. Malaurie-Vignal ; D. 1999, inf. rap., p. 9 ; JCP G 1999, II, 10210, note Y. Picod, et, I, 143, obs. C. Jamin ; Defrénois 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. Mestre et p. 646, obs. P.-Y. Gauthier.

Certes cette décision est particulière puisqu'elle intervient dans les relations mandant-agent commercial, que la loi¹³³⁵, rappelons-le, place sous le signe de l'obligation de loyauté, affirmant « que le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat »¹³³⁶. Nous avons d'ailleurs vu que la bonne foi impliquait pour le contractant une obligation de faciliter l'exécution pour son cocontractant, et de lui permettre de tirer toute utilité et tout bénéfice escompté du contrat.

469. Dans les affaires *Huard* et *Chevassus-Marche*, il est demandé au contractant de permettre à son partenaire de « pratiquer des prix concurrentiels ». Donc dans ces solutions, ce serait moins l'introduction de la révision pour imprévision qui serait opérée, que la sanction d'une obligation de renégociation *imposée* aux parties sur le fondement de la bonne foi¹³³⁷. La mauvaise foi y est considérée dans le refus « obstinément d'aider son cocontractant à sortir de l'impasse économique qu'il a largement contribué à provoquer »¹³³⁸.

Notons les circonstances particulières de ces affaires. L'obligation de renégociation, dans ces deux cas, intervient alors que l'évènement ayant conduit au changement de circonstances n'était pas extérieur à la volonté des parties, mais était le résultat d'un comportement de ces dernières¹³³⁹. Ensuite, elle intervient dans un contexte particulier de relations inégales, caractérisées par la dépendance d'une partie vis-à-vis de l'autre. C'est pourquoi, « certains proposent de déceler dans cette jurisprudence l'idée selon laquelle dans les contrats de dépendance, la contrepartie de l'inégalité contractuelle, qui caractérise ce type de conventions, réside dans l'obligation pour le contractant dominant d'adapter le contrat au changement de

¹³³⁵ Art. 4 de la loi du 25 juin 1991.

¹³³⁶ O. Renard-Payen, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, *op. cit.*

¹³³⁷ V. dans ce sens J.-L. Aubert, note sous Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 338, Defrénois 1993, art. 35663, p. 1377 : « Cette solution consacre, croyons-nous, plutôt qu'un pouvoir du juge de réviser le contrat, une obligation pour les contractants de réviser leurs conventions lorsqu'elles subissent un déséquilibre essentiel, obligation fondée sur le devoir de bonne foi et dont le juge peut sanctionner la méconnaissance par l'allocation de dommages-intérêts » ; ou aussi J. Cedras, *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, art. préc. : « Il ne semble pas, au vu de ces deux décisions, que l'obligation de renégocier en cas de changement de circonstances existe en tant que telle et de manière générale. Elle concerne dans ces espèces les seuls contrats de distribution et s'explique peut-être par le souci de laisser condamner la partie dont le comportement, postérieur à la conclusion du contrat, avait contribué à en rendre l'exécution ruineuse par l'autre ».

¹³³⁸ D. Mazeaud, *La révision du contrat*, *op. cit.*, spéc. p. 19.

¹³³⁹ Sur ce point, N. Molfessis, *Les exigences relatives au prix en droit des contrats*, LPA 5 mai 2000, p. 41.

circonstances, quel qu'en soit la cause, de sorte que celui-ci conserve une utilité pour le contractant victime du bouleversement de l'économie du contrat »¹³⁴⁰.

Au-delà de ces hypothèses, l'obligation de renégociation du contrat manifestation de la prise en compte, en cas de bouleversement des circonstances, semble déborder le seul contexte exceptionnel des situations de subordination ou de dépendance.

B. Exigence de prise en compte débordant les situations de dépendance

470. Une partie de la doctrine refuse de voir dans les quelques décisions jurisprudentielles évoquées, un changement significatif et général affectant le refus de la théorie de l'imprévision, et s'efforce de réduire le phénomène, de le rattacher exclusivement à certaines circonstances particulières. Pour les arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche*, certains auteurs s'obstinent à affirmer qu'« il ne semble pas, au vu de ces deux décisions, que l'obligation de renégocier en cas de changement de circonstances existe en tant que telle et de manière générale. Elle concerne dans ces espèces les seuls contrats de distribution et s'explique peut-être par le souci de laisser condamner la partie dont le comportement, postérieur à la conclusion du contrat, avait contribué à en rendre l'exécution ruineuse par l'autre »¹³⁴¹. D'autres établissent un rapprochement entre ces solutions et l'affaire *Mazda* du 15 janvier 2002¹³⁴², étudiée précédemment¹³⁴³, où il avait été jugé, dans une circonstance d'effondrement du marché, que « le concédant est solidaire de son concessionnaire face à une crise »¹³⁴⁴.

Pourtant, deux affaires peuvent être décelées, démontrant le débordement de l'obligation de renégociation, manifestation de la prise en compte, du seul contexte des situations de dépendance.

1. Arrêt du 16 mars 2004

¹³⁴⁰ D. Mazeaud, *La révision du contrat*, op. cit., spéc. p. 19.

¹³⁴¹ J. Cedras, *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapp. C. cass. 2003 préc.

¹³⁴² Par ex. J.-A. Robert et Q. Charluteau, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, Rev. Lamy dr. civ. juill. 2009, 62 : « À la lecture de cet arrêt, la survenance d'une crise économique pourrait être de nature à imposer à la partie qui détermine le prix, une obligation de vigilance quant à la situation de son cocontractant, faute de quoi le juge pourrait rétablir l'équilibre contractuel rompu ».

¹³⁴³ V. supra n^{os} 224 s. et 249.

¹³⁴⁴ M. Malaurie-Vignal, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, n^o 99-21172, Juris-Data n^o 2002-012712, Contrats, conc. consom. 2002, comm. n^o 94.

471. Un arrêt remarqué du 16 mars 2004¹³⁴⁵, qui a fait couler beaucoup d'encre, semble élargir nettement le champ de l'obligation de renégocier un contrat dont l'économie générale se trouve profondément bouleversée, en cas de changement de circonstances postérieur à sa conclusion.

Les faits sont simples. Un contrat de sous-concession dans le cadre de l'exploitation d'un restaurant à caractère social est conclu, entre une association (l'Association foyer des jeunes travailleurs, l'AFJT) et une société (Sociétés Les repas parisiens, la LRP).

La société qui se trouve dans l'impossibilité économique de poursuivre le contrat invoque sa résiliation. Elle attaque l'arrêt de la Cour d'appel qui la condamne à l'exécution du contrat, sur la base de plusieurs justifications, dont l'exécution loyale de la convention comme moyen d'assurer l'équilibre de son économie générale, ainsi que l'obligation faite à l'autre partie de mettre en mesure son cocontractant d'exécuter son contrat, et surtout la révision d'un contrat dont l'économie générale est profondément déséquilibrée.

La Cour de cassation répond sur ce moyen, qu' « attendu que la Cour d'appel a relevé que la LRP (la société) mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'AFJT (l'association) de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi ; qu'elle a ajouté que la LRP ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier ; qu'elle a, ainsi, légalement justifié sa décision ».

En fait la Cour se contente d'indiquer que c'est un déséquilibre concomitant à la formation du contrat qui est mis en avant pour la remise en question du contrat, et non un changement de circonstances.

472. Cette réponse de la Cour de cassation est non sans laisser perplexe. L'interprétation de cet arrêt a d'ailleurs profondément partagé la doctrine. Une

¹³⁴⁵ Cass. civ. 1^o, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n^o 86, p. 69 ; D. 2005, p. 852, note A. Bénabent ; LPA 28 juin 2004, p. 18, note C. Gavoty et O Edwards ; D. 2004, p. 2239, note J. Ghestin ; Rev. Lamy dr. civ. 2004, n^o 6, p. 5 s., obs. D. Houtcieff ; D. 2004, juripr. p. 1754, note D. Mazeaud ; JCP E 2004, p. 737, note O. Renard-Payen ; Comm. com. électr. 2004, comm. 119, obs. Ph. Stoffel-Munck.

lecture *a contrario* serait-elle possible ? La Cour aurait-elle voulu dire que si un changement de circonstances postérieur à la conclusion du contrat avait été soulevé et non un déséquilibre lors de sa formation, la solution qu'elle aurait adoptée aurait été différente, c'est-à-dire qu'elle aurait déduit une obligation de renégocier le contrat sur le fondement de la bonne foi et de la loyauté ?

473. Pour certains, cet arrêt aurait été « présenté, à tort, comme important »¹³⁴⁶, et la Cour n'a fait que « [constater] donc l'inadéquation du moyen à la motivation de l'arrêt attaqué, opération préalable au contrôle de ladite motivation »¹³⁴⁷. Ensuite, le fait qu'elle n'ait pas rejeté expressément l'existence de toute obligation de renégociation ne suffit pas à son affirmation. En définitive, « en l'absence d'affirmation positive consacrant l'obligation de renégocier, l'arrêt rapporté peut ne pas sembler suffire à exprimer ce qui serait, hors des contrats de distribution, une véritable inversion de tendance »¹³⁴⁸.

474. Mais, pour une autre partie de la doctrine, l'importance de cet arrêt ne fait pas de doute.

D'abord, sa lecture *a contrario* est possible. « Le choix que fait la Cour de cassation (...) n'est pas forcément dépourvu d'intérêt : si elle choisit de ne pas écarter la thèse, mais seulement de la dire sans application en l'espèce, il est permis aux commentateurs - surtout si elle publie son arrêt - de hasarder une lecture *a contrario* simple et classique soulignant que cette thèse n'est plus intrinsèquement rejetée hors du droit comme elle l'était jusqu'alors. On a vu souvent des revirements s'amorcer ainsi, selon la méthode des “petits pas” prisée par la jurisprudence »¹³⁴⁹.

Cette lecture permettrait d'asseoir un peu plus l'obligation de renégocier le contrat en cas de bouleversement de son économie puisqu'elle suppose que « si le

¹³⁴⁶ J. Ghestin, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, D. 2004, p. 2239.

¹³⁴⁷ O. Renard-Payen, note sous Cass. civ. 1^{er}, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n^o 86, p. 69, *op. cit.*

¹³⁴⁸ Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. civ. 1^{er}, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n^o 86, p. 69, *Comm. com. électr.* 2004, comm. 119. Dans le même sens, V. J. Ghestin, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, *op. cit.*

¹³⁴⁹ A. Bénabent, *Doctrine ou Dallas ?*, D. 2005, point de vue, p. 852. Dans le même sens V. D. Houtcieff, obs. sous Cass. civ. 1^{er}, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n^o 86, p. 69, *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2006, 5, spéc. n^o 4 : « Il ne s'agit pour autant que d'un arrêt de principe par prétérition : s'exerçant à l'art subtil de la litote, la première Chambre civile se contente d'affirmer qu'elle n'est pas hostile à l'obligation de renégocier {...} Le recours à l'*obiter dictum* est en effet souvent annonciateur d'une jurisprudence à venir, qui permet d'anticiper la doctrine de la cour régulatrice sans faire peser le poids d'une solution inattendue aux parties au litige ».

déséquilibre était né d'un bouleversement des circonstances économiques postérieur à la signature de la convention, le refus de la commune et de l'association d'en renégocier les termes aurait pu être considéré comme une violation de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi »¹³⁵⁰. En d'autres termes, relever que les conditions d'une théorie ne sont pas remplies dans une circonstance particulière, n'est-ce pas supposer indirectement cette théorie comme applicable ?

Surtout, cet arrêt élargit le domaine de l'obligation de renégocier le contrat, puisqu'aucune situation de dépendance n'était caractérisée en l'espèce, à la différence des affaires *Huard* et *Chevassus-Marche* exposées¹³⁵¹. Ainsi, c'est une généralisation à tous les contrats de l'obligation de renégociation qui serait opérée ; en fait, « [dès] que le contrat est amené à durer dans le temps, ce mécanisme doit pouvoir être mis en œuvre (...) Ce choix a été fait par la plupart des pays qui, par souci de réalisme, refusent d'opérer une distinction selon le type de contrats »¹³⁵².

Hormis cette affaire, l'évolution quant à la consécration d'une obligation de renégociation du contrat a pu être décelée dans une espèce où était en jeu l'intérêt général environnemental.

2. *L'intérêt général environnemental*

475. Un très intéressant arrêt de la Cour d'appel de Nancy¹³⁵³ est également à relever dans cette présentation de l'introduction en jurisprudence d'une obligation de renégociation.

Les faits sont les suivants. Une société Novacarb produit du carbonate et bicarbonate à partir de vapeur d'eau. Hormis les chaudières à charbon et gaz, elle fait aussi appel à une technique plus respectueuse de l'environnement, la « cogénération », que lui fournit la société Socoma. Le contrat de fourniture conclu en 1999 prévoyait que tout événement survenu postérieurement, notamment l'entrée en vigueur de lois nouvelles, permettait au fournisseur de répercuter les coûts qu'il supportera, sur le prix de vente de la vapeur.

¹³⁵⁰ C. Gavoty et O Edwards, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, *op. cit.*

¹³⁵¹ Dans ce sens, V. D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, n° 01-15804, D. 2004, p. 1754 : « En effet, le contrat litigieux n'entre dans aucune catégorie classique des contrats de distribution. Il est donc possible d'affirmer, aujourd'hui, que le devoir de bonne foi emporte une obligation de renégocier tout contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un changement imprévu des circonstances économiques qui avaient présidé à sa conclusion ».

¹³⁵² M. Mekki, *Hardship et révision des contrats 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de révision pour imprévision*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 5.

¹³⁵³ CA Nancy, 26 sept. 2007, D. 2008, p. 1120, note M. Boutonnet ; D. 2008, pan. 2965, obs. S. Mekki-Amrani ; RTD civ. 2008, p. 295, obs. B. Fages ; JCP G 2008, II, 10091, note M. Lamoureux.

Justement, une loi de 2004 vient instituer, en droit interne, le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre, en application du protocole de Kyoto¹³⁵⁴. Chaque fournisseur se voit attribuer un nombre de quotas¹³⁵⁵. « La dynamique du système est alors la suivante : il s'agit d'encourager les exploitants concernés à investir dans des techniques de production peu polluantes en leur permettant en contrepartie de céder les quotas ainsi économisés, dont on mise sur le cours élevé. La perspective d'un profit réalisé grâce à la vente de ces quotas devrait ainsi conduire les industriels à un choix économiquement rationnel en faveur d'installations plus respectueuses de l'environnement, dès lors du moins que celles-ci sont envisageables à un coût raisonnable »¹³⁵⁶.

Effectivement la société Socoma, fournisseur, réussit à économiser et vendre son excédent de quotas, ce qui lui génère ainsi plusieurs millions d'euros de profit. La société Novacarb, cliente, revendique le partage des bénéfices ainsi générés par la modification de la législation.

Après une tentative de négociation entre les deux parties qui échoue, Novacarb assigne en justice son fournisseur.

La question posée est intéressante à double titre.

D'abord, en l'espèce, le changement de circonstances est du à une modification de la législation sur la protection de l'environnement par l'adoption du Protocole de Kyoto. Ensuite, et surtout, l'hypothèse est particulière puisqu'il s'agit de profits générés par le changement de circonstances et non d'une exécution devenue extrêmement difficile ou ruineuse pour l'une des parties après le bouleversement de l'économie du contrat¹³⁵⁷.

La cliente qui, par l'une des clauses du contrat, se voit répercuter sur les prix de vente de vapeur toute éventuelle modification entraînant des coûts supplémentaires – et donc les éventuels coûts résultant de la gestion des quotas, c'est-à-dire

¹³⁵⁴ En effet, l'adoption du Protocole de Kyoto le 11 décembre 1997, puis de la directive communautaire du 13 octobre 2003 transposée en droit interne aux articles L. 229-7 et suivants du Code de l'environnement, conduit à la modification de la législation sur la protection de l'environnement en établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

¹³⁵⁵ V. sur ce point, O. Cachard, *L'ombre de la révision judiciaire du contrat*, Rev. Lamy dr. civ. mai 2008, 49, spéc. n° 8 : « Il s'agit de permis de polluer négociables sur lesquels l'exploitant de l'installation industrielle jouit d'un véritable droit de propriété », et Th. Revet, *Les permis de polluer, in Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, Point de vue franco-belge*, Viney G., Dubuisson B. (sous la dir. de), Schulthess, LGDJ, p. 443.

¹³⁵⁶ M. Lamoureux, note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, JCP G 2008, II, 10091.

¹³⁵⁷ V. sur ce point, O. Cachard, *L'ombre de la révision judiciaire du contrat*, op. cit., et B. Fages, *Invitation judiciaire à adapter le contrat*, RTD civ. 2008, p. 295.

l'hypothèse où des quotas devraient être achetés –, prétend aussi, par une sorte de raisonnement symétrique, au partage des bénéfices entraînés par la modification de la législation – dans ce cas les profits générés pas la vente des quotas économisés.

Elle est déboutée en première instance.

En appel, la Cour de Nancy, si elle n'impose pas au fournisseur de partager les bénéfices avec sa cliente, néanmoins, et sur le fondement des articles 1134 alinéa 3 et 1135 du Code civil, rend un arrêt avant dire droit qui impose la renégociation du contrat, tout en se réservant le droit de contrôler l'échec des renégociations.

Ainsi, pour la Cour un simple déséquilibre éventuel¹³⁵⁸, sans incidence drastique actuelle pour la société cliente, aura été suffisant à justifier l'introduction d'une obligation de renégociation du contrat, ou de reprise des négociations dans ce cas. Plus loin, le juge s'arroge le droit d'adapter le contrat en cas d'échec des négociations.

476. Relevons d'abord que, pour la Cour « [cette] révision est non seulement dans l'intérêt des contractants, puisque le prix de vente de la vapeur devra augmenter en cas d'insuffisance de quotas alloués au fournisseur, lequel a intérêt à ce que son client demeure concurrentiel, mais également dans l'intérêt général, puisque la révision aura pour finalité de réduire les émissions de gaz polluants »¹³⁵⁹.

Relevons ensuite et surtout que, puisqu'« [il] s'agit donc non pas de répartir des pertes afin qu'un contractant puisse faire face à la crise contractuelle à laquelle il est confrontée, mais de partager les bénéfices réalisés exclusivement par un contractant à la suite d'un changement de législation et grâce aux efforts communs des deux contractants »¹³⁶⁰, un raisonnement lié au principe de solidarité s'avère nécessaire et est donc visé. Ainsi, « [si] les parties ne sont donc liées par aucun pacte social justifiant le partage des bénéfices, par sa spécificité, la convention inclut une obligation de coopération loyale et de solidarité qui n'interdit pas de tenir compte des efforts de chaque entreprise »¹³⁶¹. La situation d'interdépendance des intérêts des

¹³⁵⁸ V. sur ce point, M. Boutonnet, note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, D. 2008, p. 1120 : « Or, puisque le contrat permet au fournisseur de répercuter le coût de ce rachat sur le prix de la vapeur d'eau qu'il fournit à son client, il existe un déséquilibre contractuel risquant de mettre le client dans une situation économique difficile si ce dernier en venait à devoir pratiquer des prix moins concurrentiels sur le marché du carbonate ».

¹³⁵⁹ M. Lamoureux, note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, *op. cit.*

¹³⁶⁰ D. Mazeaud, note sous CA Nancy Juris-Data n° 2007-350306, RDC 2008, p. 738.

¹³⁶¹ *Contrats. Panorama de jurisprudence*, JCP E 2008, 1236.

parties – qui se traduit dans cette hypothèse par le fait que « le fournisseur est également dépendant de son client pour réaliser des bénéfices, le comportement de Novacarb “risquant de faire perdre à Socoma le bénéfice de la vente des quotas” »¹³⁶² – aurait eu ainsi une incidence dans l’introduction de l’obligation de renégociation dans ce cas.

Mais nous reviendrons sur la riche motivation de la Cour, lors de l’examen de la finalité de la prise en compte se manifestant dans l’obligation de renégociation du contrat en cas de changement de circonstances.

477. L’obligation de renégociation du contrat commence donc à faire son chemin comme prémisse à l’introduction de la théorie de l’imprévision en droit français, et se présente comme l’une des manifestations de la prise en compte, incitant à ne pas demeurer indifférent au sort du partenaire en cas de survenance d’une difficulté d’exécution étrangère à celui-ci. Mais cette prise en compte, recelée par la théorie de l’imprévision, peut-elle être rattachée à la théorie pure de la notion ?

Section 2 : Théorie de l’imprévision et théorie pure de la prise en compte

478. Rappelons la difficulté de cerner une théorie pure de la prise en compte.

Examinons d’abord la compatibilité entre la prise en compte telle que manifestée dans la théorie de l’imprévision, avec la théorie pure de la notion (§1). Ensuite, l’encadrement de la théorie de l’imprévision, étant largement tributaire de la philosophie de l’institution, nous verrons que la notion de prise en compte, telle que définie dans sa théorie pure, aura un rôle à jouer dans cet encadrement (§2).

§1. Compatibilité entre théorie de l’imprévision et théorie pure de la prise en compte

479. Afin de pouvoir la rattacher à la théorie pure de la notion, la prise en compte, telle que manifestée dans la théorie de l’imprévision et l’obligation de renégociation, doit d’abord avoir une particularité conceptuelle suffisante et ne pas être interchangeable avec une autre notion permettant d’en faire l’économie. Ensuite

¹³⁶² M. Boutonnet, note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, *op. cit.*

celle-ci doit être compatible avec les caractéristiques de telle théorie¹³⁶³, comportant plus particulièrement une dimension morale relationnelle et altruiste.

Examinons d'abord la particularité conceptuelle de la prise en compte par rapport à d'autres notions, impuissantes à la rendre inopérante (A). C'est ensuite l'examen de sa finalité qui permettra de vérifier son rattachement à la théorie pure de la notion (B).

A. Particularité conceptuelle de la prise en compte

480. Nombreuses justifications techniques de la théorie de l'imprévision ou de l'obligation de renégociation ont pu être avancées en droit français. Or, si l'obligation de renégociation ou la révision du contrat découlent de celles-ci, elles ne pourraient être considérées comme introduisant une dynamique de prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel.

Outre la lésion et l'erreur – qui se heurtent au fait que l'imprévision concerne des circonstances survenues après la formation du contrat –, et qui rejoignent en fin de compte le raisonnement sur la volonté des parties en tant que vices du consentement, ce sont la volonté implicite des parties, la cause, l'intérêt commun présumé des parties, ou encore la bonne foi qui fonderaient l'obligation de renégociation, ou la révision du contrat pour imprévision.

Si elle s'explique par le respect de certains éléments constitutifs du contrat tels la volonté ou la cause, ou par les exigences de l'intérêt commun, ou encore, si elle découle de l'exigence de bonne foi contractuelle, la prise en compte telle qu'introduite par l'obligation de renégociation ou la théorie de l'imprévision, n'aurait aucune particularité conceptuelle.

Nous verrons cependant qu'autant la volonté implicite (1), la cause (2), l'intérêt commun (3), ou la bonne foi (4), sont insuffisants à fonder la notion la renégociation ou la révision du contrat.

1. Insuffisance de la justification par la volonté implicite des parties

481. Un premier fondement technique proposé se trouve dans un raisonnement basé sur la volonté implicite des parties. Celle-ci impliquerait l'existence implicite d'une clause *rebus sic standibus* dans tout contrat dont l'exécution s'étale dans la durée, qui subordonne le maintien du consentement au maintien des circonstances

¹³⁶³ À savoir, l'altérité des intérêts et la dynamique relationnelle et altruiste.

existantes au moment où il a été donné ; « [ainsi], la force obligatoire du contrat supposerait que les circonstances soient demeurées les mêmes »¹³⁶⁴. En effet, « que vaut la volonté exprimée hier lorsque son support socio-économique, aujourd'hui, n'existe plus? »¹³⁶⁵, et celle-ci est alors « conçue de manière dynamique et non statique. Elle s'inscrit dans le temps comme le contrat dont elle est le support »¹³⁶⁶.

L'avantage est certes que ce raisonnement permet à la théorie de l'imprévision, de ne plus heurter le principe de la force obligatoire du contrat, ou d'en constituer une exception, mais lui permet au contraire de le renforcer¹³⁶⁷. Ensuite, ici le rôle du juge serait de réinterpréter le contrat au regard des volontés respectives des parties, volontés qui se sont cristallisées lors de la formation du contrat. Celui-ci serait ici beaucoup plus facilement accepté. Il ne se substitue pas à la volonté des parties, il aide simplement à sa mise en lumière.

Cependant, cette justification est remise en question parce qu'elle construit la solution sur une présomption de volonté des parties, qui aurait pu exister dans une autre direction. En effet, « [on] peut faire remarquer que ce qui est imprévu pour l'un ne l'est pas obligatoirement pour l'autre, et que c'est peut-être même à cause de cette inégalité dans l'information qu'une partie a cherché à conclure le contrat »¹³⁶⁸.

Ensuite, l'analyse par la volonté des parties montre ses limites lorsque l'on garde à l'esprit que « le contrat est un échange de valeurs et non de coûts »¹³⁶⁹. Ainsi, la volonté des parties est dirigée vers l'utilité à retirer du contrat pour chacune d'elle. Or lorsque c'est le coût de la prestation qui devient excessive pour l'une des parties et non l'utilité de la prestation retirée du contrat qui vient à disparaître ou à être considérablement réduite, l'analyse des volontés ne suffit plus.

D'ailleurs comment supposer une volonté commune des parties, lorsque le changement de circonstances aboutit le plus souvent à alourdir fortement

¹³⁶⁴ B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, RDC 2004, p. 67, spéc. n° 4.

¹³⁶⁵ D. Bakouche, *Les solutions du droit positif en matière d'imprévision contractuelle*, Lexbase Hebdo Édition Affaires, nov. 2002, n° 46.

¹³⁶⁶ M. Mekki, *Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 12.

¹³⁶⁷ Dans ce sens, D. Bakouche, *Les solutions du droit positif en matière d'imprévision contractuelle*, op. cit.: « l'article 1134 al. 1er du Code civil, même lu comme une conséquence de la théorie de l'autonomie de la volonté, pourrait ainsi, loin de constituer un obstacle à la révision du contrat pour imprévision, lui servir de support ».

¹³⁶⁸ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n° 89.

¹³⁶⁹ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 129.

l'engagement d'une partie, tandis qu'il pourrait en même temps alléger considérablement celui de l'autre ; « il ne pouvait y avoir de volonté commune sur ce point, chaque contractant cherchant en l'espèce le gain maximum et la ruine de l'autre partie (...) *la volonté commune n'existe jamais dans un contrat et (...) tout argument faisant état d'un prétendu caractère commun de la volonté doit être rejeté. La volonté contractuelle est individuelle* »¹³⁷⁰.

Qu'en est-il de la justification par la sanction de l'absence de cause ?

2. *Insuffisance de la justification par la cause*

482. Une deuxième justification a pu être proposée pour l'introduction de la théorie de l'imprévision. Si nombreux remettent aujourd'hui en question l'utilité de la théorie de la cause, elle a pu être invoquée comme justification à la révision du contrat pour imprévision.

Une décision, en particulier, est à relever ici¹³⁷¹.

Dans un arrêt du 29 juin 2010¹³⁷², la chambre commerciale de la Cour de cassation censure, au visa des articles 1131 du code civil et 873 alinéa 2 du code de procédure civile, l'arrêt d'appel pour défaut de base légale, parce que la Cour n'a pas « [recherché], comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques (...) n'avait pas eu pour effet, (...) de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature (...) et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit (...) ».

Ainsi, la Cour suggère que l'évolution des circonstances économiques pourrait avoir pour effet de priver un engagement de sa cause¹³⁷³. Plus précisément, et parce que la décision est rendue dans une procédure de référé, « [la] censure de l'absence de recherche des effets du changement des circonstances sur le caractère sérieusement contestable de l'obligation suggère que cet événement peut avoir une incidence sur le

¹³⁷⁰ P. Azard, *L'instabilité monétaire et la notion d'équivalence dans le contrat*, JCP 1953, I, p. 1092, spéc. n° 22.

¹³⁷¹ Pour des solutions antérieures dans ce sens, nous devons relever un arrêt isolé de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 17 juin 1981 (pourvoi n° 76-12361, Bull. civ., V, n° 568, p. 426) qui applique un raisonnement de résiliation partielle pour disparition partielle de l'objet de la convention. Cependant, un autre de la troisième Chambre civile, du 16 avril 1986, (pourvoi n° 84-14782, Bull. civ., III, n° 41, p. 32), condamne lui ce raisonnement.

¹³⁷² Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, D. 2010, p. 2481, note D. Mazeaud, et 2485, note T. Genicon ; RTD civ. 2010, 782, obs. B. Fages ; JCP G 2010, 1056, obs. T. Favario ; RDC 2011, obs. E. Savaux.

¹³⁷³ Dans ce sens, B. Fauvarque-Cosson, D. 2011, pan. Droit des contrats (*octobre 2009 - novembre 2010*), p. 472 : « Ainsi, le bouleversement de l'économie d'un contrat à raison du changement des circonstances économiques prive l'engagement de cause dès lors qu'il rend son exécution

maintien de l'obligation telle qu'elle avait été voulue par les parties »¹³⁷⁴.

Notons que l'arrêt n'a pas été publié et se contente de reprendre le moyen du pourvoi, ce qui impose la prudence dans l'appréciation de la portée de la solution.

483. Si cette solution opère la résurrection¹³⁷⁵ de la cause – que nous savons de plus en plus contestée en droit des contrats –, toujours est-il que plusieurs objections peuvent être soulevées à l'encontre de ce fondement.

Une première objection apparaît dans le fait que la cause n'est pas toujours appréciable objectivement ; les parties peuvent s'être entendues sur des prestations réciproques déséquilibrées : la cause existe.

La deuxième objection est que le fondement technique de la cause paraît très réducteur pour la théorie de l'imprévision. En effet, si la condition est la disparition de la cause, « la Cour limite sensiblement le champ d'application de la théorie de l'imprévision au cas extrême, et donc fatalement assez rare, dans lequel le changement de circonstances provoque, non pas un simple déséquilibre contractuel d'ordre économique, fût-il très important, mais un déséquilibre d'ordre structurel, caractérisé par la disparition de la contrepartie contractuellement convenue »¹³⁷⁶. La réduction apparaît à un second titre : la sanction rattachable à la disparition de la cause, la caducité, ne laisse pas une grande marge pour tenter de sauver le contrat, par sa renégociation. En effet, « la caducité qui serait attachée à la disparition de la cause a un effet mécanique qui ne paraît pas souhaitable »¹³⁷⁷.

Cependant, les deux questions de la mesure du déséquilibre requis pour considérer qu'il y a disparition de la cause, ainsi que celle de la sanction qui devrait y être attachée, sont à mettre en lien ; si « ce déséquilibre est celui qui prive de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit, la sanction de la caducité semble appropriée. Privé de contrepartie, l'engagement peut être totalement anéanti. En revanche, si le déséquilibre requis n'a pas besoin d'être “total” et s'il se rapproche

excessivement onéreuse pour une partie ».

¹³⁷⁴ É. Savaux, note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, RDC 2011, p. 34.

¹³⁷⁵ S. Le Gac-Pech, comm. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, Juris-Data n° 2010-010742, JCP E 2010, 2108.

¹³⁷⁶ D. Mazeaud, note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, D. 2010 p. 2481, spéc. n° 8.

¹³⁷⁷ É. Savaux, note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *op. cit.*

d'avantage d'une simple lésion, d'autres sanctions permettant le maintien du contrat — telle sa réfaction par le juge — semblent plus appropriées »¹³⁷⁸.

3. *Insuffisance de la justification par l'intérêt commun*

484. Une partie de la doctrine fait relever les solutions en matière d'imprévision d'une application des exigences de l'intérêt commun, ou de l'idée de contrat microcosme où le but commun entre contractants est le centre de gravité du contrat¹³⁷⁹.

Or nous avons pu précédemment évoquer qu'il n'y a souvent point d'intérêt commun, et lors de la conclusion du contrat « seule compte alors la volonté partagée de trouver une utilité individuelle dans la réalisation de la transaction concernée »¹³⁸⁰.

Plus spécifiquement, la situation d'imprévision marque plus clairement la divergence des intérêts en question.

La solution adoptée en matière d'imprévision affecte le sort de l'intérêt que chacune des parties escomptait servir en concluant le contrat. Il est clair que si ce contrat est maintenu, la partie dont l'exécution est rendue extrêmement difficile par le changement de circonstances peut voir son intérêt sacrifié. Au contraire, la renégociation du contrat ou à défaut sa résiliation pourrait sceller le sacrifice de l'intérêt de l'autre partie qui tablait sur la stabilité que lui procure le contrat.

Les intérêts des parties sont ainsi souvent contradictoires, l'un étant favorisé par le maintien tel quel du contrat, l'autre par sa renégociation ou à défaut sa résiliation.

4. *Insuffisance de la bonne foi : imprévision, manifestation autonome de la prise en compte*

485. Le fondement technique concurrent le plus répandu de la théorie de l'imprévision, rendant inutile sa consécration autonome, serait celui de la bonne foi¹³⁸¹.

¹³⁷⁸ A.-S. Choné, note sous Cass. com., 29 juin 2010, LPA 24 déc. 2010, p. 7, spéc. n° 19.

¹³⁷⁹ J. Hauser, *Rapport de synthèse. Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 193, spéc. p. 198 : « Dans les contrats-cadres ou ceux dits de dépendance l'intérêt commun peut aller jusqu'à transformer le contrat jusqu'à le renégocier si c'est nécessaire pour qu'il remplisse le rôle qu'on lui assignait ».

¹³⁸⁰ C. Ménard, *Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste*, *op. cit.*, spéc. p. 663.

¹³⁸¹ Mais certains avancent l'équité aussi comme fondement de celle-ci. V. B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, *op. cit.*, p. 67, spéc. n° 20 ; et Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la*

Nombreux l'invoquent comme fondement à l'obligation de renégocier le contrat en cas d'imprévision¹³⁸², et la jurisprudence les suit souvent, comme nous avons pu le voir ; « [au] nom du devoir de coopération, le principe de la force obligatoire doit alors fléchir, sans rompre pour autant puisqu'il n'est pas question ici de révision judiciaire du contrat, et le contrat doit être renégocié »¹³⁸³. C'est d'ailleurs, le fondement le plus répandu de la théorie de l'imprévision à l'étranger, comme nous avons pu le constater.

La théorie de l'imprévision relèverait de la « fonction adaptative »¹³⁸⁴ de la bonne foi. En effet, « un contractant de bonne foi ne peut pas vouloir sortir des buts assignés au contrat à l'origine et de son équilibre propre pour profiter injustement, lors de l'exécution, de la modification de conditions économiques extérieures au contrat et qui ne sont en rien imputables à la conduite de l'autre partie »¹³⁸⁵.

Mais qu'en est-il de ce fondement ?

D'abord, « la bonne foi est trop vague pour fournir un encadrement à la révision du contrat »¹³⁸⁶.

Ensuite la principale objection que l'on peut faire au fondement de la bonne foi, est que cette dernière semble être – et particulièrement dans l'hypothèse du changement de circonstances bouleversant l'économie du contrat – comme un fondement par défaut, le moyen technique de tenir compte du changement de circonstances, en l'absence de reconnaissance de la théorie de l'imprévision. Elle est en effet présentée comme la « voie royale pour résoudre correctement l'irritante lacune née du rejet, par la jurisprudence, de la théorie de l'imprévision »¹³⁸⁷. Comme

théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, op. cit., n° 132.

¹³⁸² V. par ex. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préface G. Couturier, LGDJ, Paris, 1989, n° 176 s., pp. 199 s., qui propose sur le fondement de l'article 1134 al. 3 une obligation pour le créancier de renégociation dans certaines conditions pourtant, sans sacrifier ses propres intérêts.

¹³⁸³ D. Mazeaud, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 295, spéc. n° 33.

¹³⁸⁴ P. Accaoui Lorfing, *La renégociation contractuellement imprévue*, RDAI 2010, p. 38.

¹³⁸⁵ *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat. Rapport général*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiana 1992, Litec, Paris, 1994, p. 217, spéc. p. 226.

¹³⁸⁶ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, n° 828, p. 555. Dans le même sens, V. *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007, accessible sur le site de la Cour de cassation, spéc. n° 45 : « S'en remettre à la simple application du principe de bonne foi ne serait pas suffisant car il est nécessaire que soit organisé par la loi le champ de l'imprévision de façon à mieux assurer la sécurité juridique ».

¹³⁸⁷ A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, spéc. n° 55.

la cause, « [ces] deux figures traditionnelles du droit des obligations sont ainsi utilisées afin de pallier l'absence de reconnaissance d'une révision judiciaire du contrat pour imprévision »¹³⁸⁸, et « [il] n'est cependant pas exclu que, las d'attendre une loi qui leur accorde le pouvoir d'ordonner la renégociation, les juges se l'attribuent eux-mêmes, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3 »¹³⁸⁹.

Nous retrouvons ici, l'objection générale liée à l'hypertrophie de la notion de bonne foi, à cette notion devenue une sorte de catégorie fourre-tout, sur laquelle nous nous étions arrêtés longuement dans la première partie de notre travail¹³⁹⁰.

L'obligation de renégociation devrait donc être consacrée indépendamment de la notion de bonne foi, et se présente comme une manifestation autonome de la prise en compte.

486. Ainsi, l'obligation de renégociation et la révision du contrat pour imprévision sont indépendantes de la sanction d'un des éléments du contrat, à savoir, la volonté implicite des parties ou la sanction de la cause. Elles sont en lien étroit avec le rapport entre contractants, et sanctionnent l'indifférence au sort du partenaire contractuel, lors de la survenance d'une difficulté qui lui est étrangère. La prise en compte s'y manifeste donc bel et bien.

La particularité de cette dernière a été établie par rapport aux exigences de l'intérêt commun, ainsi que par rapport à la bonne foi, cette dernière preuve permettant d'y voir une manifestation autonome de la prise en compte.

Poursuivons la vérification de l'attachement de cette prise en compte à sa théorie pure, par l'examen de sa finalité.

B. Finalité de la prise en compte

487. Dans quel objectif l'impassibilité d'une partie au regard de la situation du partenaire contractuel, devant le bouleversement de l'économie du contrat, serait-elle sanctionnée ? Si elle peut être expliquée par une finalité économique, elle comporte également et nécessairement une dimension morale altruiste.

Ces objectifs ont une action différente sur le principe de la force obligatoire¹³⁹¹. Le premier, la lecture économique de l'introduction de la théorie de

¹³⁸⁸ T. Titone, F. Coulon, et M. Dary, *Circonstances économiques et déséquilibre contractuel*, JCP E 2011, 1435, spéc, n° 30.

¹³⁸⁹ É. Savaux, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français*, RDC 2010, p. 1057.

l'imprévision favoriserait la force obligatoire du contrat parce qu'elle favoriserait l'efficacité du contrat et permettrait aux parties d'en retirer toute l'utilité escomptée. Par contre, la deuxième lecture, la lecture, morale, participe certes d'un recul du principe de force obligatoire, de sa rigidité, au profit des valeurs de solidarité et d'empathie qui seraient introduites dans le rapport contractuel.

Examinons la part de chacune des finalités économique (1), puis morale (2), dans la solution.

1. Finalité économique dans le prolongement de la force obligatoire

488. Deux arguments à finalité économique invitent à ne pas rester impassible devant la situation du cocontractant, sanctionnant une obligation de renégociation du contrat, ou même en ouvrant la possibilité de réviser celui-ci.

D'abord, la théorie de l'imprévision contribuerait à assurer une plus grande efficacité au contrat (a). Ensuite, l'incitation à la prise en compte peut être analysée dans le sens du renforcement de l'égoïsme du contractant intervenant (b).

Ces d'arguments vont dans le sens du principe de force obligatoire du contrat, puisque la révision du contrat en cas de changement de circonstances, permet au contrat de délivrer toute l'utilité escomptée par les parties.

a. L'efficacité du contrat

489. L'efficacité du contrat semble être servie par la révision du contrat pour imprévision au regard de trois éléments : la flexibilité nécessaire du contrat, le raisonnement sur les coûts de transaction, et enfin le maintien de l'utilité du contrat pour chacune des parties.

490. D'abord, nous avons vu que la flexibilité du contrat par sa renégociation ou sa révision, était souvent – dans le contexte actuel où l'instabilité est généralisée – gage de la meilleure réalisation du but contractuel, et donc en définitive, gage de la pérennité et de l'efficacité du contrat. Il faut garder à l'esprit que « [le] souci de

¹³⁹⁰ V. *supra* n^{os} 114 s. Contra A. Sériaux, *Droit des obligations, op. cit.*, n^o 55, p. 229.

¹³⁹¹ Dans ce sens, M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, RDC 2010, p. 383 : « À quel courant rapporter cette technique de la révision pour imprévision ? Pour les uns, la justice contractuelle invite à lutter contre les excès et à consacrer une telle institution. Pour les autres, plus respectueux de la volonté des parties, la volonté n'a pu se manifester sur un événement qui était raisonnablement imprévu. Ce serait, en ce sens, respecter la force obligatoire et la prévisibilité des

perfectionnement du droit des contrats est (...) inhérent à la nature même du contrat en tant qu'instrument juridique de la satisfaction des besoins socio-économiques. En tant que tel, le contrat se doit d'évoluer en qualité avec ses besoins afin de leur conférer un maximum de sécurité juridique »¹³⁹². Or, « la sécurité des transactions ne peut qu'être au service du maintien de ces prévisions. Or, leur stabilité n'est point assurée par la fixité de la lettre du contrat mais par son adaptation à l'évolution du contexte »¹³⁹³. En effet, lorsque le contrat perd son utilité pour l'une des parties, ou lorsque son exécution – sans être impossible – devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles menaçant de la mener à la ruine, le contrat risque alors de ne plus délivrer ses objectifs pour lesquels il a été conclu¹³⁹⁴. La ruine du contractant à cause du maintien du contrat sans adaptation, alors qu'un profond bouleversement de son économie est avéré, peut en pratique mener à « l'échec » du contrat. Or, « un bon contrat est un contrat raisonnablement équilibré dont l'exécution légitimement attendue doit pouvoir être obtenue en dépit des vicissitudes de sa formation ou de son exécution »¹³⁹⁵. La « perspective (est celle) d'une plus grande efficacité du contrat dont l'exécution recherchée est inconciliable, (...) avec les déséquilibres contractuels excessifs intervenus *ab initio* ou survenus *a posteriori* »¹³⁹⁶.

Ainsi la prise en compte du risque de voir une des parties au contrat menée à la ruine par le bouleversement de l'économie du contrat peut ne pas être dotée d'une

parties que d'admettre la révision du contrat en cas d'imprévision ».

¹³⁹² F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, RDAI 1999, p. 737, spéc. p. 770.

¹³⁹³ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, *op. cit.*, n° 63.

¹³⁹⁴ Cette finalité ressort d'ailleurs de la lecture qu'offrent certains auteurs de la bonne foi lorsqu'elle est parfois avancée comme le fondement de la théorie de l'imprévision, comme nous l'avons vu. La bonne foi « imposerait ainsi au créancier de se comporter de manière diligente afin de préserver la pérennité d'un contrat utile économiquement pour l'autre partie et de permettre à son cocontractant, qui est dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations dans les conditions initialement convenues, d'en retirer une contrepartie correspondant à l'équilibre initial de la convention » (T. Titone, F. Coulon, et M. Dary, *Circonstances économiques et déséquilibre contractuel*, *op. cit.*, spéc. n° 17). L'accent est mis sur l'utilité du contrat qu'est en droit d'attendre chacun des contractants. Cette lecture de la bonne foi ne contredit pas l'analyse par la volonté des parties, cette dernière étant axée sur le contrat instrument d'échange économique, permettant à chaque partie de retirer l'utilité qu'elle convoite.

¹³⁹⁵ D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4, spéc. p. 8.

¹³⁹⁶ *Ibid.*.

connotation morale – de sensibilité au malheur d’autrui – mais simplement dirigée dans le sens du maintien du contrat et de sa plus grande efficacité¹³⁹⁷.

491. Ensuite, la révision du contrat semble être sollicitée au regard d’un raisonnement sur les coûts liés au contrat. En effet, « [pour] les économistes, le contrat est avant tout un ensemble d’engagements réciproques entre deux parties destinées à leur permettre d’économiser sur les “coûts de transaction” »¹³⁹⁸, et « les contrats de long terme sont des moyens institutionnels pour protéger les investissements spécifiques à la transaction »¹³⁹⁹. Ainsi le plaidoyer en faveur de la révision le contrat procède du constat que « l’économie des coûts de transaction suppose que les agents économiques cherchent avant tout à poursuivre leurs propres intérêts (ils sont supposés “opportunistes”). De plus, ils le font dans un environnement informationnel largement imparfait. Il est impossible pour des parties, sauf à un coût prohibitif, de prévoir dans le contrat qui les relie toutes les contingences futures et donc de préciser toutes leurs obligations pour chacun de ces états futurs »¹⁴⁰⁰. Le sort du contrat en cas de changement de circonstances, ne peut donc pas être étranger à un raisonnement sur les coûts, ce qui semble, à ce second titre, répondre aussi à un raisonnement économique¹⁴⁰¹.

492. Enfin, le maintien de l’utilité du contrat est aussi un objectif au regard de l’analyse économique du droit et du maintien de l’instrument contractuel. Nous avons à plusieurs reprises dans notre travail évoqué que s’il n’en est pas l’unique facette, le contrat demeure essentiellement un outil économique, le support de l’échange.

¹³⁹⁷ C’est ce que traduit la définition donnée au devoir de loyauté « entendu, non pas comme une vertu de charité générale, mais comme le devoir de permettre au contrat de produire son effet utile », L. Aynès, *L’imprévision en droit privé*, RJ com. 2005, p. 397, spéc., p. 404.

¹³⁹⁸ E. Brousseau, *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique*, LPA 19 mai 2005, p. 43, spéc. p. 44.

¹³⁹⁹ B. Deffains et S. Ferey, relevant l’avis du prix Nobel d’économie Oliver Williamson, in *Pour une théorie économique de l’imprévision en droit des contrats*, RTD civ. 2010, p. 719.

¹⁴⁰⁰ B. Deffains et S. Ferey, *Pour une théorie économique de l’imprévision en droit des contrats*, *op. cit.*

¹⁴⁰¹ V. par ex. E. Brousseau, *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique*, *op. cit.*, spéc. p. 44 : « Les obligations souscrits *ex-ante* peuvent donc les conduire à adopter des comportements qui ne sont pas les meilleurs possibles *ex-post*, ce qui génère des coûts dits de “maladaptation” auxquels peuvent s’ajouter des coûts liés aux renégociations et conflits qui s’en suivent. Cela plaide en faveur d’une certaine flexibilité permettant aux parties de revenir à leurs obligations afin de s’adapter à la situation ».

D’ailleurs la jurisprudence n’est pas étrangère à ce raisonnement et « il semble que certains arrêts de la Cour de cassation paraissent sous-entendre que l’imprévision est admissible afin de maintenir une certaine utilité au contrat et notamment lorsque le contrat est le lieu d’une relation de domination économique d’une partie sur une autre »¹⁴⁰². Nous reviendrons à cet élément de « domination économique » un peu plus tard. Mais contentons-nous à ce stade d’affirmer que la théorie de l’imprévision permet de maintenir l’utilité au contrat pour chaque partie, objectif économique de première importance. Ici aussi on constate l’imbrication de la morale et de l’économique. En effet « [refuser] de renégocier un contrat devenu déséquilibré n’est pas seulement faire preuve d’incivilité, c’est aussi priver son cocontractant de l’utilité économique attendue de l’exécution, celui-ci ne pouvant plus, par exemple, pratiquer des prix concurrentiels (...) [la] déloyauté n’est pas un acte purement moral, elle cause directement (et c’est bien là l’essentiel) une perte financière »¹⁴⁰³ au cocontractant. Par contre, « autoriser sa révision, c’est rendre tolérable son exécution ; ce qui est à la fois servir la sécurité et rendre justice »¹⁴⁰⁴.

En définitive, « cette obligation de renégociation est essentielle pour l’efficacité économique du contrat, sa stabilité et le maintien d’un dialogue entre les contractants en vue de réaliser le but du contrat. Cette obligation peut par ailleurs faire l’objet d’une exécution forcée comme l’ont illustré les juridictions françaises »¹⁴⁰⁵. La révision s’avère utile donc dans une perspective économique.

b. Le service de l’intérêt propre et égoïste

493. La solution en matière d’imprévision est consubstantiellement liée à celle de la mise en relation des intérêts en jeu dans le contrat, intérêts souvent contradictoires des deux parties, l’une étant favorisée par le maintien du contrat sans modification, l’autre par sa renégociation ou à défaut sa résiliation.

¹⁴⁰² B. Deffains et S. Ferey, *Pour une théorie économique de l’imprévision en droit des contrats*, op. cit.. V. aussi, C. Gavoty et O Edwards, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, LPA 28 juin 2004, p. 18 : « Les arrêts Huard, Expovit et Chevassus procèdent de la même veine. Une partie ne saurait se contenter d’appliquer passivement les stipulations d’un contrat ; elle se doit en outre de prendre des “mesures concrètes” afin de permettre à son cocontractant, que l’évolution des circonstances économiques a défavorisé, de garder une cause au lien contractuel. La bonne foi et la loyauté le commandent » (Nous soulignons).

¹⁴⁰³ J.-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 99, spéc. p. 116.

¹⁴⁰⁴ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, t. 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n° 1421.

¹⁴⁰⁵ D. Philippe, *Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale*, RDC, 1 juillet 2011, p. 963.

Or il se peut que la prise en compte de l'intérêt du partenaire, intervienne au final, au service de l'intérêt propre et égoïste.

En effet, le seuil du bouleversement de l'économie du contrat pris en compte pour introduire une obligation de renégociation du contrat – nous y reviendrons – est souvent celui qui affecte profondément la situation du débiteur et rend l'exécution extrêmement onéreuse pour lui, risquant souvent de le mener à la ruine.

Ainsi, ne pas rester impassible devant cette situation, irait, dans une certaine analyse, dans le sens de l'intérêt personnel de l'intervenant créancier, et relèverait plus de l'acte égoïste que d'un acte altruiste ; en « aidant son débiteur à retirer du contrat toute l'utilité qu'il en avait espérée, le créancier ne fait qu'accroître la solvabilité de son débiteur. On peut donc dire qu'il est de l'intérêt même du créancier de moraliser ses relations avec son débiteur »¹⁴⁰⁶. C'est donc dans cette lecture, dans son intérêt propre qu'on intervient en fin de compte, et non au service de celui du partenaire.

Ceci revient en quelque sorte à rationaliser son comportement : perdre un peu pour ne pas tout perdre. La ruine du cocontractant emporterait en pratique l'impossibilité pour lui d'exécuter son contrat et donc l'impossibilité pour le cocontractant d'en retirer l'utilité escomptée ; « on voit bien que ce n'est pas pour l'autre qu'on y consentira mais dans son intérêt propre. S'agit-il d'autre chose que de rationaliser l'égoïsme, d'empêcher qu'il se détruise lui-même, comme le néolibéralisme empêche la liberté de s'auto-détruire »¹⁴⁰⁷.

Parallèlement, il a pu être estimé que « [le] droit administratif, quand il a admis l'imprévision (...) n'a rien fait d'autre que d'exprimer l'égoïsme du service public, ne pas vouloir la disparition du concessionnaire parce que c'est dans l'intérêt du concédant »¹⁴⁰⁸.

D'ailleurs, dans l'affaire des émissions de gaz à effet de serre, la Cour d'appel de Nancy¹⁴⁰⁹ opère dans sa motivation, un raisonnement sur les intérêts des parties en affirmant « [qu]'il ne serait évidemment pas dans l'intérêt de la SNC Socoma (le fournisseur) de voir réduire la part de marché détenue par la SAS Novacarb (le

¹⁴⁰⁶ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 148.

¹⁴⁰⁷ J. Hauser, *Rapport de synthèse. Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 193, spéc. p. 197.

¹⁴⁰⁸ J. Hauser, *Rapport de synthèse. Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, op. cit., spéc. p. 197.

fourni) ». Et un auteur, dénonçant pourtant le paternalisme et l’immixtion des juges en la matière, relève que « [le] vocabulaire des intérêts renvoie à l’analyse économique du droit et aux motivations des cocontractants. Ainsi, le défendeur devrait *consentir à la révision du contrat et à la consolidation de la part de marché de son cocontractant parce que cela servirait ses propres intérêts*. En quelque sorte, *son intérêt immédiat, favorable à la stabilité du contrat, irait à l’encontre de son intérêt à long terme* »¹⁴¹⁰.

Mais ces considérations semblent insuffisantes. En effet, en présence de deux intérêts contradictoires, et dans le choix à opérer en faveur du comportement le plus rationnel économiquement, soutenir que le juge incite une partie à la prise en compte ponctuelle de l’intérêt de l’autre partie, parce qu’à long terme ceci serait plus bénéfique pour ses propres intérêts, serait bel et bien placer celui-ci de manière exagérée comme le défenseur des intérêts des parties. Ceci est excessif, et il serait plus cohérent de soutenir que, si le juge intervient pour inciter une partie à prendre en compte les intérêts de l’autre dans le cas d’un changement de circonstances, c’est bel et bien dans le but de former le comportement des parties au contrat dans le sens de certaines valeurs telles la solidarité et l’altruisme.

Ainsi, la prise en compte manifestée dans la théorie de l’imprévision, même si elle n’est pas économiquement indifférente comme nous avons pu le voir, relève essentiellement d’une dynamique morale altruiste.

C’est ce que nous verrons maintenant.

2. Finalité morale et recul de la force obligatoire

494. La théorie de l’imprévision ou, *a minima*, l’introduction d’une obligation de renégocier le contrat dont l’économie a été profondément bouleversée, apparaissent comme des moyens favorisant la dynamique d’intervention au profit du cocontractant malheureux, dont la situation a été profondément affectée par ce bouleversement¹⁴¹¹. Elle se présente comme une exigence morale altruiste de ne pas rester indifférent au sort d’autrui.

¹⁴⁰⁹ V. supra n^{os} 475 s.

¹⁴¹⁰ O. Cachard, *L’ombre de la révision judiciaire du contrat*, Rev. Lamy dr. civ. mai 2008, 49, spéc. n^o 18. (Nous soulignons).

¹⁴¹¹ V. sur ce point, G. Robin, *Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux*, art. préc., spéc. p. 702 : « La prise en compte des intérêts d’autrui intervient aux différents stades de la vie du contrat (...). Lors de l’exécution du contrat, les tribunaux appliqueront le principe de la bonne foi en

Elle est plus spécifiquement une exigence de solidarité à l'égard du partenaire contractuel d'une part (a), et de la société toute entière d'autre part (b).

a. Exigence de solidarité à l'égard du partenaire contractuel

495. La solidarité se manifeste tout d'abord à l'égard de l'autre partie.

496. Dans une « conception humaniste du droit des contrats »¹⁴¹², lorsque l'intérêt du cocontractant matérialisé par l'utilité qu'il escomptait retirer du contrat paraît menacée par le changement de circonstances, ou surtout lorsque celui-ci risque la ruine, c'est-à-dire l'exclusion du marché, la force obligatoire du contrat doit fléchir. Celle-ci « perd de sa légitimité lorsque son application mécanique conduit un des contractants au désastre économique ou à la détresse sociale ; l'esprit de solidarité, (...), exige alors la renégociation de l'accord »¹⁴¹³.

Alain Sériaux fait expressément relever l'obligation de renégocier le contrat, du domaine de la grâce¹⁴¹⁴.

Philippe Stoffel-Munck affirme lui, que « le souci actuel d'humanité incite à soutenir celui qui malgré ses mérites n'a pas connu le succès espéré. *A fortiori*, si malgré ses efforts il est menacé du désastre par le seul effet de la fatalité, le droit doit fléchir sa rigueur pour lui venir en aide »¹⁴¹⁵. Dans son opinion nous voyons que

tant que remède à tout déséquilibre contractuel susceptible d'apparaître notamment du fait d'un changement de circonstances (...) le juge imposera au contractant dominant la renégociation d'un contrat initialement équilibré, mais dont l'exécution serait devenue excessivement rigoureuse et injuste pour le contractant dépendant ».

¹⁴¹² D. Mazeaud, obs. sous Cass. Com, 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277, Defrénois 1999, p. 371.

¹⁴¹³ *Ibid.* Dans le même sens Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit, n° 137 : « Si le créancier épuise son droit il cause un grave préjudice à son débiteur ».

¹⁴¹⁴ V. *Avant-propos*, in *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit. : « La justice contractuelle exige que, sauf force majeure, le contrat soit exécuté ; seul un principe d'amitié ou de solidarité – dépassement de la stricte justice – entre les cocontractants peut conduire à remanier l'équilibre originnaire des prestations pour ne pas accabler celle des parties qui s'est montrée imprévoyante. Mais alors nous quittons le domaine du droit pour entrer dans celui de la grâce (...). Toutefois, (...) la justice est une chose, la charité en est une autre ». Mais, il se demande quant au créancier, « serait-il déloyal de sa part de poursuivre le débiteur en paiement de ce qui lui est dû, même si ce débitum, est beaucoup plus important que ce qu'il fournit lui-même en contrepartie ? Oui, si l'on soutient que la loyauté confine à l'amitié. Non, si l'on y voit seulement un devoir de respecter simplement ce qui a été convenu » (*eod. loc.*). Pour lui donc, le fondement de la loyauté devrait être entendu dans le sens d'amitié, pour pouvoir contenir une obligation de renégocier le contrat, ou au moins de tenir compte de la situation du cocontractant victime du changement de circonstances.

¹⁴¹⁵ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 75.

l'introduction de la théorie de l'imprévision dans ce sens s'éloigne d'un raisonnement opéré en termes de responsabilité, et relève plus d'une « conception charitable de la justice »¹⁴¹⁶. Le créancier doit tenir compte de la situation de son débiteur non parce qu'il a contribué à la produire. À son tour, le débiteur voit sa situation prise en compte non pas parce qu'il le mérite. L'auteur affirme que « ce qui est demandé au créancier c'est « une certaine retenue (...) faire des concessions à son partenaire. Si celui-ci se trouve temporairement empêché, il doit pouvoir attendre. Si celui-ci rencontre des difficultés, il doit pouvoir l'aider. Dans cette optique, quasi fraternelle, le créancier doit “se dépenser au profit de son cocontractant” (A. Sériaux, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 55) »¹⁴¹⁷.

Justement, si la logique de la responsabilité est écartée, c'est la prise en compte altruiste de la situation et de l'intérêt du partenaire, qui fonde ce dépassement de la rigidité du contrat. Seule la solidarité, telle que nous l'avons définie comme composante de la fraternité, explique une telle solution.

497. D'ailleurs certaines opinions font relever ce degré de moralité de la notion de bonne foi¹⁴¹⁸ comme nous l'avons évoqué. D'autres considèrent que la bonne foi n'est pas suffisante à fonder un tel degré de moralité¹⁴¹⁹, sauf à considérer qu'elle renferme une dimension de solidarité¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁶ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, op. cit.*, n° 139-140.

¹⁴¹⁷ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, op. cit.*, n° 149-150. Il poursuit, en considérant que la théorie de l'imprévision relève d'un « devoir positif d'ordre moral : celui de soulager la douleur de son cocontractant, celui de l'aider dans les difficultés d'exécution. (...) Tout contrat ne peut devenir société. Pourtant on ne peut que se réjouir si le législateur et le juge imposent un peu plus de coopération, d'amitié au sens aristotélicien du terme, au sein des contrats, Cela peut aussi bien contribuer à l'efficacité de l'accord qu'à sa moralité » (*eod. loc.* n° 147)

¹⁴¹⁸ Le fondement de la bonne foi, lorsqu'il est retenu, l'est le plus souvent, dans une dimension morale, sensible aux idées de justice contractuelle, mais surtout de tempérance et de solidarité à l'égard du partenaire contractuel. V. par ex. M. Planiol, G. Ripert, P.-E. Esmein, *Traité pratique de droit civil français, t. 6, Obligations*, LGDJ, Paris, 1930, p. 554 : « si la bonne foi oblige à ne pas tromper son contractant, elle oblige également à ne pas s'enrichir de ses dépouilles, si des circonstances imprévues font du contrat toute autre chose que ce qu'avaient envisagé les parties », et Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, op. cit.*, n° 164 : « L'exigence de bonne foi vient alors tempérer la rigueur de la règle de droit, et impose au créancier de chercher les solutions envisageables pour soustraire son partenaire au malheur qui l'a frappé », et O. Renard-Payen, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, JCP E 2004, p. 737 : « serait de mauvaise foi la partie qui n'accepte pas la révision du contrat alors que des circonstances extérieures impossibles à prévoir lors de sa formation sont sur le point de ruiner l'autre partie ».

¹⁴¹⁹ Dans ce sens Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, op. cit.*, n° 161 : « on ne saurait tirer de la bonne

Il serait plus exact de voir dans l'obligation de renégociation un support autonome de la prise en compte, mais le fondement de la bonne foi lorsqu'il est retenu, ne serait qu'une tentative d'élargissement du domaine de l'exigence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant dans cette perspective morale.

Toujours est-il que l'important est que ce débat permet de discerner la différence entre deux degrés de moralité, la loyauté d'une part, la solidarité de l'autre, puisque seule une analyse en termes de solidarité peut expliquer la prise en compte de l'intérêt du cocontractant en cas d'imprévision. « La jurisprudence conçoit à juste titre qu'en présence de telles circonstances, seule la solidarité contractuelle pourra permettre aux parties de faire face aux difficultés rencontrées »¹⁴²¹.

498. La théorie de l'imprévision est même parfois avancée dans une lecture de socialisation des risques. Pour M. Jamin la révision du contrat doit avoir un sens économiquement, et l'imputation du coût de la modification des circonstances doit se faire à la partie qui en a les moyens¹⁴²². Nous retrouvons la fameuse affirmation de Demogue : « le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même (...) le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine »¹⁴²³. Il nous faut rapprocher ce raisonnement de celui d'imputation de la charge du risque en cas de changement de circonstances¹⁴²⁴. M. Mekki, par exemple, relève très clairement que la « révision des

foi une obligation de soulager les maux que le hasard a infligés à son cocontractant en accroissant démesurément le coût de sa prestation. L'imprévision reste au seuil de la porte. Seules des considérations d'ordre morales peuvent permettre de franchir le pas. (...) Ceci constituerait "la plus haute manifestation de la solidarité contractuelle" (A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961, p. 535) ».

¹⁴²⁰ V. Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 129 : seul « un sentiment de solidarité que pourrait recouvrir l'idée de bonne foi peut être invoquée pour corriger de telles situations ».

¹⁴²¹ F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, RDAI 1999, p. 737, spéc. p. 770.

¹⁴²² C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, Dr. et patr. mars 1998, p. 46, spéc. pp. 55 et 56 : « la révision devrait pouvoir (...) être admise et imposée à celle des parties qui en a les moyens, dès lors que l'autre est susceptible d'être exclue du rapport contractuel (...) L'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil devrait ainsi primer son alinéa 1^{er}, lorsque l'exécution du contrat est susceptible de ruiner l'une des parties, alors que l'autre a les moyens de permettre la continuation de leurs relations contractuelles ».

¹⁴²³ R. Demogue, *Des modifications aux contrat par volonté unilatérale*, RTD civ. 1907, p. 245 et s., spéc. p. 246.

¹⁴²⁴ V. par ex. L. Aynès, *L'imprévision en droit privé*, RJ com. 2005, p. 397, spéc., p. 399 et s ; D. Tallon, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, in Mélanges Alain Sayag, Litec, Paris, 1997, p. 403, spéc. p. 407 ; C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, op. cit., spéc. p. 57 : en la matière, « la question de la répartition des risques du contrat en cours d'exécution est la plus

contrats pour imprévision s'intègre à une question plus générale : qui doit supporter les risques inhérents à toute opération contractuelle ? (...) Le mécanisme de révision pour imprévision révèle ainsi une convergence entre les pays et les codifications : l'acception du contrat comme lieu d'attribution des risques »¹⁴²⁵.

499. Ce choix du législateur ou du juge, demeure ainsi, au fond, opéré au service de certaines valeurs morales relationnelles, et non seulement individuelles, qui devraient pénétrer le contrat, et forger une certaine qualité de comportement des contractants. Le devoir de ne pas rester indifférent au sort du cocontractant en cas de changement de circonstances, fait ainsi son chemin¹⁴²⁶.

Ainsi la prise en compte qui se manifeste dans l'obligation de renégociation du contrat et dans la théorie de l'imprévision, comporte une dimension morale altruiste certaine.

L'obligation de renégociation et la théorie de l'imprévision ont également pu se présenter, dans un deuxième temps, comme manifestations d'une exigence de solidarité à l'égard de la société.

b. Exigence de solidarité à l'égard de la communauté humaine

500. Un dernier objectif pour l'entrée en jeu de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant en cas de changement de circonstances, apparaît dans la solidarité-intérêt général, révélée par l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 26 septembre 2007¹⁴²⁷. Cette solution est particulière puisqu'elle a mis en jeu une nouvelle dimension de la solidarité, exercée dans une hypothèse où des profits supplémentaires

importante » ; et Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 138 : « Le contrat s'y résume à la réalisation d'une opération normalement fructueuse pour les deux parties, au sein de laquelle elles se sont partagées les risques et les avantages ». D'ailleurs, l'article 6-111 des Principes du droit européen du contrat dispose de l'adaptation du contrat « de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances ».

¹⁴²⁵ *Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. p. 1257, n° 11.

¹⁴²⁶ D'ailleurs, il a été relevé, à juste titre, que « le juge administratif admet aujourd'hui que l'indemnité d'imprévision peut-être accordée au cocontractant de l'administration, alors même que le contrat a pris fin. D'où l'idée que l'admission de la révision judiciaire pour imprévision ne repose plus, en tout cas plus exclusivement, "sur la continuité du service public, mais aussi sur le droit du contractant à un certain équilibre financier" (H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile (GAJ civ.)*, t. II, Dalloz 2000, n° 471) » (D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4, spéc. p. 19).

¹⁴²⁷ V. supra n°s 475 s.

ont été engendrés par le changement de circonstances, et non une situation de crise où des pertes ont été enregistrées. Elle témoigne que « l'atteinte à la force obligatoire des conventions (...) pourrait se justifier pour des considérations d'intérêt général »¹⁴²⁸, et pourrait ainsi ouvrir la porte à des solutions similaires.

La Cour, pour dégager une obligation de renégociation du contrat sur le fondement de l'exécution de bonne foi du contrat, relève « (...) que, par sa spécificité, la convention de fourniture litigieuse inclut une obligation de coopération loyale et de solidarité qui n'interdit pas de tenir compte des efforts de chaque entreprise dans la réduction des émissions de gaz nocifs pour répartir entre elles les profits tirés des ventes de quotas ; (...) Que la doctrine a, d'ailleurs, donné à l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi une dimension nouvelle en considérant qu' "au-delà des intérêts particuliers de chacun, une recherche de l'intérêt commun (voire du bien commun) doit animer les cocontractants" et que "l'éthique individualiste doit céder partiellement le pas à une justice contractuelle faite de solidarité (...)» ».

501. Nous retrouvons dans cette solution, une première confusion entre raisonnement basé sur la solidarité et celui basé sur le mérite – c'est-à-dire ici l'effort commun fourni pour engendrer ces profits - justifiant le partage des bénéfices supplémentaires engendrés par le changement de circonstances.

502. Nous retrouvons, dans cette motivation, une seconde confusion, celle entre intérêt commun et solidarité. En ce sens, la motivation de la Cour se rapprocherait fortement des idées du solidarisme contractuel¹⁴²⁹. La solidarité

¹⁴²⁸ F. Le Fichant, *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, *op. cit.*, spéc. p. 28.

¹⁴²⁹ Les tenants du solidarisme contractuel font relever cette solution de cette théorie, « dont l'application conduirait ici le contractant qui tire seul profit d'un changement de circonstances, alors que les bénéfices qu'il réalise procèdent d'efforts concertés et communs entre les contractants, à prendre en considération les intérêts légitimes de son partenaire et à réécrire la loi du contrat de façon à ce que chaque contractant puisse profiter, dans une mesure qui reste à déterminer, des richesses nouvelles engendrées par l'exécution du contrat » (D. Mazeaud, note sous CA Nancy Juris-Data n° 2007-350306, RDC 2008, p. 738). V. aussi en ce sens : M. Boutonnet, note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, D. 2008, p. 1120 : « selon ce courant doctrinal, face à une autonomie de la volonté susceptible d'être néfaste pour les contractants les plus faibles, il est nécessaire que chaque contractant se soucie des intérêts de son partenaire. A côté de la vision volontariste et libérale du droit des contrats doit prendre place un droit aux valeurs d' "altruisme", et en vertu duquel la bonne foi doit animer la conclusion et l'exécution du contrat. La doctrine solidariste tente de concilier des principes apparemment opposés, à savoir sécurité et justice contractuelle, liberté et égalité contractuelle, force

résulterait ici de la contribution des deux parties à la réalisation d'un objectif commun – particulier puisque différent de celui de l'opération contractuelle – entendu comme celui de protection de l'environnement. Or l'intérêt commun et très différent de d'intérêt général, mais la Cour semble faire la confusion entre les deux.

Or, nous ne pouvons partager cette analyse.

Dans cette affaire, la solidarité est bel et bien le fondement de la solution, mais elle ne résulte pas de l'effort commun entrepris au service d'un objectif commun.

Elle est le résultat de l'incitation au dépassement de l'intérêt immédiat et égoïste du cocontractant, pour l'intérêt de la société entière et même de la communauté humaine¹⁴³⁰, parce que la protection de l'environnement « a objectivement une place de choix, puisque sa considération ne peut pas être strictement individualiste »¹⁴³¹. Ainsi, d'une « solidarité ouverte vers les intérêts de l'autre au contrat, le juge passe à une solidarité tournée vers les intérêts des autres au contrat, des tiers, de l'ensemble de la société, de l'environnement »¹⁴³².

Ceci conforte l'idée que « certains contrats de droit privé présentent pour l'intérêt général une importance aussi considérable que certains services publics »¹⁴³³. Dans ce sens, la séparation quant à la solution en matière d'imprévision entre droit administratif et droit privé paraît quelque part exagérée¹⁴³⁴. En effet, « [la] doctrine classique a expliqué ce particularisme (du droit administratif) en considérant

obligatoire et équilibre contractuel, ce qui permettrait justement de consacrer la révision judiciaire du contrat ».

¹⁴³⁰ D'ailleurs rappelons ici une partie de la motivation de la Cour d'appel de Nancy : « Qu'au-delà d'une atteinte inéquitable aux intérêts particuliers de la SAS Novacarb, qui pourrait déjà justifier une renégociation de la convention (...), l'économie du contrat litigieux et la pratique concertée des parties ont aussi pour finalité de réduire les émissions de gaz polluants, ce qui profite évidemment à l'intérêt général, non seulement au plan national mais surtout au niveau planétaire, du moins en l'état actuel des connaissances scientifiques majoritairement approuvées ».

¹⁴³¹ F. Le Fichant, *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, Actes prat. ing. sociétaire 2011, n° 116, dossier 7, spéc. p. 29. Quant à l'intérêt général environnemental, un arrêt de la deuxième chambre civile du 2 décembre 2009 (Cass. civ. 2^e, 2 déc. 2009, n° 08-16.563, Juris-Data n° 2009-050589) est aussi à relever. Il met à la charge du dernier exploitant et non du vendeur, l'obligation de dépolluer un site, en relevant « que cette obligation légale de remise en état n'a pas seulement pour objet la protection de l'acquéreur mais un intérêt collectif touchant à la protection générale de l'environnement ».

¹⁴³² M. Boutonnet, note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, *op. cit.*

¹⁴³³ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, *op. cit.*, n° 15.

¹⁴³⁴ V. dans ce sens aussi, M. Lamoureux, note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, JCP G 2008, II, 10091 ; S. Carval, note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, Juris-Data n° 2007-350306, RDC 2008, p. 759, S. Amrani-mekki et B. Fauvarque-Cosson, D. 2007, pan. Droit des contrats, p. 2966 ; et D. Tallon, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, *op. cit.*, spéc. p. 404.

que dans ce type de convention les deux parties n'avaient point des intérêts antagonistes mais devaient au contraire concourir à la réalisation de l'intérêt général »¹⁴³⁵.

503. C'est donc dans l'intérêt de la société, que la renégociation du contrat est introduite, avec la répartition des profits que le changement de circonstances a généré dans un sens qui incite les deux parties à s'impliquer pour la réduction de l'émission des gaz à effet de serre.

Une analyse économique de la solution de la Cour d'appel de Nancy, exposée par deux auteurs¹⁴³⁶, est très originale et utile à ce titre. En effet ils relèvent que « [comme] c'est le fournisseur qui détermine en dernière instance - par le biais de ses demandes - le niveau d'émissions de CO₂, il est économiquement rationnel de modifier le contrat afin de construire des incitations propres à amener un comportement efficace de sa part ». En d'autres termes, les auteurs relèvent que même si en pratique c'est le fournisseur qui a supporté le coût des investissements nécessaires à la modification de la technique de production d'énergie, c'est du comportement du fournisseur – demandeur – que dépend le niveau d'émission des gaz. Pour cette raison de fait, et pour favoriser l'intérêt général, intérêt premier pour le juge en la matière, ce dernier établit un choix rationnel entre les deux intérêts individuels – et contradictoires – en jeu¹⁴³⁷. Les auteurs poursuivent en affirmant que « le juge nancéien fait penser à un juge posnérien, à savoir un juge qui cherche en toutes occasions à maximiser le surplus global - l'efficacité économique - en se

¹⁴³⁵ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 13. L'auteur poursuit d'ailleurs : « Ce point de vue est critiquable car l'antagonisme n'est pas le lot inévitable des contrats de droit privé ».

¹⁴³⁶ B. Deffains et S. Ferey, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, op. cit.

¹⁴³⁷ V. en ce sens aussi, D. Mazeaud, note sous CA Nancy Juris-Data n° 2007-350306, op. cit. : « C'est donc on le comprend au nom de l'intérêt de l'avenir de l'humanité, lequel suppose un environnement sain, que le contrat doit être conventionnellement renégocié, voire judiciairement révisé. On devine, derrière cette argumentation qui pourrait sembler assez utopiste, une vision au contraire résolument utilitariste. Au fond, dans la logique de marché dont le législateur s'est inspiré pour obtenir la réduction de l'émission des gaz à effet de serre, les agents économiques ne seront incités à entreprendre des efforts permettant la réalisation de cet objectif environnemental que s'ils en tirent le profit économique que la mise en œuvre du système légal permet. Aussi, convient-il, en l'espèce, que le contrat soit révisé puisque la modification de l'économie du contrat sera susceptible de conduire au succès de la politique écologique poursuivie par le législateur, alors que si la lettre du contrat reste figée, le contractant qui ne tire aucun profit financier du système mis en place par le législateur n'aura plus aucune raison d'œuvrer en faveur de sa réussite. Autrement dit, l'intangibilité du contrat emportera fatalement des effets néfastes dans la perspective de la protection de l'environnement alors que sa révision favorisera sa mise en œuvre et le bien être des générations futures... ».

désintéressant des aspects de redistribution entre les parties. Dit autrement, l'économie du droit permet de distinguer ce qui, dans les commentaires de l'arrêt, apparaît comme confondue : l'équité et l'efficacité »¹⁴³⁸. Mais nous contestons que le but global soit l'efficacité économique ; en effet, celui-ci se trouve dans l'intérêt général environnemental, et si un raisonnement efficace économiquement est introduit, c'est dans un objectif global moral, relevant de la valeur de solidarité humaine.

504. Relevons finalement que l'intérêt général est protégé par la simple instauration du système des quotas, sans qu'il ne justifie que le juge s'immisce plus loin dans la distribution des profits que ces quotas ont généré entre les deux parties au contrat.

C'est donc en fin de compte le souci de l'intérêt du cocontractant, doublé de celui de l'intérêt général, dans une certaine lecture, qui justifie la solution.

Il apparaît donc en filigrane, dans cette même solution, un souci de prise en compte, dépassant les seules situations de crise, et même le seul intérêt général, dans une exigence générale de tenir compte d'autrui au-delà de son propre égoïsme.

505. Ainsi, si elle comporte une dimension économique, la prise en compte qui se manifeste dans l'obligation de renégociation et la théorie de l'imprévision, intervient également dans une finalité morale altruiste. Elle, peut donc à ce titre aussi, être rattachée à la théorie pure de la notion.

La prise en compte, dans sa théorie pure, servira à son tour dans l'encadrement de la révision du contrat pour imprévision.

§2. Théorie pure de la prise en compte et encadrement de la révision du contrat pour imprévision

506. La réticence face à la théorie de l'imprévision pour les risques que celle-ci comporte quant à la sécurité contractuelle, et la grande diversité de régimes dont elle est dotée dans les différents ordres juridiques où elle est reconnue, incitent à la nécessité d'encadrer clairement l'entrée en jeu de cette théorie, en la dotant d'un régime juridique précis.

¹⁴³⁸ B. Deffains et S. Ferey, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, op. cit.

Mais cet encadrement dépend largement de la philosophie de l'institution. Puisque nous avons établi qu'elle est l'une des manifestations de la prise en compte, telle que définie dans sa théorie pure, cette prise en compte contribuera à cet encadrement. Elle affectera les critères d'existence de la situation d'imprévision, ainsi que le régime de la révision du contrat.

A. Critères d'existence de la situation d'imprévision au regard de la prise en compte

507. Afin de délimiter la situation d'imprévision, nous pouvons identifier des critères objectifs de l'évènement déclencheur du changement de circonstances (1). Mais nous verrons que le critère subjectif de l'impact de ce changement sur la situation des parties, critère découlant de sa fonction de support de la prise en compte, poussera à la souplesse dans la vérification des critères objectifs (2).

1. Critères objectifs : les caractères de l'évènement

508. Si l'imprévisibilité de l'évènement causal est à écarter (a), la postériorité et l'extériorité de celui-ci sont à retenir pour caractériser l'hypothèse d'imprévision (b).

a. Critère écarté : l'imprévisibilité de l'évènement

509. Une partie de la doctrine retient le caractère imprévisible de l'évènement déclencheur du changement de circonstances. Mais au fond, ce caractère est-il primordial ?

D'abord, l'essentiel est l'impact de l'imprévision sur la situation contractuelle et non l'imprévisibilité de certains bouleversements en elle-même. Ce qui doit avoir été imprévisible ce sont les conséquences de cet évènement sur l'équilibre des prestations au moment de la conclusion du contrat. C'est pourquoi Bénédicte Fauvarque-Cosson préfère, à l'expression « imprévision », parler de « changement de circonstances ». Elle affirme en effet qu'« [en] réalité, le fait générateur du bouleversement de l'équilibre contractuel n'est pas tant l'« imprévision » des parties - ou « imprévision contractuelle » - (le droit ne vient pas au secours des imprévoyants) que le changement de circonstances, survenu après la conclusion du contrat, et qui ne pouvait pas être raisonnablement pris en considération lors de cette conclusion »¹⁴³⁹. Même si nous partageons cette remarque très pertinente de l'auteur, nous avons utilisé indifféremment les expressions de « changement de circonstances » ainsi que

celle d'« imprévision » ne serait-ce que parce que c'est cette dernière qui est la plus courante, même si elle est en soi moins correcte.

Ensuite, ce critère de l'imprévisibilité de l'évènement causal semble devoir être écarté, puisqu'il viderait la théorie de toute substance, le monde étant de plus en plus caractérisé, aujourd'hui, par son instabilité et sa complexification, rendant l'imprévisibilité des circonstances chose courante. Peut-être d'ailleurs que l'ajout, souvent effectué par la partie de la doctrine retenant ce critère, du caractère « raisonnablement »¹⁴⁴⁰ imprévisible confirme-t-il cette remarque. Dans le monde d'aujourd'hui, il devient de plus en plus difficile pour les parties de prévoir ce que les circonstances nouvelles qui affecteraient leur contrat pourraient être. Il devient ainsi plus fréquent de n'avoir pu « raisonnablement » prévoir tels changements de circonstances.

b. Critères retenus : Postériorité et extériorité de l'évènement

510. D'abord, au nombre des critères de l'évènement déclencheur du changement de circonstances qui doivent être retenus, nous retrouvons celui de la postériorité de l'évènement par rapport à la conclusion du contrat. Cette position a été réaffirmée par la jurisprudence dans l'arrêt du 16 mars 2004 précédemment commenté¹⁴⁴¹. La Cour de Cassation a en effet estimé que « le contractant qui tire profit du déséquilibre des prestations contractuelles, existant dès la conclusion du contrat, ne peut pas voir, au nom de l'exigence de bonne foi, sa responsabilité engagée s'il refuse de renégocier le contrat lésionnaire »¹⁴⁴².

La théorie de l'imprévision entre donc en jeu pour la prise en compte de toutes les circonstances nouvelles qui affectent le contrat après sa conclusion. Elle se présente en effet comme un « remède aux vicissitudes, aux bouleversements, voire aux tragédies qui peuvent affecter, chemin faisant, le contrat ou l'un des contractants

¹⁴³⁹ B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, RDC 2004, p. 67, spéc. n° 2.

¹⁴⁴⁰ V. en ce sens, Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57, spéc. n° 19, p. 73, M. Mekki, *Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 8 : « Au minimum, le changement doit être raisonnablement imprévisible au moment de la formation du contrat ».

¹⁴⁴¹ V. *supra* n° 471.

¹⁴⁴² D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4, spéc. p. 13

en bouleversant, soit les prévisions sur lesquels était fondé celui-là, soit la situation personnelle de celui-ci »¹⁴⁴³.

C'est là la différence essentielle entre l'imprévision et la lésion qui concerne elle, un « déséquilibre concomitant à la conclusion du contrat »¹⁴⁴⁴.

Notons avant de conclure sur ce point, qu'un auteur relève que « les Principes d'Unidroit prévoient l'hypothèse d'un changement "survenu ou connu" après la formation du contrat confirmant la conception bicéphale de l'imprévision (art. 6.2.2. [a]) »¹⁴⁴⁵.

511. Ensuite, l'aménagement des conséquences de cet évènement ne doit pas avoir été l'objet d'une clause contractuelle. Dans ce cas, la solution que les parties auraient retenue devrait s'appliquer. Celle-ci rendrait inutile l'application de la théorie de l'imprévision qui est en définitive l'aménagement législatif ou jurisprudentiel de la situation de changement de circonstances affectant le contrat après sa conclusion, non traitée par les parties elles-mêmes.

L'évènement causant le bouleversement de la situation contractuelle ne doit également pas être imputable à une faute d'une des parties. Dans ce cas, l'application des règles de la responsabilité contractuelle rendrait aussi inutile toute théorisation de l'imprévision.

Plus largement le critère de l'extériorité de l'évènement déclencheur du changement de circonstances par rapport à la volonté des parties est retenue par une majorité de la doctrine : « [il] faut en effet que l'excès trouve sa cause dans un changement de circonstances, ce qui exclut tous les cas dans lesquels une partie a causé le bouleversement »¹⁴⁴⁶.

Ceci ne rejoint-il pas le critère de l'imprévisibilité de l'évènement que nous avons écarté ? Les parties n'ont pas pu prévoir l'évènement et donc ne l'ont pas voulu ni incité : il leur est donc extérieur. La réponse doit pourtant être négative ; « [il] ne s'agit pas de confondre externalité et imprévisibilité (...) Un facteur extérieur est un

¹⁴⁴³ D. Mazeaud, *La révision du contrat, op. cit.*, spéc. p. 16.

¹⁴⁴⁴ J.-L. Mouralis, *Rép. civ. Dalloz*, V° Imprévision, spéc. n° 3.

¹⁴⁴⁵ M. Mekki, *Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision*, JCP G 2 010, I, 1219, spéc. n° 7.

¹⁴⁴⁶ A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, préface C. Thibierge, LGDJ, Paris, 2005, p. 113.

facteur sur lequel aucune des parties n'a de prises »¹⁴⁴⁷. Donc il suffit simplement que la partie n'ait pas pu provoquer l'évènement causal du changement de circonstances.

Le souci ici est de prévenir l'hypothèse qu'une partie, souhaitant la renégociation du contrat ou son réaménagement, puisse provoquer une situation où doit être pris en compte le changement de circonstances¹⁴⁴⁸.

512. Si le critère de l'imprévisibilité de l'évènement a été écarté, c'est l'impact de celui-ci sur le contrat qui est l'essentiel, ce qui nous amène au critère essentiel caractérisant la situation de changement de circonstances : l'évènement doit avoir affecté la valeur des prestations. S'il n'en est pas ainsi, si l'évènement affecte personnellement l'une des parties – comme la maladie, le chômage ou autre – rendant l'exécution difficile pour elle, la situation ne relève plus de la théorie de l'imprévision ou du changement de circonstances. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant dans sa connotation morale de solidarité-altruisme intéresse sûrement ces hypothèses de crise et de difficultés inhérentes à l'un des contractants, mais celles-ci ne relèvent pas de l'« imprévision »¹⁴⁴⁹ ; nous en laisserons donc l'étude au chapitre suivant.

2. Critère subjectif : l'impact du changement de circonstances sur la situation des parties

513. Le critère de l'impact du changement de circonstances sur la situation contractuelle des parties est primordial quant à notre étude. C'est celui qui montre avec clarté le lien entre consécration de la théorie de l'imprévision, ou *a minima* d'une obligation de renégociation, et la prise en compte de l'intérêt ou de la situation du cocontractant. Ce dernier devoir apparaît comme le vecteur principal de cette obligation, et donc la source du bouleversement passe au second plan par rapport à l'effet de celui-ci sur la situation des parties.

¹⁴⁴⁷ F. Le Fichant, *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, *op. cit.*, spéc. p. 27.

¹⁴⁴⁸ Dans ce sens, B. Deffains et S. Ferey, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, RTD civ. 2010, p. 719 : « Pour les économistes du droit, le point important est que cet évènement soit parfaitement extérieur aux comportements des parties. Droit et économie convergent largement ici. (...) [II] serait possible pour un contractant de se mettre dans une situation non prévue au contrat pour créer les conditions d'une renégociation du contrat ».

¹⁴⁴⁹ V. en ce sens, L. Aynès, *L'imprévision en droit privé*, RJ com. 2005, p. 397, spéc., p. 402 : « S'il n'en est pas ainsi, il n'y a aucune raison juridique de répartir entre les deux contractants la charge de l'imprévu. Songeons aux évènements affectant l'une des parties, sans impact sur la valeur des prestations : les difficultés économiques, le chômage, la maladie. Seul un vague solidarisme, sympathique et irréaliste, pourrait imposer à une partie de voler au secours de son cocontractant malheureux. Cela ne lui est pas interdit. Mais cet altruisme ne relève pas de l'imprévision ».

Un auteur affirme ainsi par exemple, que « la nouveauté de l'évènement ne suffit pas. Il faut des causes qui modifient substantiellement les circonstances de l'exécution (...) L'importance du déséquilibre se mesure donc non pas à ses causes, mais par ses effets sur l'équilibre du contrat et sur l'utilité sociale qu'il y a à maintenir, modifier, ou interrompre ce contrat »¹⁴⁵⁰. Un autre avance une idée similaire en soutenant que « [peu] importe, à dire vrai, la nature du changement, seul importe l'impact du changement sur l'équilibre contractuel voulu par les parties »¹⁴⁵¹.

Nous verrons l'effet de ce critère sur l'appréciation des critères objectifs (a), ensuite, le seuil de l'impact sur la situation entraînant la révision (b).

a. Effet : souplesse dans l'appréciation des critères objectifs

514. Au regard de la solidarité, si l'essentiel est l'attention portée à la situation du cocontractant, l'importance de l'extériorité de la source du bouleversement est donc réduite¹⁴⁵². D'ailleurs, à l'examen de la jurisprudence, « la Cour régulatrice paraît se désintéresser de l'origine du déséquilibre pour se focaliser sur ses conséquences »¹⁴⁵³.

Rappelons que dans la jurisprudence *Huard et Chevassus-Marche*, l'obligation de renégociation intervient alors que l'évènement ayant conduit au changement de circonstances n'était pas complètement extérieur au comportement des parties¹⁴⁵⁴.

C'est aussi au regard de la solidarité-prise en compte de l'intérêt du cocontractant que s'explique la décision de la Cour d'appel de Nancy qui a retenu une solution en cas d'un changement de circonstances non générateur de pertes.

¹⁴⁵⁰ C. Ménard, *Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 661, spéc. pp. 669-670.

¹⁴⁵¹ M. Mekki, *Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 7.

¹⁴⁵² Dans ce sens, C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, Dr. et patr. mars 1998, p. 46, spéc. p. 48 : « Les circonstances « peuvent être en quelque sorte objectives (extérieures à la situation de l'une des parties) ou subjectives (inhérentes à sa situation) (...) il faut qu'il s'agisse de circonstances, c'est-à-dire de modifications qui ne résultent pas d'une volonté délibérée de l'une des parties ».

¹⁴⁵³ D. Houtcieff, obs. sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, Rev. Lamy dr. civ. juin 2006, 5. Pour l'auteur, « cette jurisprudence traduit peut-être moins l'émergence de l'imprévision en droit privé que la naissance d'un droit à la revendication de l'équilibre contractuel exercé par le biais d'une négociation imposée », *eod. loc.*, spéc. n° 10. Nous soutenons que c'est au regard du principe plus large de prise en compte de l'intérêt du cocontractant que la jurisprudence se développe dans ce sens.

515. Ce critère de l'effet du changement de circonstances sur la valeur des prestations est formulé de façons différentes ; l'évènement doit avoir « affecté la valeur des prestations », « bouleversé l'économie du contrat »¹⁴⁵⁵, ou encore « causé un déséquilibre contractuel ».

Dans quel sens devons-nous l'entendre, surtout qu'en pratique, le changement de circonstances n'affecte qu'une des deux parties ? Nous pensons qu'il s'agit du défaut du maintien de l'utilité du contrat pour au moins une des deux parties au contrat, donc de l'intérêt de celle-ci. Ainsi la prise en compte serait la réponse aux situations d'imprévision, et « [il] suffit, mais il faut, que le contrat retrouve son utilité pour les deux parties, que celles-ci retrouvent un intérêt réel au contrat »¹⁴⁵⁶.

Dans cette direction, l'Avant-projet Catala vise la perturbation de l'équilibre initial des prestations des parties « au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles »¹⁴⁵⁷. Cette dernière condition qui se réalise dans la plupart des cas rend donc le champ d'application de la théorie plus vaste en pratique¹⁴⁵⁸, mais nous allons voir que le seuil du déséquilibre, ou plus précisément du sacrifice de l'intérêt d'une des parties, n'est pas indifférent, et contribue à encadrer l'entrée en jeu de la théorie.

b. Seuil de l'impact entraînant la révision

516. En effet, n'importe quel changement affectant la valeur des prestations est-il suffisant ?

¹⁴⁵⁴ Sur ce point, N. Molfessis, *Les exigences relatives au prix en droit des contrats*, LPA 5 mai 2000, p. 41. V. égal. Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n° 132.

¹⁴⁵⁵ V. Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, Juris-Data n° 2010-010742, précité, V. *supra* n°s 482 s. L'arrêt affirme que la cour devait s'assurer au préalable, avant d'inciter les parties à renégocier leur contrat, « si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux n'avaient pas eu pour effet (...) de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature ».

¹⁴⁵⁶ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, n° 863, p. 574, spéc. note 2174.

¹⁴⁵⁷ V. l'article 1135-1 de l'avant-projet Catala. V. aussi pour cette notion de « perte de l'intérêt au contrat » sur laquelle se fonde l'avant-projet Catala, l'article 1135-2 qui dispose que « la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation ».

¹⁴⁵⁸ Notons cependant avec un auteur que « [le] recours à la notion d' "intérêt au contrat" (...) peut donner lieu à des interprétations différentes, conférant à l'obligation de renégocier un champ d'application très variable. Fort limité si on assimile la perte de l'intérêt à la disparition de la contrepartie, il pourrait être plus vaste – et incertain – si on accepte de prendre en considération les motifs qui ont poussé les parties à conclure le contrat » (É. Savaux, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français*, RDC 2010, p. 1057).

Quel est ce seuil au-delà duquel le sacrifice de l'intérêt du cocontractant, résultant du changement de circonstances, n'est plus toléré ? Ainsi « la vraie question est de savoir si un simple déséquilibre du contrat, un simple coût supplémentaire non prévu par les parties pourrait suffire »¹⁴⁵⁹. Mais surtout, « comment un tiers, un juge en l'occurrence, pourrait-il mesurer précisément les valeurs subjectives que les parties ont voulu échanger ? Cela n'est pas techniquement possible, on ne peut sentir le déséquilibre que lorsqu'il dépasse une certaine ampleur »¹⁴⁶⁰.

En réalité, l'idée d'excès¹⁴⁶¹ est transversale aux différents indices retenus de l'impact du changement de circonstances. Madame Fauvarque-Cosson affirme d'ailleurs que « [l]'imprévision se distingue doublement de la force majeure : (...) l'événement n'entraîne pas l'impossibilité d'exécuter mais rend simplement cette exécution beaucoup plus onéreuse pour le débiteur »¹⁴⁶². Un arrêt de la Cour de cassation¹⁴⁶³ estime aussi, qu'il faut que le changement de circonstances rende l'exécution du contrat insupportable ou ruineuse pour l'une des parties. De même, les décisions *Expovit*¹⁴⁶⁴, *Huard* et *Chevassus-Marche* sont à rapprocher dans ce sens, et « laissent discerner une exception nouvelle à l'interdiction de l'imprévision, susceptible de s'appliquer lorsque le contrat est devenu si déséquilibré que son exécution, “telle que prévue lors de la conclusion de l'acte, emporterait la ruine du contractant victime du déséquilibre contractuel” »¹⁴⁶⁵, indépendamment de la source

¹⁴⁵⁹ M. Mekki, *Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision*, JCP G 2010, 1219, spéc. n° 9.

¹⁴⁶⁰ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 101.

¹⁴⁶¹ En ce sens, A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, op. cit., p. 113 : « il faut que l'exécution devienne excessivement onéreuse, ce qui limite considérablement les cas ; l'excès recouvrant une réalité plus restrictive que la simple augmentation ou diminution du coût de l'exécution » ; M. Mekki, *Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 9 : « il serait préférable d'exiger un déséquilibre excessif et non une simple augmentation des coûts (...) C'est l'excès qui semble condamné par de nombreux systèmes » ; B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, op. cit., spéc. n° 22 : « Une prestation “excessivement” et non pas seulement plus onéreuse » ; et B. Deffains et S. Ferey, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, op. cit. : « En tant que tel, ce n'est pas le caractère imprévisible de l'événement qui est réellement crucial mais plutôt les conséquences de cet événement sur l'équilibre du contrat (...) l'exécution de l'obligation d'une des parties devient extrêmement onéreuse ».

¹⁴⁶² B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, op. cit., spéc. n° 3.

¹⁴⁶³ Cass. 3^e civ. 10 déc. 2003, n° 02-14990.

¹⁴⁶⁴ L'obligation de reclassement donc d'adaptation en droit du travail participe clairement de la lutte contre la précarité et l'exclusion sociale.

¹⁴⁶⁵ B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, op. cit., spéc. n° 19. V. aussi en ce sens, Y. Picod, note sous Cass. com., 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277, JCP G 1999, II, 10210 : « Mais le pas est franchi : c'est la première fois qu'en l'absence de clause de révision, la Cour de cassation impose clairement en se fondant sur l'exigence de bonne foi (exigence générale dans le premier cas,

du bouleversement¹⁴⁶⁶. L'exclusion économique¹⁴⁶⁷ est donc stigmatisée, et ceci est particulièrement le cas dans l'affaire *Chevassus-Marche* où « aucun accord particulier de coopération et d'intégration au réseau n'avait ici été conclu entre les parties »¹⁴⁶⁸.

Le risque de ruine du cocontractant, avec ce qu'il emporte comme danger d'exclusion sociale, marque donc le seuil où la révision du contrat pour imprévision fait nécessairement son entrée. Ceci renforce du même coup la finalité morale que nous avons établie de celle-ci, puisque la « révision apparaît alors, (...) dans une optique de solidarité sociale, comme un remède contre la précarité »¹⁴⁶⁹. D'ailleurs certains auteurs militent en faveur d'une réforme du droit positif en matière d'imprévision dans ce sens, réforme qui « consisterait à admettre la révision pour imprévision lorsque l'exécution du contrat risque, en raison de son déséquilibre, d'emporter la ruine de l'un des cocontractants »¹⁴⁷⁰.

Au dessous d'un certain seuil, si ce bouleversement est une simple difficulté de paiement, sa prise en compte porterait une atteinte injuste à la force obligatoire du contrat, ainsi qu'au respect de la parole donnée ; l'évènement causal serait réellement

spécifique dans le second) une obligation de renégocier un accord dont l'exécution devient ruineuse pour l'un des contractants. Comme l'écrit fort justement notre collègue Denis Mazeaud (*op. et loc. cit.*), "le principe de la force obligatoire du contrat perd sa légitimité lorsqu'une application mécanique conduit un des contractants au désastre économique ou à la détresse sociale" », et C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, *op. cit.*, spéc. pp. 55 et 56 : « Ruine, exclusion du marché : je me demande si nous ne tenons pas avec ces termes la clef qui permettrait de justifier de façon plus générale la révision d'un contrat au nom de la bonne foi ».

¹⁴⁶⁶ Une certaine opinion veut que l'arrêt du 16 mars 2004 ait rectifié la situation en rétablissant la nécessité de l'extériorité de l'élément causal. *Contra*, D. Houtcieff, obs. sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, *op. cit.*, spéc. n° 10 : dans l'arrêt de 2004, « la première chambre civile se contente d'une "modification imprévue" des circonstances économiques, sans même évoquer le seuil du déséquilibre imposant la renégociation. Plus encore, alors que l'imprévision suppose un événement extérieur aux parties, il suffit d'un regard sur l'espèce pour observer que ce déséquilibre était en partie le fait de l'association et de la commune ». Nous reviendrons à ce critère, mais toujours est-il que si tel est le cas, les conditions de l'application de l'obligation sont particulièrement souples.

¹⁴⁶⁷ Pour un avis soutenant cette analyse, V. D. Mazeaud, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 57, spéc. p. 70 : « la révision judiciaire du contrat est (...) non seulement concevable, mais encore souhaitable, lorsque la mutation brutale du contexte économique dans lequel s'inscrit un contrat est telle qu'elle risque de se solder par l'éviction d'un contractant du rapport contractuel, alors que dans le même temps, son cocontractant est en mesure d'assurer la pérennité de la relation contractuelle ».

¹⁴⁶⁸ V. en ce sens J. Mestre, *Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel*, RTD Civ. 1999, p. 98.

¹⁴⁶⁹ D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4, spéc. p. 17.

¹⁴⁷⁰ B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, *op. cit.*, spéc. n° 8.

une excuse pour faire sauter le contrat¹⁴⁷¹. D'ailleurs, « [c]'est précisément parce qu'une partie souhaite se protéger contre les imprévus qu'elle demande à son cocontractant de s'engager par des contrats dont l'exécution s'échelonne dans le temps. Reconnaître un tel droit à la renégociation enlèverait l'intérêt que la partie initiale escompte de sa relation contractuelle »¹⁴⁷².

Par contre, au-delà d'un certain seuil, le bouleversement a des effets tels, que la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie prime sur le maintien du contrat, et la solidarité sur la force obligatoire du contrat. La théorie de l'imprévision doit donc opérer.

La prise en compte affecte aussi le régime de la révision du contrat pour imprévision, qui traduit l'intensité de cette prise en compte.

B. Régime de la révision du contrat : intensité de la prise en compte

517. La théorie de l'imprévision pose plusieurs questions en pratique : « principe ou exception ? Priorité donnée aux parties ou exclusion totale du juge ? Révision ou simple résiliation voire caducité ? Domaine d'application restreint (contrats à exécution successive) ou élargi (contrats instantanés à terme) ? »¹⁴⁷³

Nous avons vu que c'est une obligation¹⁴⁷⁴ de renégocier le contrat qui commence aujourd'hui à faire son chemin, comme premier pas vers l'introduction de la théorie de l'imprévision. Ainsi, c'est d'abord vers les parties qu'on se retourne pour qu'elles essaient de sauver leur contrat en le réadaptant par l'incitation de l'une à la prise en compte de l'intérêt de l'autre, affecté par le changement de circonstances. Le juge n'aurait donc qu'un rôle subsidiaire à jouer.

¹⁴⁷¹ C'est ce qui est traduit par les auteurs qui retiennent la bonne foi comme fondement de l'obligation de renégociation, dans l'affirmation que celui-ci « n'oblige pas le créancier à renoncer à son droit. Lorsqu'est en cause, non pas la survie du contrat, mais le paiement de la dette, en raison de l'insolvabilité du débiteur, il est abusif de solliciter la bonne foi contractuelle. Seules alors des considérations d'intérêt général peuvent contraindre le créancier à renégocier la dette, ou simplement le constat de bon sens qu'il n'a pas d'autre issue » (L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, RJ com. 1999, p. 11, spéc. n° 19).

¹⁴⁷² C. Gavoty et O Edwards, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, LPA 28 juin 2004, p. 18.

¹⁴⁷³ M. Mekki, *Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 4.

¹⁴⁷⁴ Certains auteurs préfèrent parler de devoir de renégociation plutôt que d'obligation, « parce qu'il n'est pas certain que la renégociation puisse être précisément objet, pour l'un, d'une créance, pour l'autre, d'une dette. (...) Le terme "devoir" évoque plutôt une norme de comportement s'ajoutant aux obligations contractuelles » (L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, op. cit., spéc. n° 3). Nous pensons que la renégociation du contrat est sanctionnée à l'instar de toute obligation contractuelle.

Mais qu'est-il demandé au partenaire non affecté par le changement de circonstances ? Cette prise en compte signifie-t-elle la nécessité d'aboutir à un nouvel accord ? Même au prix de ses propres intérêts ?

Ensuite comment établir les limites du rôle du juge, si l'amitié et l'altruisme sont avant tout un comportement spontané ?

Examinons ainsi les contours de l'obligation de renégociation (1), la sanction de celle-ci (2), et enfin le rôle du juge (3), au regard de la prise en compte dont elle constitue une manifestation.

1. Contours de l'obligation de renégociation

518. Certes l'obligation de renégocier le contrat n'entre en jeu que si la renégociation du contrat est possible, c'est-à-dire si le maintien du contrat est possible.

Les parties peuvent avoir prévu une clause de renégociation, plus communément désignées par clauses de *harship*, précisant clairement le contenu et les limites de cette obligation. Mais, généralement, « l'effet d'une clause de renégociation, (...) est uniquement d'obliger les contractants à se rencontrer et à examiner ensemble les moyens d'adapter leur contrat aux nouvelles circonstances ayant provoqué son déséquilibre, afin de préserver leurs intérêts respectifs »¹⁴⁷⁵.

Il s'agit alors de se demander quels seraient le contenu (a) et la nature de cette obligation (b), au regard de l'intensité de prise en compte qu'elle introduit.

a. Contenu de l'obligation

519. Quant au contenu de l'obligation de renégocier le contrat, il s'agit d'abord de distinguer la renégociation de l'aboutissement effectif à un accord entre les parties

520. Renégocier n'est pas parvenir à un accord. Tout simplement, « [renégocier] implique des actes et une attitude. Des actes : émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer. Une attitude : se prêter loyalement à ce dialogue, c'est-à-dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord »¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷⁵ D. Mazeaud, note sous Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13214, D. 2007, p. 765, spéc. n° 7.

¹⁴⁷⁶ L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, op. cit., spéc. n° 24.

Il s'agit donc et il suffit, pour les parties, d'avoir une attitude sérieuse, réellement tournée vers la conclusion d'un accord, de présenter des propositions et contre-propositions, de se concerter sérieusement pour y aboutir. Or la concertation est définie dans le Vocabulaire Juridique Cornu comme la « recherche en commun, par les personnes dont les intérêts sont convergents, complémentaires ou même opposés, d'un accord tendant à l'harmonisation de leurs conduites respectives »¹⁴⁷⁷.

La renégociation a donc un lien étroit avec la coopération, ce qui met plus clairement en avant la concrétisation par cette obligation, de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Elle « suppose une coopération active, une implication concrète des parties dans la recherche d'une issue à la situation contractuelle à laquelle elles font face »¹⁴⁷⁸.

L'obligation de renégociation du contrat imposée aux parties n'est donc pas une obligation qui leur est faite de parvenir à un nouvel accord permettant ainsi le maintien du contrat¹⁴⁷⁹. Un arrêt de la Chambre commerciale du 3 octobre 2006¹⁴⁸⁰ en témoigne en considérant que « le seul fait, pour la société (...), d'avoir refusé d'accepter la révision substantielle du prix du contrat (...) ne saurait caractériser une faute de sa part, quel que soit le déséquilibre économique allégué ». Nous reconnaissons donc ici une obligation de moyen, ce que nous développerons au point suivant.

b. Nature de l'obligation : obligation de résultat ou de moyen ?

521. Nous nous intéressons maintenant à la nature de l'obligation de renégociation. Est-ce une obligation de moyen ou de résultat ? Cette question de la nature traduit celle de l'intensité de la prise en compte qui est demandée au contractant.

À ce titre, nous identifierons d'abord deux obligations successives traduisant des intensités différentes de la prise en compte (b.1), et, nous nous interrogerons, d'autre part, sur la mesure du sacrifice de ses propres intérêts demandée à la partie débitrice de cette obligation (b.2).

¹⁴⁷⁷ G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014, V^o Concertation.

¹⁴⁷⁸ P. Accaoui Lorring, *La renégociation contractuellement imprévue*, RDAI 2010, p. 42.

¹⁴⁷⁹ Dans ce sens, F. Le Fichant, *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, Actes prat. ing. sociétaire 2011, n^o 116, dossier 7, spéc. p. 28 : Si elle « suppose un comportement loyal dans les propositions et contrepropositions que s'échangeront les parties pour sauvegarder le contrat, cela n'implique en aucun cas une obligation de réviser la convention ».

¹⁴⁸⁰ Cass. com., 3 oct. 2006, pourvoi n^o 04-13214, inédit.

b.1. Identification de deux obligations successives

522. La distinction établie dans l'étude du contenu de l'obligation entre la renégociation elle-même et l'aboutissement à un accord entre parties permet de répondre plus clairement à cette question de la nature de l'obligation de renégociation. D'une part, renégocier le contrat est une obligation de résultat, c'est-à-dire que refuser d'entamer cette renégociation suffit à caractériser la faute. Certes, l'impossibilité de renégocier le contrat demeure une cause d'exonération, comme d'ailleurs pour toute autre obligation. D'autre part, parvenir à un accord n'est pas nécessaire comme nous l'avons déjà mentionné.

Pour cela, il paraît plus précis de distinguer deux obligations se succédant ; d'abord l'obligation d'engager la renégociation, obligation de résultat pesant indifféremment sur les deux parties, ensuite l'obligation de mener de bonne foi cette renégociation qui, elle, est une simple obligation de moyen n'imposant point d'aboutir à un accord entre les deux parties. Le contractant, s'il ne doit pas nécessairement parvenir à l'effective adaptation du contrat, doit cependant avoir une attitude sérieuse, « dans ses propositions et dans sa conduite »¹⁴⁸¹. Ensuite, « la légitimité du refus de consentir à une modification du contrat devrait être présumée. Il appartiendra donc à l'autre partie de démontrer que la modification refusée avait pour elle un intérêt sérieux et qu'elle était acceptable pour son cocontractant »¹⁴⁸², sauf certes, à consacrer une obligation de motivation qui inverserait en pratique la charge de la preuve.

L'obligation de mener à bien la renégociation du contrat est donc une obligation de moyen. Ceci est d'ailleurs compatible avec le fait que cette obligation est l'une des manifestations de la prise en compte. En effet, « [c]'est véritablement à un acte amical, à un acte de compassion qu'on aura amené le créancier s'il accepte de modifier le contrat, c'est-à-dire ses attentes initiales. Or l'altruisme ne se décrète point, on ne peut que lui offrir d'autorité les moyens de s'exprimer mais le résultat n'est jamais garanti »¹⁴⁸³.

Cependant il a pu être avancé que le contrôle de l'obligation de renégociation ne devrait pas s'arrêter à l'entrée en renégociation, ni à la conduite loyale de celle-ci

¹⁴⁸¹ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 262.

¹⁴⁸² D. Houtcieff, obs. sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, op. cit., spéc. n° 17.

¹⁴⁸³ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 260.

par les parties, mais s'étendre aussi, dans une certaine mesure à la décision émise par chacune des parties à l'issue de celle-ci. Seul ce contrôle permet de ne pas vider cette obligation de toute effectivité en pratique. En effet, M. Mazeaud soutient que « la perspective d'un devoir de bonne foi rehaussé au rang de devoir de coopération, pourrait conduire à considérer que le devoir de renégocier, quand il se traduirait par des propositions raisonnables, car tout à fait acceptables pour le contractant qui les a refusées au regard de ses intérêts bien compris, tendant à l'adaptation du contrat, se prolongerait alors par un devoir de réviser le contrat. Séduisante, car la solution contraire revient à neutraliser l'obligation de renégocier de bonne foi »¹⁴⁸⁴.

b.2. La mesure du sacrifice des intérêts propres

523. Une question s'impose et dont la réponse constitue un indice important pour le contrôle de la décision émise par un contractant, à l'issue de la renégociation. On doit en effet savoir si « ce dernier doit seulement être amené à faire des concessions ou si on peut lui demander de sacrifier certains de ses intérêts »¹⁴⁸⁵.

Dans quelle mesure lui est-il demandé de dépasser ses propres intérêts pour répondre au devoir de prise en compte ?

Pour certains, il s'impose qu'« en aucun cas le créancier ne doive être considéré en faute s'il refuse de sacrifier un de ses intérêts essentiels – et légitimes – au bénéfice de son débiteur »¹⁴⁸⁶. En effet, lorsqu'un changement de circonstances affecte la situation du débiteur menaçant son intérêt, il ne faut pas que la solution conduise à inverser les rôles, à constituer une trop grande menace pour l'intérêt du cocontractant ; « le recours à l'imprévision ne saurait contraindre l'une des parties au

¹⁴⁸⁴ D. Mazeaud, note sous Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13214, *op. cit.*, spéc. n° 8. Dans un opinion s'en rapprochant, certains auteurs établissent une distinction entre l'obligation de négocier le contrat de bonne foi, obligation de moyen, qui, au nom du principe de liberté, n'impose pas qu'en période précontractuelle le contrat soit conclu, et l'obligation de renégocier le contrat. Pour cette partie de la doctrine, le fait que dans la deuxième hypothèse le contrat ait déjà été conclu est un élément décisif de distinction ; il y aurait, dans ce cas, renforcement de l'obligation d'aboutir à un accord qui se muerait en obligation de résultat. Pour cette opinion, « au titre de l'obligation de renégocier, les parties doivent entamer cette renégociation d'une part, et aboutir, dans la limite du possible, à la restauration de la conciliation des intérêts, d'autre part ». (A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, n° 852, p. 567).

¹⁴⁸⁵ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, *op. cit.*, n° 246.

¹⁴⁸⁶ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, *op. cit.*, n° 266.

sacrifice de ses intérêts si le contrat n'est pas viable du fait par exemple d'un déséquilibre irrémédiable »¹⁴⁸⁷.

Il ne faut cependant pas oublier que le contrat « n'est pas un instrument d'exploitation d'autrui ; il ne se développe pas dans un univers abstrait, coupé des réalités matérielles : il est œuvre sociale »¹⁴⁸⁸, c'est pourquoi nous pensons que le cocontractant peut être appelé à faire certaines concessions sur ses intérêts propres. S'il ne s'agit pas « d'assurer le maintien de ses bénéfices au cocontractant, ni même de lui garantir une absence de perte »¹⁴⁸⁹, le contractant est quand même appelé à la prise en compte concrète des intérêts de son cocontractant, en formant des propositions et en recevant des contre-propositions pour tenter de redessiner un équilibre contractuel qui ne conduise pas à l'anéantissement du partenaire.

Quelle est la sanction de cette obligation de renégociation à double facette ?

2. La sanction : responsabilité contractuelle

524. L'obligation d'entamer une procédure de renégociation est donc une obligation de résultat, celle de parvenir à un accord demeure une obligation de moyen.

Quelle est donc la sanction de chacune de ces obligations ?

525. Quant à l'obligation d'entrer en renégociation, l'exécution forcée reste envisageable. Mais le problème est dans l'efficacité d'une telle sanction puisqu'on voit mal une partie, forcée à renégocier son contrat, réussir réellement à s'y mettre de bonne foi. En effet, la renégociation du contrat, comme sa négociation d'ailleurs, dépendent largement de la liberté des parties et donc de leur volonté. La conciliation et la médiation peuvent s'avérer primordiales ici.

Ainsi, pour certains, seuls des dommages-intérêts devraient, en pratique, pouvoir venir sanctionner le manquement à l'obligation de renégociation du contrat¹⁴⁹⁰.

On peut, certes, imaginer d'autres conséquences à cette obligation. En effet, « le refus de renégocier peut rendre illégitime la résiliation unilatérale, imputable dès

¹⁴⁸⁷ Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57, spéc. n° 19, p. 73.

¹⁴⁸⁸ L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, *op. cit.*, spéc. n° 8.

¹⁴⁸⁹ D. Houtcieff, obs. sous Cass. civ. 1^{er}, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, *op. cit.*, spéc. n° 14.

¹⁴⁹⁰ V. sur cet avis Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, *op. cit.*, n° 269 et s.

lors à la partie récalcitrante ; de même qu'en droit du travail elle prive la cause de licenciement de son caractère sérieux »¹⁴⁹¹.

526. Quant à l'obligation de moyen de mener les négociations en vue de parvenir à une adaptation du contrat, il faut faire une distinction entre deux hypothèses. D'une part, celle où il y a manquement à cette obligation – et c'est la question de la sanction de l'obligation de mener la renégociation de bonne foi –, d'autre part, celle où, malgré une renégociation menée de bonne foi, les parties n'aboutissent pas à un accord – et c'est la question du sort du contrat en cas d'échec de la renégociation.

Pour la première, un parallélisme pourrait être établi avec la mauvaise foi en phase précontractuelle, ou avec la rupture abusive des négociations. Dans ce cas, la faute – contractuelle – n'est pas constituée par le refus d'adapter le contrat, mais dans l'attitude et le comportement de la partie au cours de cette renégociation. La sanction ne peut donc être dans la conclusion forcée d'un accord, mais simplement dans des dommages-intérêts. Plus loin d'ailleurs, « [l]'évaluation des dommages-intérêts ne devrait (...) pas tenir compte des modifications qui auraient pu être admises par la partie responsable de l'échec. Une telle solution reviendrait sinon à laisser indirectement au juge le pouvoir de déterminer quelle modification était raisonnablement envisageable : la réparation du préjudice équipollerait alors à une révision indirecte du contrat »¹⁴⁹². Par contre, il pourra être envisagé que la partie qui a manqué à son obligation de mener de bonne foi la renégociation du contrat, devra réparer « le préjudice consistant dans la perte de parvenir à un traitement conventionnel de l'imprévision »¹⁴⁹³, si celui-ci est avéré.

Pour la seconde, quant au sort du contrat en cas d'échec de la renégociation, plusieurs réponses peuvent être données.

D'une part, si la renégociation est une obligation de moyen qui n'impose point aux parties de parvenir à un accord, « l'échec des discussions et efforts ne peut se traduire que par la continuation du contrat, jusqu'à ce que la partie frappée par les difficultés défaille »¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹¹ L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, *op. cit.*, spéc. n° 21.

¹⁴⁹² D. Houtcieff, obs. sous Cass. civ. 1^{er}, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, *op. cit.*, spéc. n° 16.

¹⁴⁹³ L. Aynès, *L'imprévision en droit privé*, RJ com. 2005. 397, spéc. n° 28.

¹⁴⁹⁴ F. Le Fichant, *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, Actes prat. ing. sociétaire 2011, n° 116, dossier 7, p. 25, spéc. p. 28.

Mais d'autre part, la résiliation du contrat pourrait être introduite en cas d'échec de la renégociation, ce qui remet en question la nature d'obligation de moyen de l'obligation de renégocier de bonne foi. D'ailleurs, les projets de réforme du droit des obligations et des contrats, « se rejoignent dans l'issue du contrat en cas d'échec des négociations : le contrat pourrait être résilié (...) Implicitement n'est-ce pas tourner l'obligation de négocier en une obligation de résultat, la sanction de l'échec des négociations étant toute trouvée ? La négociation doit aboutir, ou le contrat sera anéanti. L'intérêt au contrat ayant disparu (mais pour une partie seulement), le contrat peut disparaître »¹⁴⁹⁵.

Cette résiliation demeure, en droit français, judiciaire et non unilatérale. Par contre, « [le] droit anglais ainsi que les Principes Européens de Droit des Contrats, tendent à privilégier, à l'inverse, la résiliation unilatérale (...) Sur le plan économique (...) le créancier peut plus rapidement nouer avec un autre partenaire économique une autre relation contractuelle, et face à une modification générée par une contrainte externe, ce peut être la solution »¹⁴⁹⁶.

Une dernière question se pose ; étant les supports d'un comportement d'amitié et de solidarité envers le partenaire contractuel, comment concevoir le rôle du juge dans le contrôle de l'obligation de renégociation, ou de la révision du contrat pour imprévision, l'amitié étant par nature spontanée, et une affaire propre aux parties ?

3. Spontanéité de l'amitié et rôle du juge

527. En gardant à l'esprit que la théorie de l'imprévision est l'une des manifestations de la prise en compte dans sa connotation morale, on pourrait de prime abord penser que puisque l'amitié, l'altruisme, ou la solidarité ne peuvent être imposés, le juge ne devrait avoir aucun rôle à jouer au-delà de celui des parties. Pour Alain Sériaux par exemple, cette institution qui relève des domaines de l'amitié, de la grâce ou de la solidarité, doit « par nature être spontanée (...) le juge saisi d'une demande en exécution forcée d'un engagement contractuel devenu, par l'effet des circonstances, trop déséquilibré [devrait s'abstenir] de statuer, renvoyant ainsi les parties dos à dos puis, si elles le souhaitent vraiment, face à face. Ce serait une consécration de la pratique du non-droit au niveau judiciaire »¹⁴⁹⁷. Dans cet ordre

¹⁴⁹⁵ F. Le Fichant, *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, *op. cit.*, spéc. p. 29.

¹⁴⁹⁶ F. Le Fichant, *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, *op. cit.*, spéc. p. 30.

¹⁴⁹⁷ A. Sériaux, *Avant-propos*, in *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, *op. cit.*

d'idées, le juge ne peut jouer qu'un rôle de contrôle de l'exécution des obligations d'entamer et de mener de bonne foi cette renégociation. Il ne devrait en aucun cas pouvoir intervenir en cas d'échec de celle-ci.

Mais ce serait ici aussi, ignorer que la prise en compte, dans sa théorie pure, fondée sur un principe de fraternité recelant des valeurs d'altruisme, de solidarité et d'empathie, n'est donc pas qu'un simple sentiment, mais un comportement qui peut être imposé. Si la solidarité, ou l'altruisme, composantes d'un principe de fraternité, devraient être spontanées – comme la liberté ou l'égalité d'ailleurs – rien n'empêche l'adoption par le droit contractuel d'institutions ou de solutions aidant à l'instauration de ceux-ci et à leur développement. Il ne faut pas exclure le rôle du juge comme éducateur et formateur des comportements des contractants.

Nous verrons d'abord le rôle minimal du juge dans le contrôle de l'obligation de renégociation (a), et d'autre part la possibilité pour lui de jouer un rôle plus important, en cas d'échec de la renégociation entre les parties (b).

a. Contrôle de l'obligation de renégociation

528. Dans un premier temps, le juge contrôle l'exécution de l'obligation de renégociation du contrat, ou plus précisément les deux obligations d'entamer la renégociation du contrat si les conditions d'une situation de changement de circonstances sont réunies, et ensuite celle de mener de bonne foi cette renégociation.

En droit administratif, le juge ne révisé pas le contrat, mais incite les parties à renégocier leur contrat et en cas d'échec, il fixe une indemnité d'imprévision. Celle-ci « vise, il faut le rappeler, à atteindre la continuité du contrat et la survie du cocontractant en difficultés »¹⁴⁹⁸. Il en est de même dans le domaine de l'arbitrage.

En droit contractuel, quant à la première de ces obligations, obligation de résultat, le juge peut contrôler si le refus de renégociation du contrat est susceptible de constituer une faute engageant la responsabilité contractuelle¹⁴⁹⁹.

Quant à la deuxième de ces obligations, obligation de moyen, le juge contrôlera le comportement des parties au cours de la renégociation, leur sérieux et leur bonne foi dans la présentation de propositions et de contre-propositions en vue d'arriver à un accord. D'où l'importance du rôle du juge ici aussi. En effet, « sachant

¹⁴⁹⁸ A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, préface C. Thibierge, LGDJ, Paris, 2005, p. 107.

¹⁴⁹⁹ V. sur ce point, mais sur le fondement de la bonne foi, Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 20, p. 74.

que leur attitude sera contrôlée ultérieurement en cas d'échec de la renégociation, (...) les parties pourront arriver à une solution viable »¹⁵⁰⁰. Ce rôle incitera donc, en fin de compte, les parties à aboutir effectivement dans leur renégociation.

b. En cas d'échec de la renégociation

529. Si les parties ne parviennent pas, à l'issue de leur renégociation, à un accord scellant la réadaptation de leur contrat au changement de circonstances, quel serait le rôle du juge ? Le juge peut-il lui-même procéder à la révision du contrat ? Cette notion de révision paraît d'ailleurs « [trop] restrictive car le pouvoir du juge n'est pas seulement celui de réviser le contrat, mais aussi celui d'y mettre fin, à une date et dans les conditions qu'il détermine »¹⁵⁰¹. Qu'en est-il ? Le juge doit-il maintenir le contrat, ou celui-ci peut-il être révisé ou résilié ? Nous nous intéresserons à la faculté d'adaptation du contrat pour le juge (b.1), et ensuite à son encadrement quand elle existe (b.2).

b.1. Faculté d'adaptation du contrat pour le juge ?

530. Une première opinion soutient que, sans autorisation de la loi, la révision judiciaire est impossible parce que la technique contractuelle l'interdit¹⁵⁰². Le juge ne peut en aucun cas s'octroyer le pouvoir de remplacer les parties et d'adapter lui-même leur convention, tout au plus peut-il résilier le contrat si son exécution risque de ruiner l'une des parties¹⁵⁰³.

C'est la position de l'Avant-projet Catala qui octroie à chaque partie, et non au juge, en cas d'échec de la renégociation, « la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage »¹⁵⁰⁴.

Ceci paraît aussi être la position l'avant-projet de réforme de la Chancellerie¹⁵⁰⁵ avec son article 136 et « l'admission, extrêmement prudente, de l'intervention judiciaire en cas de refus ou d'échec d'une renégociation liée à un changement de circonstances (adaptation du contrat si les parties en sont d'accord, résiliation à défaut

¹⁵⁰⁰ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., n° 259.

¹⁵⁰¹ B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, RDC 2004, p. 67, spéc. n° 3.

¹⁵⁰² V. en ce sens, J.-P. Niboyet, *La révision des contrats par le juge*, in *Travaux de la semaine internationale de droit 1937*, Paris, Sirey, 1938, pp. 11 et 12.

¹⁵⁰³ En ce sens, É. Savaux, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français*, RDC 2010, p. 1057.

¹⁵⁰⁴ Art. 1135-3 alinéa 2 de l'avant-projet Catala.

¹⁵⁰⁵ Dont la première version remonte à 2008, V. F. Ancel, *Genèse, sources, esprit, structure et méthode*, in *La réforme du droit français des contrats en droit positif*, RDC 2009, p. 273.

d'accord) »¹⁵⁰⁶. C'est également celle de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats de 2013¹⁵⁰⁷, où le juge ne peut procéder à l'adaptation du contrat qu'en cas de commun accord des parties, ou à défaut, à la résiliation de celui-ci.

Pour certains, le contrat devrait même continuer à « produire ses effets, ce qui semble être la solution la plus légitime et la moins risquée. Les parties, dans cette deuxième hypothèse, n'utiliseront cette technique que dans les cas qu'elles jugeront réellement nécessaires et elles ne risqueront pas de laisser traîner des négociations inutiles »¹⁵⁰⁸.

Le refus des juges français jusqu'à présent, de s'accorder le pouvoir de réviser le contrat, alors qu'ils auraient pu le faire à l'instar d'autres juges sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du code civil, dénote un choix en faveur du principe de la force obligatoire du contrat, corollaire de la théorie de l'autonomie de volonté.

531. Au contraire, une autre opinion affirme que le juge, « dernier recours contre l'injustice »¹⁵⁰⁹, devrait pouvoir de manière subsidiaire, en cas d'échec de la renégociation, jouer un rôle pour trouver une solution, en adaptant lui-même le contrat. Seule cette solution permet d'assurer effectivement l'adaptation du contrat, et de réaliser les objectifs de celle-ci. Cette intervention favorise d'abord l'effectivité de l'objectif premier de prise en compte de l'intérêt du cocontractant affecté par le changement de circonstances, puisque même si les parties ne réussissent pas à trouver un accord, celui-ci ne devrait pas être laissé à son sort. Ensuite, cette intervention sert aussi l'objectif contractuel et économique de pérennité du contrat¹⁵¹⁰, de confiance en l'outil contractuel au-delà des vicissitudes du temps. En effet, le maintien du contrat sans son adaptation, malgré le changement de circonstances menaçant l'une des parties de ruine, tout aussi bien que sa disparition, sont des solutions tout aussi inévitables puisqu'elles font supporter l'intégralité du risque de bouleversement à l'une seule des parties.

¹⁵⁰⁶ S. Amrani-mekki et B. Fauvarque-Cosson, D. 2007, pan. Droit des contrats, p. 2966.

¹⁵⁰⁷ Cf. art. 104.

¹⁵⁰⁸ M. Mekki, *Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 15.

¹⁵⁰⁹ D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4, spéc. p. 18.

¹⁵¹⁰ En ce sens, M. Mekki, *Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 18. Pour lui, il est d'ailleurs « plus opportun d'autoriser le juge à réviser sans l'accord des parties sinon l'objectif de protection de la pérennité contractuelle dans le respect de l'économie voulue ne serait pas atteint ».

Pour les principes Unidroit¹⁵¹¹ et les Principes européens du droit du contrat¹⁵¹², « [à] défaut d'accord, le juge reçoit les plus larges pouvoirs, soit de résoudre le contrat (...) soit d'adapter le contrat, par exemple en accordant des délais, une réduction du prix ou une indemnité »¹⁵¹³.

L'Avant-projet Gandolfi donne dans son article 157 cette même faculté d'adaptation ou de résiliation, au juge.

Quant aux projets de réforme du droit français des contrats, seul l'avant-projet Terré, contrairement aux autres que nous avons évoqués, « franchit le pas et accorde au juge un pouvoir de révision indépendant de l'accord des parties »¹⁵¹⁴.

b.2. Encadrement de la faculté d'adaptation, quant elle existe

532. Ce pouvoir du juge doit pourtant être encadré. Il connaît notamment une limite dans l'« impossibilité pour le juge de refaire le contrat »¹⁵¹⁵, en imposant de nouvelles prestations par exemple. Le juge doit ainsi respecter les prévisions initiales des parties.

Certains évoquent la voie de la recherche d'« une solution au problème posé en tentant de reconstruire une volonté “implicite” ou “hypothétique” concernant la contingence en question »¹⁵¹⁶.

L'accord de volonté de base entre les parties devrait servir de limite ou d'indication pour le juge. En effet ce dernier ne doit pas créer un nouveau contrat mais adapter le contrat de base au changement de circonstances.

D'ailleurs, certains rappellent au juge que, pour pouvoir reconstituer cette

¹⁵¹¹ V. art. 6.2.3 des Principes d'Unidroit : « 1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. [...] 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal. 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; b) ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

¹⁵¹² V. art. 6 : 111 (3) des Principes du droit européen du contrat : « faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances ».

¹⁵¹³ D. Tallon, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, in Mélanges Alain Sayag, Litec, Paris, 1997, p. 403, spéc. p. 409.

¹⁵¹⁴ É. Savaux, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français*, op. cit. V. l'art. 92 alinéa 3 dudit projet : le « juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ».

¹⁵¹⁵ D. Tallon, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, op. cit., spéc. p. 409.

¹⁵¹⁶ B. Deffains et S. Ferey, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, RTD civ. 2010, p. 719.

volonté¹⁵¹⁷ supposée des parties – pour savoir en d’autres termes comment les parties auraient elles-mêmes procédé à la répartition des charges du changement de circonstances, « [un] certain nombre d’éléments objectifs peuvent être utilisés pour déduire la préférence de chacune des parties pour le risque »¹⁵¹⁸ tels l’objet du contrat ou la qualité des parties, éléments qui aideront le juge à répartir la charge du risque entre elles. « Ainsi, l’étude de l’économie générale du contrat, des clauses existantes concernant d’autres points que la situation d’imprévision peut fournir des informations sur les caractéristiques des agents et leurs préférences relatives pour le risque »¹⁵¹⁹.

Rappelons aussi que les Principes européens du droit du contrat évoquent à l’article art. 6 : 111 (3) une réadaptation « de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances ». L’équité semble ici être la voie pour encadrer le rôle du juge.

533. En droit français, en l’absence d’une solution législative claire traçant les limites du rôle du juge, deux affaires sont à relever, donnant des indices quant aux contours de ce rôle du juge tel qu’appréhendé en jurisprudence.

Dans la première, celle de la Cour d’appel de Paris¹⁵²⁰ que nous avons étudiée plus haut¹⁵²¹, la renégociation, prévue par une clause contractuelle, avait échoué, et le juge a imposé un second tour de négociation, sous l’égide d’un tiers, et s’est même réservée, en cas de nouvel échec, le pouvoir de résilier ou d’adapter le contrat.

Dans l’affaire des gaz à effet de serre¹⁵²², le juge Nancéien décide « [qu]’en cas d’échec de ces négociations, il appartiendra à la Cour, d’une part, de décider si le sort

¹⁵¹⁷ V. dans le même sens M. Mekki, *Hardship et révision des contrats. 2. L’harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision*, JCP G 2010, I, 1219, spéc. n° 19 : « la révision demeure un moyen de respecter la volonté des parties au stade même de l’exécution du contrat. Ainsi les critères de la révision doivent aussi s’articuler autour de la volonté des parties ». *Contra*, É. Savaux, *L’introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français, op. cit.* : « Prétendre respecter la volonté des parties dans ces hypothèses est un leurre, puisque ce sont les termes mêmes de la convention qui en compromettent la réalisation. En réalité, le juge refait le contrat, contre la volonté de l’un des contractants au moins. Une telle orientation est peut-être admissible lorsqu’il s’agit de lutter contre des manœuvres qui contredisent l’objectif défini en commun, au détriment de l’une des parties. Mais il n’y a rien de tel en cas de bouleversement imprévisible de l’équilibre des prestations. Le créancier réclame simplement l’exécution des obligations qui ont été convenues ».

¹⁵¹⁸ B. Deffains et S. Ferey, *Pour une théorie économique de l’imprévision en droit des contrats, op. cit.*

¹⁵¹⁹ *Ibid.*

¹⁵²⁰ CA Paris, 1^{er} ch. A, 28 sept. 1976, EDF c. Société Shell française, JCP 1978, II, 18810, obs. J. Robert.

¹⁵²¹ V. *supra* n° 463.

¹⁵²² V. *supra* n° 475 s.

des profits tirés de la vente des quotas de CO2 peut se déduire, sans dénaturation, de la commune intention des parties exprimée dans le contrat initial ou d'une interprétation de clauses obscures ou ambiguës et d'autre part, d'apprécier la responsabilité des parties dans le rejet des propositions adverses et de sanctionner un abus éventuel par des dommages-intérêts ».

Le juge semble ainsi se réserver le droit de réviser le contrat, au regard de l'expression initiale de volontés des parties¹⁵²³.

534. Ainsi, la prise en compte manifestée dans l'obligation de renégociation et la théorie de l'imprévision a pu être rattachée à la théorie pure de la notion. Cette dernière a à son tour contribué à l'encadrement de la théorie de l'imprévision.

Conclusion du Chapitre 1

535. Une première manifestation de la prise en compte de l'intérêt du partenaire, constituant un aménagement au principe de la force obligatoire du contrat, a pu être décelée dans l'hypothèse où intervient, après la conclusion du contrat, une difficulté d'exécution dont la source lui est étrangère, plus précisément dans ce qui est connu comme l'hypothèse d'imprévision.

536. Mais nous avons vu, dans un premier temps, que le refus persistant de la révision du contrat pour imprévision, marque le particularisme français au regard du droit comparé, ce qui a imposé une appréciation de la solution. Si certains arguments traditionnels semblent la justifier, cependant l'opportunité de l'admission de l'imprévision, ainsi que son effet positif quant à l'évolution souhaitée de la théorie classique, font apparaître la réforme sur ce point comme nécessaire. Justement, l'état de la question ne demeure pas statique, et nous avons pu constater un changement perceptible en jurisprudence vers l'introduction d'une obligation de renégociation du contrat, première étape vers l'admission de la révision du contrat pour imprévision. En outre, cette obligation de renégociation semble déborder les seules situations

¹⁵²³ V. sur ce point, S. Carval, note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, Juris-Data n° 2007-350306, RDC 2008, p. 759 : « la Cour de Nancy envisage la piste d'une interprétation, tout en précisant qu'elle ne pourrait se traduire par une dénaturation et n'aura donc lieu qu'en présence de clauses obscures ou ambiguës, ce qui est conforme à la position traditionnelle du droit des contrats ».

exceptionnelles de subordination ou de dépendance, pour se généraliser à tout type de contrat dont les effets sont appelés à se déployer dans le temps.

537. Nous nous sommes intéressés, dans un deuxième temps, aux liens entre théorie d'imprévision et théorie pure de la prise en compte.

Nous avons, d'une part, pu établir la compatibilité de la prise en compte qui se manifeste dans cette hypothèse, avec sa théorie pure. D'abord, sa particularité conceptuelle suffisante a pu être établie par rapport à la sanction d'un des éléments du contrat, à savoir la volonté ou la cause, ainsi que par rapport aux exigences de l'intérêt commun. L'insuffisance de la bonne foi pour la fonder, a permis de voir dans l'obligation de renégociation et dans la théorie de l'imprévision des supports autonomes de la prise en compte. Ensuite, sa finalité, comportant une facette économique avec les objectifs d'efficacité contractuelle et de service de l'intérêt égoïste, recèle, au-delà, une dimension morale et altruiste incitant à ne point rester indifférent au sort d'autrui, partenaire contractuel ou société entière.

D'autre part, l'encadrement nécessaire de la théorie d'imprévision, dont l'introduction est largement souhaitée, étant largement tributaire de la philosophie de l'institution, la prise en compte, telle que définie dans sa théorie pure, qui s'y manifeste, contribuera à cet encadrement. Elle affectera les critères d'existence de la situation d'imprévision, ainsi que le régime de la révision du contrat.

Quant aux critères d'existence de cette situation, celui subjectif de l'impact du changement de circonstances sur la situation des parties, avec le seuil du risque de ruine de l'une d'entre elles, critère découlant de la prise en compte dont elle est porteuse, est apparu comme supplantant et relativisant ceux objectifs retenus de l'extériorité et de la postériorité de l'évènement causal.

Quant au régime de la révision du contrat, si existe une première obligation de résultat imposant d'entamer la renégociation, celle de la mener de bonne foi ne peut être que de moyen, n'imposant point d'aboutir à un accord, ni le sacrifice des intérêts du contractant favorisé. La sanction de ces obligations remet pratiquement en question cette distinction. Mais c'est surtout la délimitation du rôle du juge qui est affectée par la prise en compte, puisque la volonté de forger un effectif comportement de ne pas rester indifférent face au sort du partenaire contractuel, impose de le doter, à côté du contrôle de ces obligations, du pouvoir de réadapter le contrat en cas d'échec de la renégociation entre les parties.

Qu'en est-il de la prise en compte, lors de la survenance d'une difficulté inhérente au cocontractant ?

Chapitre 2 : Prise en compte de l'intérêt du cocontractant lors de la survenance d'une difficulté inhérente à celui-ci

538. Nous nous intéressons maintenant au comportement exigé d'une partie devant les difficultés qu'éprouve l'autre dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Mais si dans l'hypothèse de l'imprévision, les difficultés étaient extérieures à la situation des parties, les difficultés dans ce cas sont rattachées et inhérentes à elle. Il se peut que le débiteur rencontre, en cours d'exécution du contrat, des difficultés, non liées à un changement extérieur des circonstances économiques, mais d'ordre personnel, de vie privée, de santé ou même le chômage... Son cocontractant peut-il rester indifférent à son sort dans ce cas ?

Or, nous comprenons qu'au regard de la force obligatoire du contrat, « [l]'atteinte ici est beaucoup plus forte que lorsque la modification du contrat est liée à des circonstances extérieures (révision pour imprévision) »¹⁵²⁴. En effet, la force obligatoire du contrat viendrait paralyser tout regard postérieur à la conclusion du contrat, sur la situation personnelle ou économique des parties, telles qu'elles évoluent au cours de l'exécution du contrat. Le contrat a justement été conclu pour prévenir les parties contre ces fluctuations postérieures à la conclusion de celui-ci, et pour leur assurer une certaine stabilité et une certaine emprise sur le futur.

Cependant, nous allons voir que le droit positif présente des solutions qui vont contre cet état statique de départ, et qui introduisent, au nom d'une vision beaucoup plus dynamique de la force obligatoire, une exigence de comportement des parties face aux difficultés inhérentes au partenaire contractuel. Si « le contrat n'est pas une entité isolée du monde extérieur, insensible à ses évolutions, ses mutations et ses dérèglements »¹⁵²⁵, la force obligatoire ne peut pas vouloir dire de figer le contrat à partir du moment où il est conclu, sans aucun regard aux circonstances et évolutions qui l'affectent après.

¹⁵²⁴ P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, Dr. et patr. mai 1998, p. 88, spéc. p. 89.

¹⁵²⁵ D. Mazeaud, *La réduction des obligations contractuelles*, Dr. et patrimoine mars 1998, p. 56, spéc. p. 59.

Nous verrons que la place réservée en droit contractuel au domaine de la grâce (Section 1), ainsi que l'aménagement du surendettement des particuliers (Section 2), sont deux manifestations de la prise en compte, remettant en question le principe de la force obligatoire, lorsque survient une difficulté face à l'exécution du contrat, inhérente au cocontractant.

Section 1 : Les mesures de grâce

539. C'est d'abord la place réservée en droit positif à la grâce qui vient démentir ce dédain pour les difficultés éprouvées par les parties une fois le contrat conclu, puisque celle-ci se présente comme une porte d'entrée pour la prise en compte de l'intérêt du cocontractant et de sa situation, en phase d'exécution du contrat.

Une fois le contrat conclu, celui-ci donne naissance à des obligations, dont le spécifique est qu'il peut être fait appel au pouvoir de contrainte pour obliger la partie récalcitrante à les respecter. La situation de la partie et les difficultés qu'elle peut éprouver devraient donc être indifférentes. Cependant, le Droit a toujours réservé une place au domaine de la grâce.

En effet, « l'appel à la force est dans le vouloir-vivre de l'obligation juridique. Mais il est contredit par des mouvements de sens opposé : la répugnance à la violence, l'amour du repos, la pitié pour l'autre ou la réflexion sur soi-même, qui tendent à freiner, infléchir ou même arrêter l'exécution. Ce qui se traduit par des atermoiements ou des réductions de dettes – comme il y a ailleurs des sursis ou des réductions de peine -, des accommodements de fait ou de droit, autant de limites qui endiguent sans nier la force de l'obligation. C'est cet ensemble que voudrait transcender le vocable de la grâce, dans sa polysémie, esthétique, juridique, théologique »¹⁵²⁶.

La grâce est ici employée dans un sens large pour évoquer toutes les mesures que prend le créancier spontanément, ou qu'impose le juge, pour freiner le principe de force obligatoire, et faire preuve de tolérance envers le débiteur dont la situation paraît être difficile. Elle couvre plus spécifiquement pour nous les institutions du délai de grâce, ainsi que la remise de dette.

¹⁵²⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 332. V. aussi A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, RTD Civ. 1993, p. 789, spéc. n° 1 : « Notre système juridique fait apparemment une assez large place à la grâce. Encore ne faut-il pas se leurrer. D'origine latine, le concept de grâce est polysémique, tant dans le langage courant ».

Ainsi, la grâce relève donc d'un registre différent de celui des droits. En effet, « celui qui la réclame ne possède aucun droit dont il puisse se prévaloir; celui qui l'accorde n'est en rien tenu de le faire; il agit par pure bonté »¹⁵²⁷. Cependant, cette grâce se trouve être organisée dans le Code civil, dans ces deux institutions.

Cette grâce est reliée expressément par certains à la fraternité contractuelle. Ainsi, il a pu être affirmé que « [si] la méconnaissance de ces obligations donne généralement lieu à responsabilité, il arrive que l'exigence de fraternité contractuelle permette au juge de modifier les termes du contrat afin de prendre en compte la situation difficile de la partie débitrice, que ce soit par l'octroi de délai de grâce, expression d'une compassion imposée au créancier, ou par la réduction du taux des intérêts d'un contrat de crédit, voire par leur suppression »¹⁵²⁸.

Nous verrons, d'une part, les modalités de la prise en compte introduite par les mesures de grâce (Section 1), et nous vérifierons ensuite si telle prise en compte relève de la théorie pure de la notion (Section 2).

§1. Mesures de grâce et modalités de prise en compte

540. Les mesures de grâce sont des techniques permettant l'exercice de la tolérance envers un contractant qui rencontre des difficultés en phase d'exécution du contrat. Deux acteurs se partagent la possibilité d'intervenir pour la prise en compte de la situation et de l'intérêt de celui-ci. D'un côté, c'est le juge qui, sur autorisation de la loi, peut imposer au créancier des mesures de tolérance envers le débiteur, de l'autre, le cocontractant c'est-à-dire le créancier lui-même, peut les accorder spontanément.

Il s'agit donc pour nous d'exposer et d'étudier, sous l'appellation de « mesures de grâce », l'institution du « délai de grâce » d'un côté, ainsi que celle de « remise de dettes » de l'autre. Les différents délais ou remises accordés sont donc toutes deux des mesures de grâce qui peuvent être accordées par le juge ou par le créancier. C'est pourquoi nous préférons parler de mesures de grâces en général. Il ne faut, cependant,

¹⁵²⁷ A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, op. cit., spéc. n° 1. V. dans ce sens également P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, op. cit., spéc. p. 91 : « les délais de grâce n'ont jamais constitué et ne constituent toujours pas l'objet d'un véritable droit pour le débiteur en difficulté ; ils sont, comme leur nom l'indique, une simple faveur ».

¹⁵²⁸ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357, n° 31. V. égal. l'opinion du doyen Carbonnier qui relève l'affirmation pour certains qu'« il y a là une vue très dynamique de l'obligation, l'espérance que, malgré la tension du moment, une solidarité persiste entre le créancier et le débiteur. La grâce, c'est ce dépassement de la force

« pas être dupe de la distinction formelle entre remises et délais : en termes financiers, remises ou délais sont strictement équivalents et impliquent une réduction de la créance »¹⁵²⁹.

En effet, avec l'évolution de l'institution du « délai de grâce », ce n'est plus la nature des mesures octroyées, à savoir un délai de paiement ou une remise totale ou partielle de la dette, qui justifie d'étudier séparément ce qui est communément appelé « délai de grâce » et « remise de dette ». Nous allons le voir, le remaniement de l'institution du « délai de grâce » permet actuellement au juge à côté de l'octroi de délais de paiement, de réduire partiellement la dette. Ce qui fonde la séparation entre ces deux techniques se trouve donc ailleurs, dans la source de la mesure. D'une part, en ce qui concerne le « délai de grâce » traditionnel, c'est une faculté pour le juge, organisée législativement, qui impose la mesure de prise en compte au créancier. D'autre part, en ce qui concerne la « remise de dette », la source de la mesure se trouve dans la volonté spontanée du créancier.

« Délai de grâce » et « remise de dette » ne seront donc pas visées au sens strict, mais nous ferons référence par ces termes à deux institutions différentes non par la nature de la mesure octroyée mais par la source de celle-ci.

C'est pourquoi nous préférons distinguer la prise en compte imposée de l'intérêt du cocontractant (A), de celle spontanée (B)¹⁵³⁰.

A. Prise en compte imposée de l'intérêt du cocontractant

541. Le juge est le premier acteur incitant à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Il s'agit ici principalement de l'institution du « délai de grâce »¹⁵³¹,

exécutoire par une fraternité invisible des contractants » (J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit, p. 337).

¹⁵²⁹ F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, Paris, 1997, spéc. p. 327.

¹⁵³⁰ La distinction entre une mesure imposée au créancier par décision judiciaire, ou celle qu'il accorde spontanément, aura des conséquences sur la nature de la mesure, ainsi que sur sa finalité, ce qui nous importe au plus haut point dans la recherche d'une théorie pure de la notion de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, comme nous aurons l'occasion de le voir.

¹⁵³¹ Sur laquelle A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, par J. De La Morandière, t. 2, Dalloz, Paris, 1935, pp. 383 s., n^{os} 408 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey, Paris, 8^e éd., 2013, pp. 270 s., n^{os} 273 s. ; C. Larroumet (sous la dir. de), *Traité de Droit civil*, t. 4, par J. François, *Les obligations. Régime général*, Économica, Paris, 2013, pp. 273 s., n^{os} 260 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 2013, pp. 610 s., n^{os} 1124 s. ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989, pp. 54 s., n^{os} 59 s. ; H. L. et J. Mazeaud et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, pp. 1000 s., n^{os} 909 s. ; J. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *obligations*,

organisée par les articles 1244-1 et suivants du Code civil, lui octroyant la faculté d'accorder des mesures de grâce dans certaines conditions.

L'octroi de mesures de grâce au nom du pouvoir modérateur du juge, est défini par le doyen Cornu comme « la faculté ouverte au juge (...) de faire fléchir la rigueur d'un principe dans le cas où l'application pure et simple (de celui-ci) aurait des conséquences excessives »¹⁵³².

Nous préférons parler de mesures de grâce au lieu du traditionnel « délai de grâce », parce que nous allons voir qu'avec le remaniement profond qu'a connu la matière, il s'agit beaucoup plus que d'un simple pouvoir d'accorder des délais de paiement, le juge se trouvant aussi doté du pouvoir de réduire la dette.

1. Siègne de la matière

542. Le délai de grâce de droit commun est institué dès le Code civil de 1804, et trouve son siège aux articles 1244-1 et suivants du Code civil, comme précédemment signalé.

Le juge a donc une faculté organisée par le législateur sur le fondement des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, d'accorder des mesures de grâce au débiteur qui se trouve dans une situation difficile lors de l'exécution du contrat.

La durée du délai a été peu à peu prolongée jusqu'à atteindre aujourd'hui deux ans, et le texte de droit commun a connu de nombreuses modifications¹⁵³³, dont la dernière remonte à 1991¹⁵³⁴ et est relative aux procédures civiles d'exécution, qui impose au juge de prendre en considération à côté de la situation du débiteur, les « besoins du créancier », tout en élargissant le pouvoir du juge par la nature des mesures de grâce qu'il peut désormais octroyer. Nous y reviendrons.

2^e partie, LGDJ, 1931, pp. 325 s., n^{os} 1018 s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. 2, obligations : contrat – responsabilité, Droits réels : biens – propriété*, LGDJ, Paris, 1957, pp. 553 s., n^{os} 1493 s. ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 1998, pp. 681 s., n^{os} 190 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations, t. 3, Régime général*, Litec, Paris, 6^e éd., 1999, n^{os} 444 et s. ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n^o 1205s., pp. 1252 s..

¹⁵³² G. Cornu, *Droit civil approfondi : L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, éd. Les Cours de droit, Paris, 1970/71, p. 236.

¹⁵³³ Sur lesquelles, V. A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, n^o 190, spéc. p. 682.

¹⁵³⁴ Loi n^o 91-650 du 9 juillet 1991.

Ensuite, de nombreuses dispositions spéciales sont venues compléter ce texte de base¹⁵³⁵. En effet, « les dispositifs permettant l'octroi de tels délais ou remises se sont multipliés dans un droit contemporain très marqué par la crise économique, et (...) le traditionnel délai de grâce de l'article 1244 du Code civil se trouve aujourd'hui noyé sous un déluge de textes spéciaux bénéficiant à toutes les catégories de débiteurs »¹⁵³⁶, tous cependant construits sur le délai de grâce de droit commun.

Quelles sont les mesures qui peuvent être imposées par le juge ?

2. Mesures accordées : suspension de l'exécution ou réduction du montant de la dette

543. La prise en compte de l'intérêt du débiteur qui rencontre des difficultés pour exécuter son contrat, se décline en différentes mesures de grâce que le juge peut imposer au créancier, en vertu de la faculté qui lui est accordée par la loi.

L'article 1244-1 du Code civil dispose dans son alinéa premier que « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues ». Il poursuit dans son alinéa second que « [par] décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital ».

Nous en déduisons donc, que deux types de mesures peuvent être octroyées par le juge, « le droit temporaire de ne pas exécuter » d'un côté, et le « droit d'exécuter autrement » de l'autre, selon les expressions de Madame Cécile Chabas¹⁵³⁷.

¹⁵³⁵ V. par ex. A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. n° 1, qui relève entre autres l'article 25 du décret du 30 décembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires, l'article 8 de la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, l'article 14 de la loi du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, et l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986. V. égal. l'inventaire de ces textes spéciaux *in* P. Soustelle, *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, thèse Saint-Etienne, 1996, sous la dir. de P. Ancel. V. aussi sur ce point S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ, Paris, 1999, p. 396, qui expose certaines dispositions spéciales, prolongement du droit commun du délai de grâce, comme par exemple les articles L. 313-12 du Code de la consommation relatif aux opérations de crédit mobilier et immobilier, 24 alinéa 2 de la loi du 6 juillet 1989 relative au bail d'habitation, et L. 613-1, 2 et 3 du Code de la construction et de l'habitation.

¹⁵³⁶ P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, *op. cit.*

¹⁵³⁷ C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, Paris, 2002, n° 249 s., pp. 251 s., et n° 309 s., pp. 309 s.

C'est pourquoi il nous est paru plus juste, surtout avec le dernier remaniement de 1991 ouvrant la possibilité pour le juge d'opter pour la deuxième forme de mesures, de parler plus largement de « mesures de grâce », plutôt que du traditionnel « délai de grâce »¹⁵³⁸.

544. Le juge peut dans un premier temps, dans la limite de deux années, reporter le terme de l'obligation ou échelonner le paiement, et ce sont les mesures traditionnelles rattachées à l'institution du « délai de grâce ». Le report du paiement correspond ainsi à une « suspension du moment de l'exécution »¹⁵³⁹, qui a « pour objet de faire échec au jeu normal du terme »¹⁵⁴⁰, et constitue la première modalité-limite du jeu de la grâce. En effet, il n'est pas donné au juge « de la faire surabonder. Elle ne lui a été confiée que pour une mission définie : accorder ou non des délais au débiteur dans la limite des deux années, insérer ou non dans l'obligation un terme qui n'y était pas. Ces délais, ce terme sont qualifiés comme étant *de grâce*. Mais remarquez l'étrangeté : le mot qui aurait pu infuser un sens à l'institution ne se trouve pas dans le texte qui la fonde, l'article 1244-1, remaniement de l'article 1244 »¹⁵⁴¹.

Constatons simplement que le texte de l'article vise seulement les « sommes dues », ce qui exclurait du domaine d'opération du délai de grâce, les autres formes d'obligations que celles monétaires, à savoir les obligations de faire ou de ne pas faire¹⁵⁴². Pour d'autres cette restriction dans la rédaction n'est pas concluante. En effet, les délais peuvent être accordés « qu'il s'agisse d'une dette d'une somme d'argent ou, plus largement, d'une obligation quelconque, notamment d'une obligation de faire »¹⁵⁴³. En bref, tous les types d'obligation seraient concernés¹⁵⁴⁴.

¹⁵³⁸ V. sur ce point, A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. n° 4 : « Ce n'est plus de délais de grâce dont il faut parler mais, plus largement, de mesures de grâce ».

¹⁵³⁹ A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. n° 3.

¹⁵⁴⁰ J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Les effets du contrat*, LGDJ, Paris, 3^e éd., 2001, n° 166, spéc. p. 206.

¹⁵⁴¹ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, p. 336.

¹⁵⁴² En ce sens, S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, *op. cit.*, p. 396, spéc. p. 399 n° 459 : « le nouvel article 1244-1 du Code civil, en visant les “sommes dues”, introduit une restriction de bénéfice du délai de grâce, qui ne semble s'appliquer qu'aux obligations de somme d'argent. Ainsi, un délai de grâce peut être accordé par le juge à tout débiteur dont la dette est échue et dont le recouvrement est poursuivi par le créancier ».

¹⁵⁴³ A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. n° 1. L'auteur donne un exemple quant à l'obligation de faire, V. CA Paris, 28 nov. 1990, D. 1991, inf. rap., p. 30, RTD Civ. 1991, p. 735, obs. J. Mestre.

¹⁵⁴⁴ Sauf dispositions légales contraires, notamment quant aux dettes d'aliments (art. 1244-1 al. 4 C. civ.), à la lettre de change (art. L. 511-81 C. com.), au billet à ordre (art. L. 512-3 C. com.), ou au chèque (art. L. 131-66 C. mon. et fin.).

545. Mais il revient au juge dans un deuxième temps, depuis la loi du 9 juillet 1991, et sur « décision spéciale et motivée », de réduire le taux d'intérêt sur les sommes reportées ou rééchelonnées – dans la limite cependant du seuil du taux légal, la réduction ne pouvant être inférieure à celui-ci dans ce cas –, ou même d'imputer le paiement d'abord sur le capital¹⁵⁴⁵. Notons avec un auteur que « le juge n'est pas susceptible, selon la rédaction de ce texte, de pouvoir cumuler ces deux dispositions »¹⁵⁴⁶.

D'autre part, précisons que les alinéas 1 et 2 de l'article 1244-1 ne sont pas une alternative donnée au juge, dans le sens où, seulement si celui-ci consent à accorder des délais de paiements, pourra-t-il par la suite octroyer l'une des deux mesures de l'alinéa 2, à savoir la réduction du taux d'intérêt ou l'imputation du paiement d'abord sur le capital, de ces sommes rééchelonnées ou reportées. Un arrêt du 19 septembre 2007 constitue un exemple d'application de ce texte¹⁵⁴⁷.

Ces deux dernières mesures, inspirées de la loi du 31 décembre 1989 relative au traitement du surendettement des particuliers, que nous traiterons à la section suivante, heurtent plus franchement le principe de la force obligatoire, puisqu'il est porté atteinte au cœur de la créance, ces mesures correspondant en définitive à une réduction de la dette. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant est ici plus forte ; « [pour] la première fois depuis 1804, la faveur ne consiste plus seulement à aménager le terme, mais à modifier le contenu de l'obligation »¹⁵⁴⁸.

En effet, la réduction possible du taux d'intérêt correspondant aux sommes reportées ou rééchelonnées porte atteinte à la contrepartie du créancier. Ces intérêts représentent en fait le prix du désistement du créancier de ces sommes, pour leur mise à disposition du débiteur. Ensuite, l'imputation des paiements sur le capital d'abord, aboutit à la réduction du montant des intérêts dus, par la réduction de l'assiette, ce qui est bel et bien une atteinte au cœur de la créance.

Cette intensité d'atteinte à la créance nous pousse à nous interroger sur la nature et le pouvoir du juge ?

¹⁵⁴⁵ Par dérogation à l'art. 1254 C. civ.

¹⁵⁴⁶ R. Viprey, *Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ?*, D. affaires 1997, p. 918, spéc. p. 920.

¹⁵⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 06-10.629, Bull. civ., I, n° 289 qui décide entre autres qu'« [en] application des dispositions de l'article 1244-1 du code civil, le tribunal ne peut substituer des intérêts au taux légal aux intérêts conventionnels sans accorder des délais de paiement sur le principal et en fixer la durée ».

3. Nature et régime du pouvoir accordé au juge

546. Il est important de nous arrêter sur la nature (a) et le régime (b) de ce pouvoir organisé par le législateur et accordé au juge, d'imposer la prise en compte.

a. Nature : Faculté judiciaire, et pouvoir souverain d'appréciation

547. Le juge a un pouvoir souverain d'appréciation¹⁵⁴⁹ dans l'octroi ou le refus d'octroyer le délai de grâce, faculté qui lui est reconnue par le législateur.

Certes l'article 1244-1 stipule que c'est en considération de « la situation du débiteur » et « des besoins du créancier » que le juge *peut* adopter l'une des mesures de grâce, mais « ces critères légaux sont en réalité simplement indicatifs, et laissent au juge la possibilité de prendre en considération au surplus d'autres circonstances telle que la situation économique »¹⁵⁵⁰.

548. Le refus d'octroyer un délai ou une mesure de grâce relève même d'un pouvoir « discrétionnaire »¹⁵⁵¹ du juge et, par conséquent, celui-ci n'a pas à motiver sa décision¹⁵⁵². La Cour de cassation a réaffirmé dans un arrêt du 24 octobre 2006¹⁵⁵³ qu'« en refusant d'accorder un délai de paiement au débiteur, la Cour d'appel n'a fait qu'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'article 1244-1 du Code civil, sans avoir à motiver sa décision ». Même s'il expose ses motifs, ceux-ci ne peuvent être remis en question, ni être utilisés comme fondement à un recours contre la décision du juge, parce que justement ceux-ci n'ont pas à être donnés.

Mais pour ce qui est de la deuxième forme de mesures que le juge peut octroyer depuis le remaniement législatif de 1991, à savoir la possibilité de réduction

¹⁵⁴⁸ C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, RTD civ. 2012, p. 33.

¹⁵⁴⁹ Pour des exemples en jurisprudence, Cass. civ. 2^e, 10 juin 1970, Bull. civ. II, n° 201 ; JCP 1970, IV, 204 ; 28 mars 1973, *eod. loc.*, 101 ; Cass. civ. 1^e, 5 juill. 1988, *eod. loc.*, I, 216 ; Defrénois 1989, art. 34470, p. 355, obs. J.-L. Aubert ; Cass. civ. 3^e, 14 oct. 1992, Juris-Data n° 002228 ; Cass. civ. 3^e, 15 mai 1996, Bull. civ. III, n° 115 ; Cass. civ. 2^e, 3 juin 1999, Bull. civ. I, n° 110 ; Cass. com., 16 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 193, D. 1998, p. 429 ; JCP 1998, II, 10218, note D. Meledo-Briand.

¹⁵⁵⁰ S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, *op. cit.*, p. 399, n° 459.

¹⁵⁵¹ Par ex. Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 2007, n° 06-17.003, Bull. civ. I, n° 330. Sur ce point, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 610, n° 1124 : « La mesure ne profite qu'au débiteur, car c'est à sa personne qu'elle se destine et en considération de sa situation particulière que, pour l'essentiel, elle se décide. Mesure de charité individuelle, elle s'accrode – ou se refuse – de manière discrétionnaire. Par ces deux traits, elle est bien une “grâce” ».

¹⁵⁵² Cass. Req. 7 juin 1859, Dr. et patr. 1860, n° 1, p. 21 ; 8 nov. 1892, Dr. et patr. 1893, n° 1, p. 33 ; Cass. Req. 19 juill. 1920, S. 1921, n° 1, p. 132 ; Cass. civ. 1^e, 5 juill. 1988, *op. cit.*

¹⁵⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2006, n° 05-16.517, Bull. civ. I, n° 435.

du taux d'intérêt dus sur les sommes reportées ou rééchelonnées ou l'imputation du paiement d'abord sur le capital, le juge peut le faire, mais sur « décision spéciale et motivée ». Dans ce cas, la motivation est donc obligatoire.

Notons au passage, que certains auteurs relèvent la différence sur ce point entre le délai de grâce sollicité par voie principale, ou celui qui l'est par voie reconventionnelle. En effet, cette absence d'obligation de motivation n'existe que dans le cas d'un refus d'octroyer un délai ou une mesure sollicités par voie reconventionnelle, puisque lorsque ceux-ci sont demandés par voie principale, la motivation imposée refait son apparition, puisque le Code de procédure civile¹⁵⁵⁴ « en fait, de manière générale, l'obligation pour tout jugement, à peine de nullité »¹⁵⁵⁵. De même, l'alinéa 4 de l'article 510 du Code de procédure civile stipule en matière d'exécution du jugement que « l'octroi du délai de grâce doit être motivé ». Donc, si le juge choisit d'accompagner sa décision d'exécution d'un jugement de l'octroi d'un délai de grâce, celui-ci doit motiver sa décision.

549. Hormis ces exceptions, cette nature discrétionnaire de la faculté judiciaire, témoigne de la vision qui estime que la mesure de grâce ne constitue point un droit pour le débiteur, mais simplement une mesure de faveur qu'il est possible pour le juge – mais pour le créancier aussi – de lui octroyer¹⁵⁵⁶, et qui à ce titre est dotée d'un caractère exceptionnel.

Qu'en est-il du régime de la prise en compte imposée ?

b. Régime

550. D'abord, les dispositions instituant la faculté pour le juge d'octroyer des mesures de grâce sont d'ordre public, c'est-à-dire qu'aucune stipulation contractuelle ne pourrait introduire à l'avance une renonciation à en bénéficier. C'est d'ailleurs ce qui est expressément stipulé à l'article 1244-3 qui dispose que « [toute] stipulation contraire aux dispositions des articles 1244-1 et 1244-2 est réputée non écrite ».

¹⁵⁵⁴ Art. 455.

¹⁵⁵⁵ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005, n° 601. V. aussi sur ce point A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. note 39 : « Pour éviter l'arbitraire, les décisions judiciaires accordant des délais de grâce doivent être motivées (art. 510 al. 2 NCPC), de manière à ce que le créancier puisse interjeter appel en connaissance de cause ». L'alinéa 2 dans la version initiale du décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile, est aujourd'hui devenu l'alinéa 4, dans la version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005.

¹⁵⁵⁶ Sur ce point, v. par ex. S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, *op. cit.*, p. 399, n° 459.

Si ces dispositions sont d'ordre public, cela ne veut point dire que le juge peut les invoquer d'office, puisque le « caractère d'ordre public d'une disposition législative implique simplement l'illicéité de toute convention contraire »¹⁵⁵⁷.

551. Ensuite, « le juge dispose de la faculté d'accorder des délais de grâce à un débiteur de bonne foi, soit lorsqu'il est saisi d'une action en résolution du contrat (article 1184 alinéa 3), soit sur demande autonome »¹⁵⁵⁸.

Le texte, par ailleurs, ne précise pas le juge compétent, et l'on pourrait donc penser que n'importe quel débiteur, sauf prohibition légale spéciale, peut solliciter le bénéfice de ces textes de droit commun. Ainsi, « toute personne qui se voit judiciairement condamnée au paiement d'une dette peut, à titre subsidiaire, demander au juge de lui accorder la faveur de délais pour s'exécuter »¹⁵⁵⁹.

Ce qui est certain, c'est que contrairement aux mesures de traitement de la situation de surendettement par exemple, il n'est pas exigé une situation économique particulière du débiteur, ou du créancier, pour pouvoir octroyer les mesures de grâce.

552. Une fois accordé, le délai n'est pas renouvelable¹⁵⁶⁰, mais une question demeure posée : le juge a-t-il l'obligation de préciser la durée du délai qu'il octroie? Le texte qui instaure la limite maximale de deux ans, ne précise rien quant à cette question. Cependant, la jurisprudence a répondu à celle-ci en affirmant dans un arrêt du 7 janvier 1998¹⁵⁶¹, rendu sous le visa de l'article 1244-1, que « le juge qui accorde des délais de paiement, doit fixer la durée des délais accordés ». Certes, le texte « n'impose pas directement au juge du fond, (...) de préciser sa durée, mais, indirectement, cette obligation paraît quand bien même découler du plafond de deux ans qu'il lui fixe et dont la Cour de cassation veille au strict respect »¹⁵⁶². On aurait

¹⁵⁵⁷ G. Paisant, note sous Cass. com., 2 oct. 1984, JCP G 1985, I, 20433. V. aussi sur ce point G. Cornu, *Chronique de contrats spéciaux*, RTD civ. 1978, p. 380.

¹⁵⁵⁸ A. Bénabent, *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat. Rapport français*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiana 1992, Litec, Paris, 1994, p. 291, spéc. p. 296.

¹⁵⁵⁹ A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. n° 1.

¹⁵⁶⁰ A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. n° 3. V. aussi, pour l'interdiction de l'octroi de délais successifs dont la durée globale est supérieure au maximum légal, Cass civ. 1^e, 6 juill. 1959, D. 1959, p. 393.

¹⁵⁶¹ Cass. civ. 2^e, 7 janv. 1998, Bull. civ., II, n° 4 ; JCP 1998, I, 129, obs. G. Loiseau ; D. affaires 1998, p. 146 ; Defrénois 1988, p. 737, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1998, p. 369, obs. J. Mestre.

¹⁵⁶² J. Mestre, *Le juge qui accorde au débiteur des délais de paiement, doit fixer la durée des délais accordés*, RTD. civ. 1998, p. 369.

pu considérer, dans le silence de la décision judiciaire, que c'est le maximum permis par la loi qui est présumé accordé. Mais la Cour elle, a préféré exiger une précision de délai comme en témoigne cet arrêt, ce qui est assez critiquable au regard du pouvoir d'appréciation reconnu au juge en la matière. Le juge en ne fixant pas la durée du délai octroyé, n'est-il pas en train de considérer en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation des circonstances, que celle-ci devrait être la durée maximale permise?

Cette durée maximale de deux ans a été fixée par la loi du 11 juillet 1985. Précédemment, la loi du 20 août 1936 avait fixé ce maximum à un an. Le texte initial lui ne précisait pas de plafond, mais indiquait seulement que celui-ci devait être « modéré ».

Cette solution adoptée par la Cour serait « peut-être l'occasion de rappeler que les délais de paiement ne sont qu'une faveur dont la loi permet au juge de faire profiter certains débiteurs. Comme telle, elle n'est donc nullement automatique, ni dans le principe de son octroi, ni dans le bénéfice de la durée légale maximale. Ainsi, pas plus que le silence du juge sur une demande de délai de grâce ne peut valoir acceptation de celle-ci et octroi de la mesure sollicitée (cf. Cass. req., 19 juill. 1920 : S. 1921, 1, p. 132 ; - 31 oct. 1928 : S. 1929, 1, p. 32), son silence sur la durée du délai accordé n'emporte allocation de la durée la plus longue. En bref, la faveur suppose toujours du juge qu'il se prononce expressément »¹⁵⁶³.

553. Notons finalement que si l'effet du délai de grâce n'est que de différer les poursuites, « [contrairement] à la dette affectée d'un terme, la dette assortie d'un délai de grâce est susceptible de s'éteindre par compensation avec une créance exigible »¹⁵⁶⁴.

B. Prise en compte spontanée de l'intérêt du cocontractant

554. Le créancier est le deuxième acteur en matière de grâce. Il est possible pour lui, en effet, sans se le voir imposé par le juge, de prendre en compte l'intérêt de son cocontractant en lui accordant spontanément toute mesure de grâce.

À côté de la faculté qui demeure pour le créancier, en vertu du principe de l'autonomie de volonté, d'adopter toute mesure qui facilite l'exécution ou le paiement pour le cocontractant, de lui accorder des délais de paiement, ou un rééchelonnement

¹⁵⁶³ G. Loiseau, note sous Cass. civ. 2^e, 7 janv. 1998, JCP G 1998, I, 129.

de celui-ci par exemple, nous étudierons plus spécifiquement la remise de dette¹⁵⁶⁵ qui trouve son siège aux articles 1282 et suivants du Code civil.

Contrairement aux mesures de grâces instituées par le Code civil comme relevant de l'exercice d'une faculté judiciaire, au nombre desquelles le juge peut, « sur décision spéciale et motivée », et ce depuis 1991, accorder des remises partielles de dettes comme nous l'avons évoqué plus haut, la remise de dette dont nous traitons spécifiquement ici est celle qui trouve sa source dans la volonté spontanée du créancier¹⁵⁶⁶.

Nous présenterons la technique (1) pour nous arrêter ensuite sur sa nature conventionnelle (2).

1. Présentation de la technique de remise de dette

555. Le créancier peut toujours, en vertu du principe de l'autonomie de volonté, spontanément et sans se le voir imposé par le juge, octroyer toute mesure qui faciliterait l'exécution par le cocontractant de son obligation, tels par exemple, des délais de paiement ou un rééchelonnement de celui-ci, une réduction du taux d'intérêts, ou encore une remise de tout ou partie de sa dette.

Plus particulièrement, la remise de dette n'est pas définie par le code qui se contente de la traiter dans sa seule perspective probatoire¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁴ H. L. et J. Mazeaud et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, p. 1003, n^o 912.

¹⁵⁶⁵ Sur laquelle, A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrétien Lextenso éditions, 13^e éd., 2012, pp. 634 s., n^{os} 883 s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, par J. De La Morandière, t. 2, Dalloz, Paris, 1935, pp. 334 s., n^{os} 353 s. ; J. Carbonnier, *Droit civil, t.2, Les biens. Les obligations*, PUF/Quadrige, Paris, 2004, n^o 1268, pp. 2509 s. ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation*, Sirey, Paris, 8^e éd., 2013, pp. 437 s., n^{os} 472 s. ; C. Larroumet (sous la dir. de), *Traité de Droit civil, t. 4, par J. François, Les obligations. Régime général*, Economica, Paris, 2013, pp. 129 s., n^{os} 130 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, pp. 645 s., n^{os} 1170 s. ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil. Les obligations, t. 2, Le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989, pp. 273 s., n^{os} 309 s. ; H. L. et J. Mazeaud et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, op. cit.*, pp. 1229 s., n^{os} 1194 s. ; J. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. 7, obligations*, 2^e partie, LGDJ, 1931, pp. 634 s., n^{os} 1303 s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. 2, obligations : contrat – responsabilité, Droits réels : biens – propriété*, LGDJ, Paris, 1957, pp. 690 s., n^{os} 1933 s. ; R. Savatier, *Cours de droit civil, t. 2*, LGDJ, Paris, 1949, n^{os} 554 s., pp. 253 s. ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, pp. 711 s., n^{os} 199 s. ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n^{os} 1459 s., pp. 1497 s. ; D. Houtcieff, Rép. civ. Dalloz, V^o Renonciation ; J.-Cl. Civ. Code, Art. 1282 à 1288, par Ph. Simler.

¹⁵⁶⁶ Sur ce point, J. Carbonnier, *Droit civil, t.2, Les biens. Les obligations, op. cit.*, n^o 1268 : « Le débiteur est libéré sans contrepartie ; mais dans la remise de dette, c'est de la volonté du créancier qu'il tient sa liberté : dans la prescription, c'est de la loi ».

¹⁵⁶⁷ Art. 1282 et 1283 C. civ.

Elle est une renonciation¹⁵⁶⁸ par le créancier à son droit, renonciation acceptée¹⁵⁶⁹ par le débiteur. Elle est un mode d'extinction de l'obligation. Les articles 1285 et 1287 du Code civil parlent de « décharge conventionnelle ». La remise de dette a donc un caractère conventionnel, sur lequel nous nous arrêterons plus longuement. Celle-ci peut par conséquent être à titre gratuit ou onéreux¹⁵⁷⁰. Certes, lorsqu'elle intervient à titre gratuit, elle sera soumise à un contrôle plus étendu, à l'instar de tous les actes à titre gratuit.

Si certains auteurs ont estimé que la remise de dette intervenant à titre onéreux, donc recevant une contrepartie équivalente, devait être disqualifiée en dation en paiement ou novation par changement d'objet¹⁵⁷¹, et que la remise de dette était donc nécessairement une renonciation sans contrepartie, la Cour de cassation a elle confirmé, la possibilité pour la remise d'intervenir à titre gratuit ou à titre onéreux¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁸ V. sur ce point H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, op. cit.*, n° 1194-2 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. 2, obligations : contrat – responsabilité...*, *op. cit.*, n° 1933 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations, t. 3, Régime général*, Litec, Paris, 6^e éd., 1999, n° 444 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, p. 645, n° 1170 ; A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 885.

¹⁵⁶⁹ En effet, il faut retenir une conception large de la renonciation, puisqu'ici elle doit être acceptée par le débiteur. V. sur ce point F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1459, spéc. p. 1497 ; Ph. Simler, J.-Cl. civ., art. 1282 à 1288, n° 2 ; *Rappr.* F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, Paris, 1985, n°s 35 s. *Contra*, P. Raynaud, *La renonciation à un droit*, RTD civ. 1936, p. 763, spéc. n°s 6 et 17, pour qui la renonciation est un acte unilatéral et abdicatif d'un droit.

¹⁵⁷⁰ La doctrine reste partagée sur ce point. Pour une certaine partie son caractère est nécessairement gratuit, elle suppose l'absence de contrepartie et l'intention libérale, V. H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, op. cit.*, n° 1195 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations, t. 3, Régime général, op. cit.*, n° 369 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, par J. De La Morandière, t. 2, *op. cit.*, n° 353, p. 334 ; R. Savatier, *Cours de droit civil, t. 2, op. cit.*, n° 554, p. 253. *Contra*, pour le caractère tantôt gratuit tantôt onéreux de la remise, J. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. 7, obligations, 2^e partie, op. cit.*, n° 1304 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. 2, obligations : contrat – responsabilité, op. cit.*, n° 1935 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil. Les obligations, t. 2, Le régime, op. cit.*, n° 310 ; J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1268, spéc. p. 2510 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1459, spéc. p. 1498 ; A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 883 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, p. 645, n° 1170 ; C. Larroumet (sous la dir. de), *Traité de Droit civil, t. 4, par J. François, Les obligations. Régime général, op. cit.*, p. 130, n° 131 ; Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, V° Remise de dette, n°s 17 s. ; Ph. Simler, J.-Cl. civ., art. 1282 à 1288, n°s 11 et s. ; L. Aynès, note sous Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, n° 94-12.856, LPA 31 janv. 1997, p. 15.

¹⁵⁷¹ V. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, par J. De La Morandière, t. 2, *op. cit.*, n° 353, p. 334 ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, op. cit.*, n° 1195.

¹⁵⁷² Cass. com. 2 oct. 2001, n° 98-19.694, Bull. civ. IV, n° 154 ; D. 2001, AJ, p. 3119, note A. Lienhard ; Act. proc. coll. 2001-n° 18, comm. 237, obs. C. Régnaut-Moutier ; RTD com. 2002, p. 164, n° 14, obs. Martin-Serf ; RJDA 2002, p. 179 ; Rev. proc. coll. 2002, p. 275, obs. G. Blanc ; Dr. et procéd. 2002, p. 23, obs. Y. Picod ; JCP 2001, IV, 2836. V. aussi. Cass. civ. 1^e, 24 oct. 2006, n° 05-19792.

La Cour affirme en effet que « la remise de dette, qui a un caractère gratuit ou onéreux, peut être consentie lors d'une transaction ». Dans ce dernier cas, elle aura un caractère onéreux¹⁵⁷³.

Intéressons-nous plus particulièrement à sa nature conventionnelle.

2. Nature conventionnelle

556. Il est donc possible pour le créancier d'accorder au débiteur, spontanément sans se le voir imposé par le juge, une remise de dette. Cependant, il reste soumis à l'acceptation du débiteur, d'où la nature contractuelle de la remise de dette.

Mais, dans certaines hypothèses, le créancier qui octroie une remise de dette peut y avoir été incité dans le cadre d'une procédure collective ou organisée, ce qui remet en question le caractère spontané de la remise.

Intéressons-nous ainsi à la remise de dette spontanée d'une part (a), et à celles incitées ou imposées de l'autre (b).

a. Renonciation spontanée : accord nécessaire du débiteur

557. La remise de dette relève de l'exercice de l'autonomie de volonté du créancier. L'élément déterminant demeure ainsi dans la source de la remise à savoir la volonté du créancier, et c'est pourquoi elle fait partie des mesures de prise en compte spontanée de l'intérêt du débiteur.

Mais la volonté du créancier n'est pas suffisante¹⁵⁷⁴, il faut en effet l'acceptation du débiteur, puisque « la dette étant constitutive d'un rapport d'obligation entre deux personnes, le créancier ne peut rompre unilatéralement le lien au maintien duquel le débiteur peut avoir un intérêt matériel ou moral. De ce fait, le *mutuus consensus* sera nécessaire pour défaire ce lien, conformément aux dispositions

¹⁵⁷³ V. sur ce point J. Carbonnier, *Droit civil, t.2, Les biens. Les obligations, op. cit.*, n° 1268, spéc. p. 2510: « C'est normalement un abandon sans contrepartie, donc un acte à titre gratuit, plus précisément une donation indirecte. Cependant, elle peut aussi, parfois, avoir une contrepartie dans les abandons en sens inverse que consent le débiteur : elle apparaît alors comme l'élément constitutif d'une transaction (al. 2044), partant comme un acte à titre onéreux ».

¹⁵⁷⁴ V. sur ce point, H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, op. cit.*, n° 1194-2 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations, t. 3, Régime général, op. cit.*, n° 366 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *op. cit.*, n° 309 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation, op. cit.*, p. 437, n° 473 ; C. Larroumet (sous la dir. de), *Traité de Droit civil, t. 4, par J. François, Les obligations. Régime général, op. cit.*, p. 129, n° 130 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, p. 645, n° 1170 ; A. Sériaux, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 199. *Contra* : J. Carbonnier, *Droit civil, t.2, Les biens. Les obligations, op. cit.*, n° 1268.

de l'article 1134, alinéa 2, du code civil »¹⁵⁷⁵. Ainsi, la remise de dette portant atteinte au rapport d'obligation, qui est un lien juridique entre deux – le créancier et le débiteur –, elle doit nécessairement être acceptée par les deux. Soumise donc à l'acceptation du débiteur pour déployer ses effets, elle a une nature conventionnelle¹⁵⁷⁶, et un « caractère bilatéral »¹⁵⁷⁷. Ainsi, « elle n'existe que lorsque le débiteur a accepté l'offre à lui faite par le créancier de rompre le lien juridique qui les unit »¹⁵⁷⁸.

Par exemple, et en jurisprudence, après avoir longtemps reconnu à l'employeur le droit de renoncer à l'obligation de non concurrence stipulée à son profit pour ne pas avoir à payer, en contrepartie, l'indemnité de non concurrence à son salarié, la Cour de cassation est revenue sur cette solution, dans un arrêt de la chambre sociale du 17 février 1993¹⁵⁷⁹. Mais notons que la Cour ne s'appuie pas dans sa motivation expressément sur le caractère conventionnel de la remise de dette, comme elle aurait pu le faire, mais se contente de relever simplement que la clause de non concurrence est stipulée dans l'intérêt des deux parties.

558. Il ne faut certes pas oublier que le créancier peut aussi faire jouer la prescription extinctive, celle-ci « ne [demandant] que de ne rien faire (...). La faveur de la liberté, qui est une grâce, mine secrètement l'obligation »¹⁵⁸⁰. Cependant, cette opération ne serait pas qualifiée de remise¹⁵⁸¹, celle-ci exigeant la rencontre de volontés entre le débiteur et le créancier.

Notons, que le créancier peut ainsi, dans l'exercice de sa liberté contractuelle, exprimer la volonté d'accorder à son débiteur une mesure de grâce quelconque, même par exemple une à l'instar de celles dont dispose l'article 1244-1 de Code civil, à

¹⁵⁷⁵ Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, V^o Remise de dette, spéc. n^o 8.

¹⁵⁷⁶ M. Planiol, G. Ripert, P.-E. Esmein, *Traité pratique de droit civil français, op. cit., t. 7*, n^o 1304 ; J. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil, t. 2, Obligations, contrats, sûretés réelles*, LGDJ, Paris, 4^e éd. 1952, n^{os} 604 et 605 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil, op. cit.*, n^o 1304.

¹⁵⁷⁷ Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, V^o Remise de dette, spéc. n^o 6.

¹⁵⁷⁸ P. Raynaud, *La renonciation à un droit*, RTD civ. 1936, p. 763, spéc. p. 778 n^o 17.

¹⁵⁷⁹ D. 1993, p. 347, note Y. Serra.

¹⁵⁸⁰ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 333.

¹⁵⁸¹ Au maximum, cet acte constituerait une « offre de remise : elle pourra être révoquée tant qu'elle n'aura pas été acceptée, sous réserve de l'hypothèse où le pollicitant n'aurait pas respecté le délai d'acceptation par lequel il se serait lui-même lié et de celle d'un retrait abusif. Elle deviendra irrévocable du fait de l'échange des consentements : c'est à cet instant que s'éteindra l'obligation », Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, V^o Remise de dette, spéc. n^o 10.

savoir des délais de paiements, des rééchelonnements de celui-ci, ou une réduction du taux d'intérêts, ou encore une remise de tout ou partie de sa dette. Certes, lorsqu'il le fait, il n'est pas soumis aux restrictions des articles 1244-1 et suivants du code civil qui organisent la faculté judiciaire, et il pourra imaginer n'importe quelle mesure de grâce, puisque ceci relève de son autonomie de volonté. En ce qui le concerne, il exerce pleinement sa liberté contractuelle qui lui permet aussi de faire fi du principe de la force obligatoire de son contrat, et de renoncer à son droit. Mais toujours est-il qu'il reste soumis à l'acceptation du débiteur, d'où la nature contractuelle de ces mesures.

D'ailleurs en ce qui concerne le délai de paiement que le créancier accorde spontanément à son débiteur, M. Sériaux préfère le désigner par « terme de grâce »¹⁵⁸², pour le distinguer du « délai de grâce », qu'il réserve à celui octroyé par le juge.

Quant est-il de la nature des renonciations incitées ou imposées ?

b. Renonciations imposées ou incitées

559. L'élément essentiel pour qualifier un acte de renonciation à une créance, en « remise de dette », se trouve dans la rencontre de volontés des débiteur et créancier. La remise de dette ne peut donc pas être imposée par le juge.

Nous pouvons tirer de cette affirmation deux conséquences.

560. D'abord, toute mesure imposée ne peut être qualifiée de remise de dette.

En effet, les mesures que peut octroyer le juge en vertu de la faculté qui lui est reconnue à l'article 1244-1 alinéa 2, à savoir la réduction du taux d'intérêt sur les sommes correspondant aux échéances reportées ou l'imputation des paiements d'abord sur le capital, ne peuvent être qualifiées de remises partielles de dettes. Puisqu'elles sont imposées par le juge au créancier, au maximum pouvons-nous les qualifier de réductions judiciaires de la dette.

Certes, la même solution est à adopter lorsque ces mesures sont imposées par la commission ou le juge lors du traitement du surendettement des particuliers. En effet, et nous aurons l'occasion de les exposer plus en détails à la section suivante, la commission et le juge sont dotés, lors du traitement de la situation d'un particulier surendetté, du pouvoir de recommander ou d'adopter des mesures qui reposent

¹⁵⁸² A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. note n° 13.

réellement sur des « renonciations » à un droit. Citons par exemple et surtout l'effacement partiel ou total des dettes, la faculté pour la commission ou le juge¹⁵⁸³ d'imputer les paiements d'abord sur le capital, de réduire le taux d'intérêts sur les sommes dont le paiement est reporté ou rééchelonné – réduction qui peut être inférieure au taux légal¹⁵⁸⁴ –, ou en cas de vente forcée ou amiable du logement principal du débiteur, de réduire le montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit après la vente. Notons que pour ces deux dernières mesures, la jurisprudence a même transformé la réduction en surpression. Nous y reviendrons.

Toutes ces mesures qui constituent de réelles renonciations partielles ou totales au droit de créance ne constituent pourtant pas des « remises de dettes », parce que ces renonciations sont forcées. Cet élément joue donc un rôle décisif quant à la qualification de ces mesures.

561. Ensuite, la jurisprudence a même été plus loin en considérant que toute mesure incitée, ne pouvait être qualifiée de remise de dette.

Elle a en effet énoncé dans un arrêt du 13 novembre 1996¹⁵⁸⁵ que, « malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement prévu par l'art. L. 331-6 c. consomm., ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'art. 1287 c. civ. », et les a donc jugées inopposables, par application de ce dernier texte¹⁵⁸⁶, au créancier par la caution. Certes, la solution est compréhensible lorsque ces mesures sont imposées par le juge lors du traitement du surendettement, mais la nuance devrait être faite lorsqu'elles sont octroyées par le créancier, lors de l'élaboration d'un plan conventionnel¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸³ Nous reviendrons sur ces différentes compétences à la section suivante.

¹⁵⁸⁴ Sur décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige.

¹⁵⁸⁵ Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, 94-12.856, Bull. civ. I, n° 401, p. 281; D. 1997, inf. rap. p. 141, concl. Sainte-Rose, note Moussa; et D. 1997, Som. com. p. 178, note D. Mazeaud; et p. 200, note P.-L. Châtain et F. Ferrière; JCP 1997, II, 22780, obs. M. Mury; et I, 4033, n° 7, obs. Ph. Simler; JCP E 1997, II, 903, note D. Legeais; Defrénois 1997, art. 36515, p. 293, obs. L. Aynès; RTD com. 1997, 142, obs. G. Paisant; RTD civ. 1997, p. 190, obs. P. Crocq; Gaz. Pal. 1997, n° 2, Som. com. p. 189, obs. S. Piedelièvre; LPA 31 janv. 1997, p. 15, note L. Aynès; Contrats, conc., consom. 1997, chron. 7, obs. Marie; V. égal. Brocard, D. affaires 1998, p. 318.

¹⁵⁸⁶ Cet article dispose que la « remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions ».

¹⁵⁸⁷ *Contra*, Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, V° Remise de dette, spéc. n°s 14-15 : « les remises de dettes (auxquelles il faut assimiler les suppressions et réductions d'intérêt) incluses dans le plan, conservent bien un caractère conventionnel. Certes, la remise de dette n'est pas ici spontanée et n'est jamais

Ceci s'expliquerait par le fait que, lors du traitement du surendettement d'un particulier, les différentes mesures en phase de conciliation au moment de l'élaboration d'un plan conventionnel, même si elles ont un caractère conventionnel apparent, puisqu'elles doivent être acceptées par le débiteur et le créancier, sont en effet des actes de prise en compte incités.

Nous reviendrons sur cette décision à la section suivante, mais relevons simplement que la solution dénote le désir de concevoir la volonté du créancier de manière dynamique, non simplement formelle. Il paraît pourtant critiquable que la « finalité » du plan ait joué un rôle dans la qualification des mesures, sur la base de la considération que « les règlements collectifs amiables participent davantage d'une constatation collective et amiable de la défaillance du débiteur que d'une démarche de faveur faite par les créanciers »¹⁵⁸⁸. Si la finalité ne peut avoir une incidence sur la qualification des mesures, elle s'avèrera primordiale dans le rattachement de ces manifestations de la prise en compte à la théorie pure de la notion, comme nous le verrons à la section suivante.

Après avoir vu les deux modalités de prise en compte introduites par les mesures de grâce, à savoir celle spontanée et celle incitée, examinons le rattachement de cette prise en compte à la théorie pure de la notion.

§2. Mesures de grâce et théorie pure de la prise en compte

562. Les mesures de grâce sont une manifestation de la prise en compte imposée ou spontanée, comme nous l'avons démontré. Mais celle-ci peut-elle être rattachée à la théorie pure de la notion ?

Avant de procéder à l'examen de la finalité de la prise en compte introduite par ces institutions (B), c'est au titre de l'effet sur la théorie classique des obligations et contrats que se rapproche cette prise en compte de la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité, redessinant l'équilibre entre principes de liberté

désintéressée. Mais la commission ne fait qu'inciter à la remise, sans l'imposer : le plan tire sa force de la convention conclue entre le débiteur-consommateur et ses créanciers (V. Calais-Auloy et Steinmetz, *Droit de la consommation*, 7^e éd., 2006, n° 534 ; V. égal. Picod et Davo, *Droit de la consommation*, 2005, n° 507) (...). Par conséquent, bien que non spontanée et jamais désintéressée, la remise de dette conserve son caractère volontaire. En effet, la conciliation n'est pas une procédure collective - qui soumettrait par définition les créanciers à une discipline collective et égalitaire -. C'est avant tout une procédure volontariste, consensuelle et inégalitaire ».

¹⁵⁸⁸ Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, Paris, 3^e éd., 2000, n° 720.

et d'égalité. Nous verrons, en effet, d'abord le recul de la force obligatoire du contrat avec l'affaiblissement du droit de créance qu'elles entraînent (A).

A. Le recul de la force obligatoire du contrat : affaiblissement du droit de créance

563. Rappelons que la remise en question de la théorie classique des obligations et contrats passe en partie par la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, dans ce qu'elle porte – dans sa théorie pure, fondée sur un principe de fraternité – comme dynamique de limitation de l'individualisme, pilier de la théorie classique.

Nous devons donc d'abord, examiner la relation entre mesures de grâce, manifestations de la prise en compte, et théorie classique des obligations et contrats.

564. L'octroi de mesures de grâce constitue certes, un affaiblissement du droit de créance, et donc une atteinte au principe de la force obligatoire du contrat.

Ceci est particulièrement le cas lorsque ces mesures sont imposées par le juge au créancier.

En effet, « le souci de protéger le débiteur obéré est étranger à la tradition libérale et individualiste issue du code civil. La règle est celle de la force obligatoire des conventions, de leur immutabilité, du respect de la parole donnée. L'individu ne peut se soustraire à la rigueur du contrat auquel il s'est volontairement soumis. Ces principes fondateurs ne sont pas dissociables du postulat de liberté et d'égalité qui domine toute la pensée juridique du premier XIX^e siècle. C'est pourquoi l'article 1244-1 alinéa 2 est si difficile à justifier. La version originale, particulièrement timide, est à cet égard révélatrice : il reconnaît au juge le pouvoir d'accorder des délais “modérés” tout en recommandant de n'user de cette faculté qu'avec “une grande réserve” et “en considération de la position du débiteur” »¹⁵⁸⁹.

Ce malaise initial avec l'institution du « délai de grâce » révèle avec clarté la difficulté pour la théorie classique des obligations et contrats de composer avec toute institution qui introduit une prise en compte de l'intérêt du cocontractant, lorsque celui-ci rencontre des difficultés pour exécuter, aux dépens du principe de la force obligatoire.

¹⁵⁸⁹ C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, RTD civ. 2012, p. 33.

D'ailleurs, pour le doyen Ripert ne pas payer n'est plus un « art », c'est un « droit »¹⁵⁹⁰, et ce dernier stigmatise la disparition de la « notion d'échéance (...), remplacée par l'esprit de moratoire ou l'espérance de la révision »¹⁵⁹¹.

565. Les différents remaniements de l'institution avec l'évolution de la qualité des mesures et du pouvoir du juge, sont d'ailleurs allés dans le sens du dépassement toujours plus grand de la théorie classique des obligations et contrats et le dogme de la force obligatoire.

Certes, et depuis la dernière modification de la législation sur le délai de grâce, le degré d'atteinte au principe de la force obligatoire devrait être nuancé. En effet, lorsque c'est un délai qui est accordé au débiteur, l'atteinte est beaucoup moindre que lorsqu'il y a réduction du taux d'intérêt ou imputation des paiements d'abord sur le capital.

Effectivement, « le délai de grâce traditionnel n'est pas une modification du fond de la créance, encore moins une sorte de révision du contrat : il n'apparaît que comme une suspension des procédures d'exécution forcée contre le débiteur. La dette affectée du délai de grâce n'en reste pas moins exigible, et le droit au paiement du créancier est maintenu (...). Le délai reste en quelque sorte à la surface des choses, il n'affecte que la *“Haftung”* (le pouvoir de contrainte) et non la *“Schuld”* (l'obligation elle-même) »¹⁵⁹². Ceci est essentiel, puisque la caution sera tenue elle de payer s'il lui est demandé de le faire, puisque la dette demeure exigible, et seul le pouvoir de contrainte à l'égard du débiteur est suspendu pendant le délai.

Par contre, les deux dernières mesures qu'il est possible au juge d'adopter heurtent plus franchement le principe de la force obligatoire, puisqu'il est porté atteinte au cœur, à la substance de la créance, ces mesures correspondant en définitive à une réduction de la dette.

566. Pourtant, l'encadrement de l'institution du « délai de grâce » par la loi et la jurisprudence, comme nous l'avons vu avec l'exposé du régime de celle-ci, témoigne de la position de principe qui reste celle du principe de la force obligatoire,

¹⁵⁹⁰ *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, n° 80, spéc. p. 155.

¹⁵⁹¹ *Ibid.* V. aussi et surtout sa chronique *Le droit de ne pas payer ses dettes*, DH 1936, n° 28, Chron. XV, pp. 57-60.

¹⁵⁹² P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, Dr. et patr. mai 1998, p. 88, spéc. pp. 94-95.

et à la protection qui reste due de celui-ci. Rappelons que le juge doit rendre une décision spéciale et motivée pour pouvoir opter pour une des mesures de réduction de la dette. Ensuite, la situation du créancier doit aussi désormais être prise en considération, et celle du débiteur doit être « appréciée par le juge en tenant compte de sa bonne foi, des efforts consentis pour tenir ses engagements, du caractère passager de son insolvabilité ou des conséquences désastreuses d'une exécution immédiate »¹⁵⁹³.

Si la force obligatoire du contrat maintient sa position de principe, toujours est-il que les mesures de grâce en constituent des aménagements certains.

La force obligatoire apparaît donc comme un principe finalisé, et non comme « un dogme absolu, (...) une fin en soi »¹⁵⁹⁴. Le respect de la parole donnée doit composer avec d'autres principes tout aussi important ou supérieurs même, telle une certaine conception de la justice, ou le principe de fraternité avec sa principale composante ; la solidarité. Pour cela, dans certaines circonstances, le juge ou le créancier spontanément peuvent sacrifier l'application rigide du principe de la force obligatoire au profit d'une prise en compte de l'intérêt du débiteur en difficultés, en lui accordant un certain répit avec l'une ou l'autre des mesures de grâce.

Dans cette perspective, les mesures de grâce accordées spontanément par le créancier, notamment la remise de dette, et parce qu'elle relève pour lui de l'exercice de sa liberté contractuelle, et qu'elle reste soumise à la rencontre de volontés, ne serait pas une atteinte à la théorie classique, mais au contraire une application pure et simple du principe de l'autonomie de volonté et de son corollaire, la force obligatoire du contrat.

C'est donc d'abord par son effet de limitation du principe de la force obligatoire que la prise en compte, telle qu'introduite par les mesures de grâce, est rattachable à la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité. En effet, son action est compatible avec celle exercée par ce dernier principe-fondement sur la théorie classique des obligations et contrats.

Mais c'est surtout l'examen de la finalité de la prise en compte dans ces hypothèses, qui permettra d'en vérifier le rattachement à la théorie pure.

¹⁵⁹³ C. Gau-Cabée, « Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, op. cit., spéc. note 49.

¹⁵⁹⁴ D. Mazeaud, *Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel »*, LPA 7 mai 2004, p. 47.

B. La finalité de la prise en compte

567. Intéressons-nous tour à tour à la finalité de la prise en compte imposée (1), puis à celle de la prise en compte spontanée (2), telles que manifestées dans les mesures de grâce.

1. Finalité de la prise en compte imposée

568. Avec les multiples remaniements de l'institution du « délai de grâce », ceux sont plusieurs philosophies qui se sont succédées pour justifier la finalité de celle-ci. En effet, le texte de départ qui incitait le juge à n'accorder que des délais « modérés », se référait aussi exclusivement à la « position du débiteur ».

En 1936 est introduite aussi comme indication pour le juge « la situation économique », absente du texte aujourd'hui.

En 1991, une considération en sens opposé fait son entrée, à savoir les « besoins du créanciers ». Notons qu'avec le dernier remaniement, a aussi été ajouté au texte la possibilité pour le juge de subordonner l'octroi d'un délai de grâce à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Mais sommes-nous toujours, dans ce dernier cas, dans le registre de la grâce ?

On pourrait ainsi dire que l'article 1244-1 actuel « superpose ostensiblement plusieurs strates historiques. Ce sont autant de critères de la grâce qui sont proposés aux juges du fond, entre lesquels ils pourront se mouvoir dans un pouvoir souverain d'appréciation »¹⁵⁹⁵.

Qu'en est-il réellement ? Les mesures de grâce répondent-elles à une finalité d'ordre objectif, c'est-à-dire à une meilleure satisfaction du créancier et une plus grande efficacité du contrat, ou au contraire à une finalité d'ordre subjectif, ayant comme souci la situation du débiteur pour lui accorder un répit, ou une aide ? Et ces deux objectifs sont-ils exclusifs l'un de l'autre ?

Si les mesures de grâce que peut imposer le juge apparaissent comme ayant un caractère objectif de plus en plus marqué (a), la finalité du texte est principalement subjective (b).

a. Finalité d'ordre objectif : efficacité du contrat

¹⁵⁹⁵ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 337.

569. Il est souvent plus efficace pour le créancier de s'armer de patience pour obtenir l'exécution de l'obligation ; « le plus souvent, il peut et même a intérêt à attendre »¹⁵⁹⁶. Il lui est paradoxalement donc plus efficace de faire jouer la grâce. En effet, « certaines mesures sont plutôt favorables, en fait, au créancier, qui peut espérer obtenir davantage, à terme, que ce qu'il réussirait à encaisser par une saisie immédiate. Déjà, pour justifier la consécration des délais de grâce dans le Code civil, Bigot-Préameneu soulignait que l'octroi d'un tel délai pouvait être dans l'intérêt du créancier lui-même »¹⁵⁹⁷.

Mais s'il est avantageux parfois de faire jouer la grâce, « il ne semble pas équitable pour autant de mettre à son tour le créancier dans la gêne sous prétexte de préserver le débiteur »¹⁵⁹⁸.

570. D'ailleurs, si la version originale de l'article 1244-1 du Code civil recommandait de prendre en considération « la position du débiteur », depuis 1991, la loi a introduit expressément pour le juge l'obligation de prendre en compte à côté de la situation du débiteur, les « besoins du créancier ». Le juge est ainsi « [amené] à peser les intérêts en présence, avec le souci de rechercher un certain équilibre »¹⁵⁹⁹ et à arbitrer ceux-ci.

L'intérêt du créancier est donc aussi primordial que celui du débiteur. Voilà là une différence essentielle avec les mesures de traitement du surendettement des particuliers, dont la finalité qui s'est affirmée avec l'évolution de l'institution, est celle à caractère social de redresser la situation du débiteur et d'éviter la marginalisation et l'exclusion de celui-ci, et non d'aider le débiteur à payer ses créanciers. Justement, et en application de cette évolution, la jurisprudence a estimé que même en l'absence de ressources, le débiteur pouvait prétendre au bénéfice des mesures de traitement du surendettement¹⁶⁰⁰. Nous y reviendrons plus en détails dans la section suivante. Par contre, pour les mesures de grâce, le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire peut justement se fonder sur l'absence de ressources du

¹⁵⁹⁶ A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, RTD Civ. 1993, p. 789, spéc. n° 2.

¹⁵⁹⁷ P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁹⁸ S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ, Paris, 1999, p. 396, spéc. p. 400, n° 459.

¹⁵⁹⁹ S. Golshani, D. Bordes, B. Cichostepski, et O. Rambaud Martel, *Les délais de paiement : un instrument au service de la conciliation*, *Rev. sociétés* 2009, p. 11, spéc. p. 13.

¹⁶⁰⁰ Cf. arrêts Bracq et Rousselet, Cass civ. 1^e, 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 41, p. 27, que nous étudierons dans la section suivante.

débiteur, et l'impossibilité donc de prendre en compte les « besoins du créancier » et de sauvegarder l'intérêt de ce dernier, pour refuser d'octroyer un délai de grâce¹⁶⁰¹. Logiquement, le juge sera réticent à l'octroi de mesures de grâce à un débiteur se trouvant dans une situation qui n'est pas ouverte à une possibilité d'amélioration, puisque « [dans] ces conditions, l'octroi de délais de paiement ne saurait lui permettre de rebondir ni de voir sa situation financière s'améliorer. À l'inverse, dans ce laps de temps, les besoins du créancier sont susceptibles de se révéler impératifs »¹⁶⁰². Dans cette hypothèse, le débiteur pourrait toujours se rabattre sur la législation sur le traitement du surendettement des particuliers, dans le cas où, bien sûr, il répond aux conditions pour en profiter.

Au contraire, si l'octroi du délai de paiement paraît comme susceptible d'aboutir à un redressement de la situation du débiteur, le juge en vertu des articles 1244-1 et suivants du Code civil – ou le créancier –, pourront lui accorder un délai suffisamment long pour lui permettre de sortir de sa situation difficile et d'exécuter ses obligations¹⁶⁰³.

571. Mais, concrètement seuls une petite partie des créanciers verront leurs intérêts pris en compte, puisque « seuls ceux qui “vivent” du paiement ponctuel des échéances verront leurs intérêts protégés par les tribunaux, au nom du même souci d'humanité qui motive leur clémence à l'égard de l'endetté, sans que puissent en bénéficier le créancier qui n'est pas dans le besoin ou la partie économiquement forte que représente l'établissement de crédit »¹⁶⁰⁴. Mais cette préoccupation tournée vers la situation du créancier remet ici en avant l'impératif humaniste, ce qui est logique puisque le souci de prendre en compte l'intérêt d'une partie en difficulté, par la mise en œuvre d'un devoir de solidarité fondé sur un principe de fraternité, est réciproque et concerne les deux parties. Le doyen Carbonnier relève justement que cette prise en

¹⁶⁰¹ V. par. ex. Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 05-16517, RDC 2007, n° 2, p. 263, note D. Mazeaud. Sur d'autres exemples où l'octroi d'un délai de paiement s'avère inutile, V. CA Besançon, 31 mars 1992, Juris-Data n° 040621 ; CA Douai, 23 mai 1991, Juris-Data n° 050979 ; CA Montpellier, 20 juin 1989, Juris-Data n° 002255 ; T. civ. Strasbourg, 13 mars 1937, DH 1937, p. 375.

¹⁶⁰² J.-E. Kuntz et V. Nurit, note sous Cass. com., 6 déc. 2011, n° 10-25689, LPA 2012, n° 139, p. 15.

¹⁶⁰³ V. sur ce point G. Loiseau et M. Billiaur, *Chronique. Régime de l'obligation*, JCP G 2012, doctr. 945, spéc n° 6 : « Le délai de paiement doit en effet être largement compris comme un temps devant permettre au débiteur de régler sa dette et, dans cette perspective, de procéder aux opérations susceptibles de lui procurer des fonds. À cet effet, il n'est que juste de donner du temps au temps ».

¹⁶⁰⁴ S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, op. cit., p. 396, spéc. p. 400, n° 459.

compte des « besoins du créancier » n'est, pour certains juristes, « qu'un juste rééquilibrage, une réciprocité toute naturelle »¹⁶⁰⁵.

Si, après l'octroi des mesures de grâce, les besoins du créancier et une situation de gêne rendant nécessaire pour lui de se faire payer se déclarent, certains auteurs pensent qu'il semblerait logique de lui permettre de recourir au juge pour mettre fin à ces mesures¹⁶⁰⁶.

572. Il ne faut pas oublier enfin que l'alinéa 3 de l'article 1244-1 stipule que le juge peut, lorsqu'il octroie des mesures de grâce, « subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette ». C'est une nouvelle possibilité par laquelle le juge pourra renforcer la protection des intérêts du créancier, lui accorder certaines garanties, tout en faisant bénéficier le débiteur de facilités d'exécution. Cette possibilité ôterait même ces mesures octroyées au domaine de la grâce, pour les rapprocher de celui du mérite, le débiteur devant exécuter certaines conditions avant de profiter d'un répit.

b. Finalité principale d'ordre subjectif : mesures de faveur au profit du débiteur

573. Les mesures introduites par l'institution du « délai de grâce » demeurent surtout associées à une finalité d'ordre subjectif et moral : elles constituent essentiellement des mesures de « faveur »¹⁶⁰⁷, de « bienveillance »¹⁶⁰⁸, de « clémence »¹⁶⁰⁹ ou encore une mesure d'« humanité »¹⁶¹⁰, ou de « protection en faveur des débiteurs malheureux »¹⁶¹¹, et ont principalement pour but de leur accorder un « répit »¹⁶¹².

Certains auteurs font relever les mesures de grâce du domaine de l'équité¹⁶¹³. Mais l'équité s'entend dans le sens d'une justice conforme à l'amitié et à la solidarité.

¹⁶⁰⁵ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 337.

¹⁶⁰⁶ V. par ex. A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, op. cit., spéc. n° 2.

¹⁶⁰⁷ D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^e, 24 oct. 2006, n° 05-16517, RDC 2007, p. 263.

¹⁶⁰⁸ A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, n° 190, p. 681.

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*

¹⁶¹⁰ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n° 1205, spéc. p. 1252 ; et A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, par J. De La Morandière, t. 2, Dalloz, Paris, 1935, n° 408, p. 384.

¹⁶¹¹ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. 2, obligations : contrat – responsabilité, Droits réels : biens – propriété*, LGDJ, Paris, 1957, p. 554, n° 1495.

¹⁶¹² D. Mazeaud, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 295.

¹⁶¹³ V. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, Paris, 27^e éd., 2002, n° 9 ; P. Sanz de Alba, *Sur quelques aspects de l'équité*, thèse Aix, 1980, n° 265 ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, n° 190 ; N. Dion, *Le juge et le désir du juste*, D. 1999, chron. p. 195 : L'équité « se

C'est ce que rappelle le doyen Ripert en affirmant que les mesures de grâce accordées à certains débiteurs « étaient dictées par la sentiment de pitié qui empêche qu'une suprême injustice résulte de l'application stricte du droit »¹⁶¹⁴. M. Sériaux affirme aussi que c'est « au nom d'une certaine amitié, [que] le juge accorde au débiteur méritant des délais pour payer un créancier qui, objectivement, peut encore attendre »¹⁶¹⁵.

574. D'ailleurs, l'obligation pour le juge de prendre en considération la « position du débiteur » pour décider de l'octroi ou non d'un délai de grâce, constitue « la strate la plus ancienne »¹⁶¹⁶, qui remonte au texte d'origine posé en 1804.

Mais, « la *position*, (...) *la situation du débiteur* (...) sont des expressions très vagues, qui peuvent comprendre, aussi bien qu'un bilan de son patrimoine, une évaluation de son aptitude à rebondir. Une charité raisonnable, telle pourrait être ici la grâce »¹⁶¹⁷.

Que veut justement dire la position, la situation du débiteur ? Est-ce sa capacité à payer, ou sa situation sociale ? Et, par conséquent, est-ce au regard de son manque de ressources, ou de sa détresse et de la menace d'exclusion sociale qu'il rencontre, que lui sont octroyées des mesures de grâce ?

L'examen de la jurisprudence permet de dégager deux indices pour répondre à cette question¹⁶¹⁸. « Le débiteur doit à cet égard être "malheureux" et de bonne foi¹⁶¹⁹. En d'autres termes, il doit démontrer (i) qu'il se trouve dans une situation financière telle qu'il éprouve des difficultés réelles et sérieuses à s'acquitter immédiatement de ses engagements, et ce (ii) alors qu'il est disposé à régler ses dettes et qu'il met tout en œuvre à cette fin »¹⁶²⁰.

manifeste en droit civil, même si le législateur le lui dicte, lorsque le juge octroie des délais de grâce compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier (c. civ., art. 1244-1, al. 1er) ».

¹⁶¹⁴ G. Ripert, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, DH 1936, chron. p. 57.

¹⁶¹⁵ A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. n° 2.

¹⁶¹⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, p. 337.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*

¹⁶¹⁸ V. par ex. CA Aix, 29 nov. 1973, D. 1974, Som. com. p. 23, T. civ. Strasbourg, 13 mars 1937, DH 1937, p. 375.

¹⁶¹⁹ CA Chambéry, 2 oct. 2007, Juris-Data n° 344022 ; CA Rennes, 22 mars 2007, Juris-Data n° 3388533, CA Paris, 8e ch. B., 15 déc. 2005, Juris-Data n° 289913.

¹⁶²⁰ S. Golshani, D. Bordes, B. Cichostepski, et O. Rambaud Martel, *Les délais de paiement : un instrument au service de la conciliation*, *op. cit.*, spéc. p. 12.

Quant à la première de ces conditions, la situation dans laquelle se trouve le débiteur doit être « plus ou moins [indépendante] de sa volonté »¹⁶²¹, ce qui est non sans rappeler la théorie de l'imprévision, et lui causer des difficultés à exécuter son obligation – sans que ceci soit devenu impossible, ce qui relèverait du domaine de la force majeure. Cette situation peut être due à des circonstances multiples, telles le chômage, le divorce, ou la maladie etc..., « considérés comme des accidents de la vie »¹⁶²². Nul besoin donc d'une situation économique particulière (comme le surendettement par exemple, défini spécifiquement) ou générale pour justifier l'octroi d'une mesure de grâce. La situation particulière et subjective du débiteur, les difficultés qu'il éprouve suffisent à la fonder, le juge devant par ailleurs prendre aussi en compte les « besoins du créanciers ».

Les mesures de grâce sont donc un « avantage pour le débiteur, sans que ne soit prise en compte dans ce cas la situation économique en général »¹⁶²³.

Quant à la deuxième de ces conditions, à savoir la bonne foi du débiteur, elle se définit par rapport à son attitude face à l'exécution de son obligation ; celui-ci doit vouloir le faire, et avoir cherché à le faire en faisant de son mieux. Il doit témoigner d'« un comportement diligent et non dilatoire, révélateur de son intention de faire face à ses dettes »¹⁶²⁴. Ceci révèle la perception derrière la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, au nom d'une solidarité composante du principe de fraternité, qui n'est point paternaliste, puisqu'elle responsabilise le débiteur, en refusant de lui permettre une attitude passive d'exploitation.

575. Relevons en conclusion que, la prise en compte de la situation difficile du débiteur, ainsi que de son intérêt dans ces circonstances, que peut imposer le juge au créancier, est allée en *crescendo* avec l'évolution de l'institution.

¹⁶²¹ A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, op. cit., spéc. n° 2. V. aussi sur ce point, M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), LGDJ, Paris, 1996, p. 615, spéc. n° 5: « Le comportement de la partie faible est parfois pris en considération pour refuser la protection. Ainsi, un débiteur éprouvant des difficultés de paiement ne se verra octroyer des délais par le juge que si sa situation est due à des circonstances qui ne lui sont pas entièrement imputables ».

¹⁶²² S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, op. cit., p. 399, spéc. n° 459.

¹⁶²³ R. Viprey, *Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ?*, D. affaires 1997, p. 918, spéc. p. 920.

¹⁶²⁴ S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, op. cit., p. 399, spéc. n° 459. V. sur ce point les nombreux exemples jurisprudentiels in A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, op. cit., spéc. n° 2.

En effet, et au texte original assez réservé qui instituait au profit du juge un « pouvoir d'accorder des délais “modérés” tout en recommandant de n'user de cette faculté qu'avec “une grande réserve” »¹⁶²⁵, est venu se substituer depuis 1991, la possibilité pour celui-ci, d'aller beaucoup plus loin, dans la qualité des mesures qu'il peut octroyer, comme nous l'avons évoqué. La réduction des intérêts qu'il peut maintenant opérer de la dette, « cause forcément un préjudice au créancier : les intérêts initialement fixés dans le contrat ou par décision judiciaire ont pour but de compenser la perte de jouissance des sommes qui lui sont dues; réduits, ils n'opèrent plus totalement une telle compensation »¹⁶²⁶. Il peut aussi imputer le paiement correspondant à ces échéances d'abord sur le capital.

Ces deux dernières mesures obligent le créancier à une prise en compte poussée de l'intérêt du cocontractant. Elles ne constituent plus seulement une « obligation de patience »¹⁶²⁷ imposée au créancier, mais elles lui infligent de supporter le sacrifice d'une partie de sa créance. Nous avons démontré en effet que ces deux dernières mesures constituaient, en fin de compte, une réduction du montant de la dette, une atteinte au cœur de celle-ci.

L'objectif principal des articles 1244-1 et suivants du Code civil est d'imposer au créancier une prise en compte de la situation du débiteur, pour aider celui-ci lorsqu'il se trouve dans une situation difficile, et pour lui assurer la protection lorsque la lettre de la loi aboutirait à le mettre dans une situation extrêmement difficile. Ainsi, cette modalité de « révision du contrat sert moins à sauvegarder le lien contractuel qu'à protéger le débiteur en difficulté contre le risque de précarité et d'exclusion sociale »¹⁶²⁸, et ceci même parfois aux dépens des intérêts du créancier¹⁶²⁹.

¹⁶²⁵ C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, RTD civ. 2012, p. 33.

¹⁶²⁶ A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, *op. cit.*, spéc. n° 4.

¹⁶²⁷ D. Mazeaud, *Rapport français sur l'endettement des particuliers*, in *L'endettement*, Assoc. H. Capitant, 1995, LGDJ, Paris, 1997, p. 127, spéc. p. 137.

¹⁶²⁸ D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4, spéc. p. 21. V. aussi dans ce sens A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, n° 786, p. 526 : « L'article 1244-1 tend à préserver le contrat, certes, mais dans le seul but d'aider le débiteur malheureux et ce, parfois, en sacrifiant l'intérêt au contrat du créancier ».

¹⁶²⁹ Dans ce sens, C. Larroumet (sous la dir. de), *Traité de Droit civil*, t. 4, par J. François, *Les obligations. Régime général*, Economica, Paris, 2013, p. 273, n° 260 : « le délai de grâce est un délai supplémentaire que le juge peut accorder à un débiteur pour s'exécuter, sans le consentement du créancier ». Rappelons ici D. Mazeaud, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, LPA 6 mai 1998, p. 8, spéc. n° 6 : « Outre la loyauté, notre droit impose souvent une certaine solidarité aux créanciers. Au nom de l'urgence sociale, ceux-ci sont invités et même contraints à des sacrifices plus ou moins importants: il leur est ainsi demandé ou ordonné de faire preuve d'une patience, qui peut être infinie..., et d'abandonner tout ou partie de leurs créances quand la situation du débiteur malheureux

Qu'en est-il de la finalité de la prise en compte spontanée ?

2. Finalité de la prise en compte spontanée

576. Il paraît utile ici, de faire la différence quant à la finalité, entre les mesures de prise en compte qu'octroie le créancier spontanément, et celles judiciaires en application des articles 1244-1 et suivants du code civil.

En effet, le créancier qui octroie spontanément une mesure de grâce, notamment un délai de paiement, ou même une remise de dette, est plus à même de défendre ses propres intérêts.

Il est certes plus probable que la tolérance exercée spontanément par le créancier ait une finalité plus clairement d'ordre objectif, de s'assurer une plus grande satisfaction contractuelle, beaucoup plus qu'afin de « “panser les maux” du débiteur (...), de restaurer la situation personnelle de la partie en difficulté »¹⁶³⁰.

Dans cette perspective-là, les mesures de prise en compte qu'accorde le créancier spontanément, et particulièrement la remise de dette, ne seraient pas une atteinte au principe de la force obligatoire, et la plainte du Doyen Ripert ne serait plus fondée, puisqu'elles seraient entendues comme ayant pour objectif, au contraire, de favoriser l'exécution de l'obligation, et donc d'assurer un plus grand respect du contrat.

Ceci nous renvoie au refus de la Cour de cassation, dans son arrêt du 13 novembre 1996¹⁶³¹ précité¹⁶³², de qualifier de remises, les différentes renonciations

l'exige. C'est un droit social des contrats qui se met ainsi lentement en place pour faire face aux conséquences de la crise économique ».

¹⁶³⁰ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, op. cit., pp. 519-520. V. sur ce point, *Droit civil, t.2, Les biens. Les obligations*, PUF/Quadrige, Paris, 2004, n° 1268, spéc. p. 2510 : « Il arrive encore que, tout en étant gratuite, non payée, elle ne soit point inspirée par une intention libérale, mais bien par une vue intéressée : les créanciers cherchent à faire la part du feu ; ils renoncent à une fraction de leurs créances pour sauver le reste en renflouant l'endetté » ; et G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989, p. 274, n° 310 : « bien que dépourvues de contrepartie, les remises consenties à l'occasion d'un règlement amiable ou d'un redressement judiciaire ne procèdent pas d'une intention libérale, le créancier sacrifiant une partie de sa créance dans l'espoir de percevoir au moins l'autre partie : il s'agit donc de remises gratuites – mais intéressées » ; égal. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 2013, p. 645, n° 1170, : « Il se peut aussi que, sans attendre aucune contrepartie à sa remise, le créancier n'ait pas la volonté de gratifier le débiteur. Le créancier agit dans son propre intérêt : alléger la dette, afin de permettre au débiteur en difficulté de la payer » ; et C. Larroumet (sous la dir. de), *Traité de Droit civil*, t. 4, par J. François, *Les obligations. Régime général*, op. cit., p. 131, n° 131 : « Mais le créancier peut aussi y consentir dans un dessein intéressé, en acceptant de sacrifier une partie de sa créance pour mieux s'assurer du paiement de l'autre partie ».

¹⁶³¹ Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, 94-12.856, Bull. civ. I, n° 401, p. 281.

¹⁶³² V. *supra* n° 561.

consenties lorsqu'est arrêté un plan conventionnel dans le cadre du traitement de la situation du débiteur surendetté. Ce refus a été avancé, rappelons-le, au regard de la « finalité d'un tel plan » qui serait celle de favoriser l'obtention par le créancier d'un paiement. On peut en effet « considérer que le créancier qui abandonne ainsi une partie de sa créance s'y résigne moins dans l'intention de gratifier son débiteur malheureux qu'en considération de son intérêt bien compris : s'il renonce, c'est donc plus dans l'espoir d'obtenir au moins un paiement partiel, auquel le contraint l'insolvabilité de son débiteur avec laquelle il lui faut composer, que pour consentir une libéralité indirecte à celui-ci »¹⁶³³. Mais justement, si la remise de dette peut avoir un caractère gratuit ou onéreux, celle consentie dans le but du paiement de la dette, perd-t-elle la qualification de remise ?

La réponse devrait être négative. Nous affirmons avec un auteur que « [la] remise est une convention extinctive ; sa neutralité traduit l'indifférence du droit aux motifs qui l'inspirent, pourvu qu'ils ne soient pas illicites. Cette "plurivalence" de la remise se concilie parfaitement avec une intention qui ne serait pas purement libérale, et même avec l'intérêt bien compris du créancier qui la consent »¹⁶³⁴. D'autres raisons motivent sans doute la décision de la Cour, mais nous y reviendrons lors de la section réservée à l'étude des mesures de prise en compte, lors du traitement du surendettement du particulier.

577. Il ne faudrait cependant pas exclure la possibilité pour le créancier de prendre en compte les intérêts de son débiteur, par acte d'altruisme et de générosité. Certes, seules les remises à caractère gratuit sont visées ici, mais la gratuité ne suffit pas à qualifier l'altruisme¹⁶³⁵, et la difficulté persiste quant à la détermination de la finalité derrière l'octroi d'une remise de dette. En effet, « la remise de dette, même lorsque le créancier n'a pas été satisfait, peut encore s'interpréter comme une stratégie pour être payé. Cet aspect est prégnant dans les remises volontaires consenties dans les procédures organisées : le créancier remet certaines dettes pour s'assurer le

¹⁶³³ D. Mazeaud, note sous Cass civ. 1^e, 13 nov. 1996, D. 1997, Som. com. p. 178. V. égal. sur ce point M. Texier, *Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de procédures organisées*, RTD. com. 2008, p. 25.

¹⁶³⁴ L. Aynès, note sous Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, Defrénois 1997, art. 36515, p. 292, spéc. p. 294.

¹⁶³⁵ V. *supra* n^{os} 86 s.

paiement d'autres »¹⁶³⁶. Ici aussi, même en l'absence de contrepartie, et en dehors d'une procédure organisée, nous serions ramenés au premier cas de figure, d'une prise en compte de l'intérêt du cocontractant au service de l'intérêt propre.

578. Toujours est-il que, si la prise en compte exercée par le créancier a une finalité subjective d'accorder un répit au débiteur, et puisqu'elle intervient ici spontanément sans que le créancier y soit contraint ou même incité par intervention judiciaire, aura un lien encore plus marqué avec la solidarité, composante du principe de fraternité.

Cette manifestation particulière de la prise en compte serait donc clairement rattachable à la théorie pure de la notion.

579. C'est à la deuxième des manifestations de la prise en compte dans l'hypothèse où une difficulté inhérente au cocontractant survient, que nous nous intéressons maintenant : l'aménagement du surendettement des particuliers.

Section 2 : L'aménagement du surendettement des particuliers

580. Le crédit est devenu aujourd'hui un pilier de l'économie, voire le « mode de financement nécessaire d'une société capitaliste de consommation »¹⁶³⁷. Sans doute, actuellement, la normalisation et la généralisation du phénomène de crise entraînent-elles la diffusion de la culture de l'endettement. En effet, « [au] temps *des* crises avec leurs solutions ponctuelles, circonstanciées, transitoires, succède le temps de *la* crise. Avec elle, on assiste au traitement systématique par le droit des situations de surendettement, à l'émergence d'un véritable régime juridique dérogatoire, produit de cette crise et de la culture de l'endettement »¹⁶³⁸. Ceci entraîne une mutation dans le regard global porté sur le phénomène de l'endettement, sur la

¹⁶³⁶ F. Rouvière, *L'obligation comme garantie*, RTD Civ. 2011, p. 1, spéc. n° 28.. Sur ce point V. égal. Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, V° Remise de dette, spéc. n° 21 : « Il faudra dans ce cas scruter l'intention des parties pour savoir s'il y a ou non intention libérale. L'intérêt du créancier peut être purement stratégique : on peut très bien imaginer qu'en dehors de toute procédure organisée, il allège spontanément les charges pesant sur un débiteur dans le seul but de faciliter l'exécution de ses obligations ».

¹⁶³⁷ A. Ghozi, Préface in S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, op. cit., p. XXX.

¹⁶³⁸ C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, op. cit. L'auteur relève que l'aménagement de la situation des débiteurs et l'adoucissement de leur condition ne sont pas modernes. Déjà avec Solon (v. 640 - v. 558 av. J.-C.) dans la Grèce Antique, ce traitement est adopté comme mesure de paix sociale. V. sur ce point aussi, J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 334 et s.

relation entre le débiteur et le créancier, ainsi que sur l'attitude du droit face à ce phénomène. On constate, en effet, que l'« adoucissement continu de la condition juridique de l'endetté, (...) est devenu une attitude habituelle du droit à l'égard des acteurs d'un système économique reposant sur l'endettement »¹⁶³⁹.

Mais en poussant encore plus loin l'examen de cette mutation, nous pouvons constater que l'endettement, avec sa facette négative de risque de surendettement, est devenu un phénomène social – donc non seulement économique – incontournable. En effet, « [le] droit du surendettement entretient des liens très étroits avec le phénomène de la pauvreté. Aujourd'hui, c'est souvent en fonction d'une faiblesse de ressources que des personnes s'endettent. Devant l'absence de faculté de remboursement, l'endettement devient surendettement, phénomène tendant à s'aggraver continuellement. Le surendettement est donc emblématique des situations de pauvreté »¹⁶⁴⁰.

L'aboutissement de cette évolution dans le regard que le droit porte sur l'endettement, dans sa dimension sociale surtout, a sans doute été dans l'adoption de la loi du 31 décembre 1989¹⁶⁴¹ aménageant le surendettement des particuliers, codifiée aux articles L. 330-1 à L. 333-7 du Code de la consommation.

Ce droit a été plusieurs fois retouché et modifié par la suite, les réformes les plus récentes remontant à 2003¹⁶⁴² et 2010¹⁶⁴³.

¹⁶³⁹ B. Oppetit, *L'endettement et le droit*, in Mélanges André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, Paris, 1991, p. 295. Pour un aperçu historique de cet adoucissement de la condition du débiteur, V. C. Gaudin, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, op. cit.

¹⁶⁴⁰ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, LPA 2006, n° 63, p. 37. V. également sur ce point X. Lagarde, *L'endettement des particuliers*, LGDJ, Paris, 1999, n° 69, spéc. p. 127 : « les causes profondes ont évolué : d'un contexte dans lequel il apparaissait que les conditions de la diffusion de l'endettement auprès des particuliers étaient telles qu'elles favorisaient les situations de surendettement – d'où la notion de surendettement actif -, on est ainsi passé à une configuration dans laquelle les considérations macroéconomiques pèsent, non plus sur la constitution de l'endettement, mais sur la stabilité des capacités financières des personnes endettées – d'où l'émergence de la notion de surendettement passif et l'accent mis sur "les accidents de la vie" ».

¹⁶⁴¹ Loi Neiertz, L. n° 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles (JO 2 janv. 1990, p. 18).

¹⁶⁴² Loi Borloo du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, L. n° 2003-710, JO 2 août 2003, p. 13281, et le décret n° 2004-180, 24 févr. 2004, « relatif à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers et modifiant le titre III du livre III du Code de la consommation », JO 25 févr. 2004, p. 3757 ; Circ., 12 mars 2004, JO 23 mars 2004, p. 5560.

¹⁶⁴³ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 entrée en vigueur 1^{er} novembre 2010, portant réforme du crédit à la consommation et qui modifie la législation relative aux procédures de traitement du surendettement des particuliers. En effet, cette loi « du 1^{er} juillet 2010 consacre quand même la 4^e réforme d'envergure des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers

Découvrons d'abord dans la législation sur le surendettement des particuliers, l'une des manifestations de la prise en compte (§1), et procédons, dans un deuxième temps, à la vérification du rattachement de cette dernière à sa théorie pure (§2).

§1. Le droit du surendettement des particuliers et l'introduction de la prise en compte

581. Le traitement de la situation du débiteur se fait au moyen de mesures de prise en compte de son intérêt, aux dépens de ceux du créancier. Il passe donc par le renoncement (accepté, incité ou imposé) du créancier à une partie de la dette, ce qui met à mal le principe de force obligatoire. Ainsi se dévoile « tout l'enjeu du droit de l'endettement (...) : libérer le débiteur défaillant, c'est sacrifier le créancier »¹⁶⁴⁴, et toute la « question est alors de savoir jusqu'où va ce sacrifice »¹⁶⁴⁵.

Depuis la réforme de 2010, les issues pour le débiteur surendetté restent multiples¹⁶⁴⁶, et le traitement de son surendettement comporte deux voies¹⁶⁴⁷, lorsque ses ressources le permettent. L'une est conventionnelle lorsque la conciliation des parties est possible, l'autre imposée (par la commission ou le juge), lorsque celle-ci a échoué.

Dans l'entreprise de démonstration de la manifestation de la prise en compte dans cette institution, il paraît essentiel de suivre cette ligne de séparation entre les

depuis le texte fondateur du 31 décembre 1989. Elle vient après la loi du 8 février 1995 qui avait supprimé la dualité règlement amiable-redressement judiciaire civil, celle du 29 juillet 1998 qui, pour la première fois, avec la notion d'« insolvabilité », avait ouvert la voie à l'effacement des dettes du demandeur et celle du 1^{er} août 2003 qui avait institué la procédure de rétablissement personnel en considération des situations « irrémédiablement compromises » (G. Paisant, *Vingt et un ans après : la nouvelle réforme des procédures de traitement des situations de surendettement par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 sur le crédit à la consommation*, RTD com. 2010, p. 800, spéc. n° 1).

¹⁶⁴⁴ C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, op. cit.

¹⁶⁴⁵ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, op. cit., spéc. p. 529, n° 789.

¹⁶⁴⁶ Rappelons avec un auteur que « l'ancien dispositif reposait sur la distinction entre trois degrés de gravité de la situation du débiteur (surendettement simple, insolvabilité du débiteur et situation irrémédiablement compromise), permettant d'orienter le traitement de la situation du débiteur de façon graduelle (plan conventionnel ou à défaut mesures ordinaires de désendettement, mesures extraordinaires de désendettement et procédure de rétablissement personnel). Cependant, le nouveau dispositif ne s'articule plus à partir de ces différents degrés de gravité dans la prise en compte de la situation du débiteur, ces notions n'étant pas reprises par la loi du 1^{er} juillet 2010. La distinction entre mesures ordinaires et extraordinaires de désendettement devient par conséquent obsolète. Cette simplification de l'architecture des procédures de traitement du surendettement procure à la matière davantage de cohérence et de lisibilité » (V. Vigneau, *La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1^{er} juillet 2010*, D. 2010, p. 2593, spéc. n° 36).

mesures établies par le plan de redressement et celles imposées par la commission ou le juge. En effet, « le juge (...) et la commission, lors du traitement du surendettement ne prendront pas en compte prioritairement l'intérêt au contrat du créancier, puisque leur objectif est de sauver ces débiteurs malheureux. Seul le créancier semble donc être en mesure de défendre son intérêt au contrat »¹⁶⁴⁸.

Ainsi, la nature conventionnelle ou non des mesures affectera la perception de la prise en compte, et son rattachement à la théorie pure de la notion. Cette perception dépendra largement de deux facteurs. D'abord, le rôle qu'a à jouer le créancier dans l'adoption des mesures, ensuite, la capacité qu'il a de défendre son propre intérêt.

Nous verrons donc d'abord la prise en compte incitée (A), et ensuite celle imposée (B), de l'intérêt du cocontractant.

A. Prise en compte incitée de l'intérêt du cocontractant

582. Nous verrons d'abord les modalités de la prise en compte lors de l'adoption d'un plan conventionnel de redressement (1), et nous nous interrogerons ensuite sur les caractères de celle-ci (2).

1. Modalités de la prise en compte : patience et renonciation partielle

583. La commission est dotée d'une première mission, celle de conciliation entre les parties.

Lorsque les ressources du débiteur le permettent, et si la commission réussit à concilier les parties, il y a conclusion d'un plan conventionnel de redressement approuvé par celles-ci. Il y est prévu les modalités de son exécution. L'article L. 331-6 du Code de la consommation précise les mesures de traitement du surendettement qu'il y est possible d'adopter. Celles-ci sont celles de report ou de rééchelonnement du paiement des dettes, de remise de dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de consolidation, de création ou de substitution de garantie. Ce plan ne pourra excéder une durée totale de huit années¹⁶⁴⁹. Ce délai était de dix années précédemment.

¹⁶⁴⁷ Pour les traits essentiels de la procédure de règlement du surendettement des particuliers depuis la dernière réforme de 2010, voir V. Vigneau, *La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1^{er} juillet 2010*, op. cit.

¹⁶⁴⁸ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, op. cit., spéc. p. 529, n° 789.

¹⁶⁴⁹ Art. L. 331-6 C. consom.

On peut même concevoir que l'« effacement des dettes peut, à ce stade, être adopté mais il faut l'accord des créanciers pour ce faire. En bonne logique, cet effacement ne se conçoit que de manière partielle, par le biais de remises, car le but du plan est le redressement du débiteur. Tout est fait lors de cette étape pour permettre au débiteur de payer ses dettes mais avec des mesures d'accompagnement et d'étalement »¹⁶⁵⁰.

584. L'examen de la qualité de ces mesures témoigne donc d'une dynamique de prise en compte de l'intérêt du débiteur surendetté, parce que le créancier est amené d'un côté à patienter dans le recouvrement de sa dette, mais de l'autre à y renoncer dans une certaine mesure.

En effet, « le créancier consent à prendre son obligation en patience »¹⁶⁵¹ lorsqu'il accorde un report ou un rééchelonnement du paiement de sa créance. D'autre part, c'est à un renoncement partiel à la dette que ce dernier consent lorsqu'il y a allègement de celle-ci par des remises, réduction ou suppression du taux d'intérêt, mais surtout avec l'accord pour l'effacement partiel de la dette.

L'accord nécessaire du créancier à ce stade, pour l'adoption des mesures de traitement du surendettement pose une double question. D'abord, ceci veut-il dire que la prise en compte y est spontanée? Ensuite, dans quelle mesure le créancier est-il capable de défendre ses intérêts? C'est donc la question des caractères de la prise en compte, telle qu'elle apparaît lorsqu'un plan conventionnel est adopté, qui reste posée.

2. Caractères de cette prise en compte

585. Il apparaît à l'examen de la prise en compte telle qu'introduite lors de l'adoption d'un plan conventionnel de redressement, qu'elle est incitée non spontanée (a), et qu'elle est ensuite limitée (b).

a. Prise en compte incitée

586. L'établissement d'un plan conventionnel de redressement apparaît comme l'une des techniques de prise en compte de l'intérêt du cocontractant en droit positif.

¹⁶⁵⁰ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes? Le cas du surendettement des particuliers*, op. cit.

¹⁶⁵¹ D. Mazeaud, *Rapport français sur l'endettement des particuliers*, in *L'endettement*, Assoc. H. Capitant, 1995, LGDJ, Paris, 1997, p. 127, spéc. p. 138.

Dans cette phase de conciliation, le consentement du créancier est essentiel pour l'adoption du plan. Ceci veut-il dire que la prise en compte y est spontanée ?

Ici la commission n'impose ni ne recommande les mesures, elle tente seulement d'arriver au rapprochement des parties qui doivent elles se mettre d'accord sur l'adoption et le contenu du plan. Ainsi, le « contenu du plan est libre. Il résulte en effet de l'accord de volonté et répond à la qualification de contrat »¹⁶⁵². L'accord du créancier est essentiel à ce stade ; « [en] effet, le plan élaboré sous l'égide de la commission est une convention qui ne lie que les créanciers qui ont donné leur accord »¹⁶⁵³.

Ce qui est important n'est pas seulement la teneur des mesures qui peuvent être adoptées, celles-ci étant souvent les mêmes que celles imposées par la commission ou le juge, et, comme nous l'avons vu, même l'effacement, sans doute partiel, des dettes peut être décidé par les parties. Ce qui est déterminant à ce stade est la nature conventionnelle de ces mesures.

Ceci voudrait dire que les mesures arrêtées par le plan conventionnel de redressement, manifestant la prise en compte, ne posent pas de difficultés quant à la théorie classique des obligations et contrats, et qu'elles ne remettent donc point en question le principe de la force obligatoire du contrat, puisque c'est par la volonté des parties que la révision de celui-ci intervient. En effet, le « plan conventionnel de redressement (...) [laisse] place à la volonté des parties dans le cadre d'un contrat collectif par le biais duquel divers gestes de tolérance sont faits par les créanciers »¹⁶⁵⁴.

Surtout, ceci voudrait dire que cette prise en compte, durant la phase de conciliation, serait un des exemples de la prise en compte spontanée de l'intérêt d'autrui qui trouverait sa source dans la volonté du créancier, comme dans le cas de la remise de dette précédemment étudiée¹⁶⁵⁵. Un auteur parle même de « ‘réduction consentie’ », dans la mesure où l'accord du ou des créanciers est nécessaire pour que l'allègement de la dette du débiteur soit effectif »¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁵² J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, op. cit.

¹⁶⁵³ D. Mazeaud, *Rapport français sur l'endettement des particuliers*, op. cit., spéc. p. 138.

¹⁶⁵⁴ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, op. cit., spéc. p. 530, n° 790.

¹⁶⁵⁵ V. *supra* n°s 554 s.

¹⁶⁵⁶ D. Mazeaud, *La réduction des obligations contractuelles*, Dr. et patrimoine mars 1998, p. 56, spéc. p. 66.

Mais nous pouvons remettre cet exposé en question. Les procédures amiables posent ici difficulté « parce que le consentement des créanciers y est souvent quelque peu forcé, et parce qu'elles sont souvent très liées aux procédures judiciaires »¹⁶⁵⁷. Le plan ne trouverait donc pas sa source réellement, dans la volonté spontanée du créancier. On a de même pu soutenir que la « nature juridique du plan est incertaine (...) il est bien certain que forcé dans son principe, le règlement amiable ne peut qu'imparfaitement prétendre à la qualification de convention »¹⁶⁵⁸.

Nous pouvons donc conclure qu'à ce stade, la prise en compte, à défaut d'être spontanée, est incitée.

b. Prise en compte limitée

587. Si l'accord du créancier est nécessaire, cela voudrait donc dire qu'il serait plus à même de défendre son intérêt, et conserverait à ce stade la capacité de le faire.

En effet, lorsque c'est un plan conventionnel qui est à arrêter, le créancier pourra participer activement à la négociation et donc défendre et protéger ses intérêts dans une plus grande mesure, et doit donner son accord aux mesures adoptées. Il y a quelque part responsabilisation du créancier qui prend « la forme d'une association plus étroite aux solutions qui, même un peu sacrificielles, permettront au débiteur de sortir de ses difficultés »¹⁶⁵⁹.

Ainsi à ce stade de la procédure de traitement du surendettement, « les solutions ne sont plus imposées aux acteurs de la procédure, elles sont – dans la mesure du possible – imaginées et façonnées par eux au plus près de leurs intérêts – communs ou divergents. Ces solutions que leurs destinataires se seront appropriées n'en seront que plus efficaces, particulièrement en période de crise »¹⁶⁶⁰.

Il ne faut pas oublier aussi que le plan peut subordonner les mesures accordées à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette, ou à l'abstention par ce dernier d'actes qui aggraveraient son insolvabilité¹⁶⁶¹. Par ces conditions rattachées à l'octroi des mesures, le créancier pourra activement intervenir pour défendre ses intérêts.

¹⁶⁵⁷ P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, Dr. et patr. mai 1998, p. 88, spéc. p. 89.

¹⁶⁵⁸ X. Lagarde, *L'endettement des particuliers*, op. cit., p. 146, spéc. n° 79.

¹⁶⁵⁹ A.-S. Barthez, *Crise économique et contrat : les remèdes*, RDC 2010, p. 467.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶⁶¹ Art. L. 331-6 C. consom.

Rappelons également le refus en jurisprudence, comme nous l'avons vu, de l'extension du bénéfice des mesures accordées dans un plan conventionnel aux garants, par l'exclusion de la qualification de remises de dettes à celles-ci. Cette solution pose une limite à la prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel, puisque libéré pour un instant, celui-ci se verra poursuivi par la caution ayant supporté la charge définitive de la dette. Ceci conforte la vision du plan de redressement et des mesures qu'il met en place, comme technique de protection des intérêts du créancier, autant qu'un support de la prise en compte des intérêts de son partenaire.

Nous reviendrons sur ce dernier point lors de l'étude de la finalité de la prise en compte des intérêts du débiteur, introduite par le droit du surendettement des particuliers.

Intéressons-nous maintenant à la deuxième facette de cette prise en compte, à savoir celle imposée.

B. Prise en compte imposée de l'intérêt du cocontractant

588. Qu'en est-il de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant telle qu'elle apparaît en cas d'échec de la conciliation, lorsque ce sont la commission ou le juge qui imposent des mesures de traitement du surendettement ?

Nous verrons les modalités et degrés de la prise en compte (1), ainsi que son encadrement à ce stade (2).

1. Modalités et degrés de la prise en compte

589. En cas d'échec de la conciliation, la commission peut imposer certaines mesures – et c'est une nouveauté avec la réforme de 2010 –, et en recommander d'autres. Le juge pourra aussi imposer certaines mesures.

Lorsque c'est la commission ou le juge qui décident des mesures, il est plus probable que le sacrifice demandé au créancier sera plus grand. C'est une prise en compte imposée de l'intérêt du partenaire contractuel qui intervient à ce stade

Ces mesures s'organisent autour de deux axes. Il est d'abord imposé au créancier d'être patient. Mais plus important, il lui est imposé de sacrifier une partie de sa créance.

a. La patience

590. C'est d'abord à la patience qu'est invité, ou plutôt obligé, le créancier.

591. En effet, en cas d'échec de la conciliation, les pouvoirs de la commission ont été renforcés depuis la réforme de 2010 puisque celle-ci pourra imposer les mesures qui constituent les atteintes les moins fortes aux droits des créanciers, au nombre desquelles le report ou le rééchelonnement du paiement des dettes de toute nature, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder huit ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours. Il est ensuite stipulé qu'en cas de déchéance du terme, le délai de report ou de rééchelonnement peut atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance.

La jurisprudence, dans une lecture qui pousse encore la faveur au débiteur, a décidé¹⁶⁶² que le report et le rééchelonnement pouvaient être imposés cumulativement, « alors que le texte ne prévoyait que l'application alternative de ces mesures »¹⁶⁶³.

La commission peut aussi imposer la suspension de l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée maximale de deux ans¹⁶⁶⁴ (mesure qui peut être imposée une fois seulement).

À l'issue de ces mesures, et au réexamen de l'évolution de la situation du débiteur, la commission peut de nouveau recommander ou imposer de telles mesures, à l'exception donc d'une nouvelle suspension, comme elle peut recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou saisir le juge aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, si elle estime que sa situation n'a pas évolué et qu'il demeurera insolvable¹⁶⁶⁵. De même, la durée totale de ces mesures ne peut excéder huit années. Ce délai était également de dix années précédemment.

592. Certes, le texte stipule que la commission peut imposer ces mesures, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations. Mais, ceci pose de réels doutes quant à la capacité effective du créancier de défendre ses intérêts ici ; tout au plus peut-il avancer ses observations.

¹⁶⁶² Par ex. Cass. civ. 1^{re}, 27 janv. 1993, RTD com. 1993, p. 370, obs. G. Paisant.

¹⁶⁶³ D. Mazeaud, *Rapport français sur l'endettement des particuliers*, op. cit., spéc. p. 141, n° 38.

¹⁶⁶⁴ Logiquement en cas d'insolvabilité du débiteur, qui est « un degré supérieur par rapport à un surendettement simple (...) caractérisée lorsque le débiteur n'a pas de ressources ni de biens saisissables » (J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, op. cit.).

Ceci confirme que la prise en compte de l'intérêt de son partenaire, lui est bel et bien imposée dans ce cas.

Outre la patience, il est imposé au créancier de renoncer, au moins en partie, à sa créance.

b. Le sacrifice des intérêts du créancier

593. Le créancier peut être amené par le juge ou la commission, en cas d'échec de la conciliation, à un sacrifice plus ou moins total de sa créance, puisque le juge ou la commission¹⁶⁶⁶ ont le pouvoir d'alléger le montant de la dette.

Or, « l'atteinte à l'obligation est beaucoup plus franche lorsque le créancier se voit imposer une remise. Le droit du créancier se trouve ici non seulement paralysé, mais amputé »¹⁶⁶⁷. Et cette amputation va parfois jusqu'à l'anéantissement. En effet, la « patience dont les créanciers doivent s'armer doit, en outre, se combiner avec un art consommé du renoncement puisque, outre son pouvoir de modifier le contrat en accordant des délais à l'endetté défaillant, le juge peut décider, purement et simplement, d'alléger le montant de sa dette »¹⁶⁶⁸.

Quelles sont ces mesures que peut imposer ou recommander la commission, ou que le juge peut imposer, et qui portent atteinte au cœur de la créance, entraînant sa réduction ou sa suppression ?

594. En premier lieu, ce sont des mesures qui interviennent dans le cas où les ressources du débiteur permettent le traitement de sa situation.

595. D'un côté, dans ce cas, la commission peut imposer certaines mesures, au regard de la compétence dont elle est dotée depuis la réforme de 2010¹⁶⁶⁹ et toujours en cas d'échec de la conciliation, sur demande du débiteur. Ces mesures sont celles d'imputation des paiements d'abord sur le capital, ou de réduction du taux d'intérêts

¹⁶⁶⁵ Art. L. 331-7 C. consom.

¹⁶⁶⁶ Ce pouvoir de réduction du montant de la dette a aussi été étendu à la commission depuis la réforme de 2010.

¹⁶⁶⁷ P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes*, *op. cit.*, spéc. p. 95.

¹⁶⁶⁸ D. Mazeaud, *Rapport français sur l'endettement des particuliers*, *op. cit.*, spéc. p. 138, n° 31.

¹⁶⁶⁹ Depuis la réforme de 2010, il y a donc un renforcement du pouvoir de la commission qui peut imposer des mesures et non plus seulement les recommander.

sur les sommes dont le paiement est reporté ou rééchelonné qui peut être inférieur au taux légal sur décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige¹⁶⁷⁰.

596. D'un autre côté, la commission peut aussi recommander – non pas imposer puisque l'homologation du juge du tribunal d'instance reste nécessaire – deux mesures¹⁶⁷¹, portant une atteinte plus forte aux droits des créanciers.

Premièrement, en cas de vente forcée ou amiable du logement principal du débiteur, elle peut recommander la réduction du montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit après la vente, après imputation du prix de vente sur le capital restant dû, dans des proportions telles que son paiement soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur. Pour un auteur, cette mesure est « la plus spectaculaire » parce qu'avec son introduction par l'article L. 331-7 4^o (devenu L. 331-7-1 1^o), et « pour la première fois, le législateur donnait son aval à une remise de dette forcée »¹⁶⁷².

Il est notable ici de constater que la jurisprudence a renforcé la lecture de la loi en faveur du débiteur, en n'hésitant pas à statuer *contra legem*. En effet, et concernant ces deux dernières mesures, à savoir la réduction du taux d'intérêts sur les sommes dont le paiement est reporté ou rééchelonné, ainsi que la réduction du montant du solde du prêt immobilier restant dû après vente forcée du logement principal du débiteur, la réduction est devenue pour la jurisprudence suppression¹⁶⁷³, « ce qui revient tout bonnement à rendre gratuit un contrat onéreux »¹⁶⁷⁴. Le « contentieux du surendettement montre ainsi qu'en certaines occasions la Cour de cassation, par générosité envers les débiteurs, excède les limites tracées par la loi pour le

¹⁶⁷⁰ À l'issue de ces mesures, et au réexamen de l'évolution de la situation du débiteur, elle peut aussi recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou saisir le juge aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, si elle estime que sa situation n'a pas évolué et qu'il demeurera insolvable. (L. 331-7 C. consom.)

¹⁶⁷¹ Art. L. 331-7-1 C. consom.

¹⁶⁷² X. Lagarde, *L'endettement des particuliers*, *op. cit.*, p. 151, spéc. n. 83.

¹⁶⁷³ Pour la réduction après la vente du logement principal, V. Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1992, n° 91-04.023, Bull. civ. I, n° 103, D. 1992, Som. com., p. 406, note E. Fortis, RTD com. 1992, p. 678, note G. Paisant : la loi autorise « une remise totale » de la dette dès lors que « cette mesure est seule compatible avec les ressources et charges du débiteur » ; pour la suppression des intérêts, V. l'arrêt *Eletto*, Cass. civ. 1^{re}, 12 janv. 1994, n° 92-04070, Bull. civ. 1994, I, n° 21, p. 16, RTD com. 1994, p. 115, obs. G. Paisant, et « la faculté laissée au juge de décider que les échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit, qui peut être inférieur au taux légal, lui permet de prévoir que ces sommes ne porteront pas intérêt, si cette mesure est exigée par la situation du débiteur ».

¹⁶⁷⁴ P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, *op. cit.*, spéc. p. 95.

réaménagement de leurs dettes ».

Un auteur dénonce cet excès de la jurisprudence en affirmant que « [si] le législateur avait véritablement voulu autoriser la suppression du taux des intérêts, il lui aurait été facile de voter un texte l'exprimant clairement (...) la Cour de cassation ne s'est pas contentée d'appliquer la loi, mais qu'elle a procédé à sa réécriture. Bien sûr, le législateur de 1989 a édicté un texte en faveur des débiteurs. Mais dans des limites qu'il importe de respecter sous peine de porter atteinte au principe de la force obligatoire des contrats »¹⁶⁷⁵.

Il ne faut certes pas oublier qu'il est possible pour le créancier de se retourner contre la caution.

Deuxièmement, la commission peut aussi recommander l'effacement partiel des créances. Les mesures d'effacement de dettes doivent donc toujours être homologuées par un juge.

Se pose la question de l'utilisation par le législateur du terme « effacement ». L'effacement des dettes est-il l'extinction de celles-ci est-il simplement la suspension du droit d'action ? Pourquoi le législateur fait-il cette différence terminologique¹⁶⁷⁶ ?

L'effacement est le fait de supprimer quelque chose ou de le faire disparaître¹⁶⁷⁷.

Il semblerait que « [l']effacement de la créance, si les mots ont un sens, doit signifier que la créance dans son principe est atteinte. La force obligatoire du contrat n'est plus seule en cause, c'est l'existence même du *schuld* qui disparaît »¹⁶⁷⁸.

Ainsi, il serait « une cause particulière d'extinction de la dette sans satisfaction du créancier, résultant de la volonté du législateur de réserver un sort favorable au débiteur connaissant des difficultés d'une intensité particulière, (...). En tout état de cause, il ne s'agit pas d'une cause de disparition volontaire des créances »¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁵ G. Paisant, *La jurisprudence de la Cour de cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers*, D. 1994, chr. p. 173, spéc. n° 10.

¹⁶⁷⁶ Il s'agit donc de « vérifier que l'effacement – imposé – des créances constitue une cause d'extinction et de se demander s'il ne s'agit pas seulement d'une paralysie du droit de poursuite ne portant pas atteinte à l'existence du droit, dès lors que les dispositions du droit du surendettement contiennent des dispositions prévoyant une extinction des créances » (F. Macorig-Venier, *L'effacement des dettes dans le droit du surendettement*, Dr. et patr. sept. 2009).

¹⁶⁷⁷ V. *Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse*, V° Effacement.

¹⁶⁷⁸ F. Marmoz, *Surendettement et droit commun*, RRJ 2001, n° 4, p. 1389, spéc. p. 1394.

¹⁶⁷⁹ F. Macorig-Venier, *L'effacement des dettes dans le droit du surendettement*, *op. cit.*

Il est aussi stipulé aux articles L 331-6, L. 331-7 et L. 331-3-1 du Code de la consommation que « les créances figurant dans l'état du passif définitivement arrêté par la commission ou le juge ne peuvent produire d'intérêts ou générer de pénalités de retard » jusqu'à la mise en œuvre du plan ou jusqu'à ce que les mesures de traitement du surendettement soient opposables au créancier.

597. En second lieu, lorsque le débiteur se trouve dans une « situation irrémédiablement compromise¹⁶⁸⁰ » caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre les mesures de traitement exposées, la commission de surendettement peut, soit recommander un rétablissement personnel¹⁶⁸¹ sans liquidation judiciaire¹⁶⁸², soit saisir, avec l'accord du débiteur le juge de l'exécution, aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

Dans cette dernière hypothèse, et « [sur] le produit des ventes réalisées, les créanciers sont désintéressés dans l'ordre de leur classement pour les créanciers munis de sûretés. Si l'actif réalisé est insuffisant pour désintéresser l'intégralité des créanciers, le juge prononce la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. Cela entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur. L'effet d'effacement est, dans cette hypothèse, total »¹⁶⁸³.

Dans ces deux dernier cas, il est clair que l'atteinte à la créance est très forte. En effet, l'effacement total ou partiel des dettes « implique au nom de la solidarité sociale à l'égard du débiteur un sacrifice des créanciers »¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁸⁰ Cette situation « suppose, selon certains auteurs, que le débiteur ne puisse rembourser la moindre dette, n'ait aucune capacité de remboursement, une capacité de remboursement même infime étant exclusive de la procédure de rétablissement personnel » (F. Macorig-Venier, *L'effacement des dettes dans le droit du surendettement*, *op. cit.*).

¹⁶⁸¹ V. J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, *op. cit.* : C'est la « grande innovation de la loi du 1er août 2003 qui a ainsi introduit en droit français une forme de faillite civile. La procédure n'est possible que lorsque le débiteur se trouve dans une « situation irrémédiablement compromise » caractérisée par l'absence de capacité de remboursement. Dans cette hypothèse, le redressement est impossible. Seule une procédure d'apurement du passif est réaliste. Ce sont les cas dans lesquels le débiteur a un taux d'endettement très élevé par rapport à ses ressources (souvent faibles voire inexistantes) ce qui rend illusoire toute mesure d'accompagnement des dettes ».

¹⁶⁸² Ceci est le cas lorsqu'elle constate que le débiteur ne possède que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale.

¹⁶⁸³ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, *op. cit.*

¹⁶⁸⁴ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, spéc. p. 536, n° 799.

D'où la nécessité de nous intéresser à l'encadrement de la prise en compte imposée, comportant les mesures d'atteintes les plus fortes à la force obligatoire du contrat.

2. Encadrement de la prise en compte imposée

598. Parce qu'elle porte l'atteinte la plus grave au principe de la force obligatoire, la procédure de traitement du surendettement des particuliers comporte des moyens d'encadrement de la prise en compte imposée.

a. Limitations générales à la procédure d'aménagement du surendettement

599. Des limites générales tenant à la personne pouvant bénéficier de la procédure de traitement du surendettement, ainsi qu'aux dettes concernées, et au maintien des mesures, sont à relever.

600. L'article L. 330-1 du Code de la consommation caractérise la situation de surendettement des personnes physiques par « l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir », ainsi que par l'« impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société ». Nous constatons dès à présent, dans le texte, les deux conditions tenant à la personne pouvant bénéficier du traitement de la situation de surendettement, la première étant que le débiteur doit être une personne physique, la seconde qu'il doit être de bonne foi.

Le débiteur est sanctionné par la déchéance de son droit de bénéficier de la procédure de traitement, ce qui revient à le considérer de mauvaise foi, s'il a sciemment fait de fausses déclarations ou remis des documents inexacts, ou s'il a détourné ou dissimulé, ou tenté de le faire, tout ou partie de ses biens, enfin s'il a, sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge, procédé à des actes qui auraient aggravé son endettement pendant le déroulement des mesures de traitement de la situation de surendettement (que ce soit un plan conventionnel, des mesures imposées ou un rétablissement personnel)¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸⁵ V. l'art. L'article L. 333-2 C. consom

Mais ajoutons aussi, qu'un débiteur dont la situation de surendettement persiste après un premier traitement, est apte à revendiquer le bénéfice d'une nouvelle procédure.

Notons que le surendettement est une notion « autonome à distinguer de la cessation de paiement puisque le passif non exigible est pris en considération, ainsi que de l'insolvabilité en ce que le surendetté peut être amené à disposer d'un actif non liquide supérieur à son passif »¹⁶⁸⁶.

601. Quant aux dettes concernées, seules celles non professionnelles exigibles et à échoir sont concernées par le traitement du surendettement. Mais l'article L. 333-1 exclut des mesures pouvant être arrêtées (remise, rééchelonnement, effacement), sauf accord du créancier, les dettes alimentaires, les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale, et enfin les dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice de certains organismes de protection sociale.

602. Enfin, deux raisons peuvent entraîner la perte du bénéfice des mesures déjà octroyées.

D'abord, lorsque l'octroi des mesures a été subordonné à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette, l'inexécution par le débiteur de ses obligations entraîne la remise en question des mesures.

Ensuite, « dans le cadre des procédures de traitement du surendettement des particuliers, la commission ou le juge peuvent expressément prévoir que le débiteur perdra le bénéfice des mesures octroyées s'il retrouve les moyens de payer l'intégralité de sa dette aux échéances initiales »¹⁶⁸⁷.

b. Limites à l'effacement de dettes

603. Dans le cas particulier de l'effacement de dettes, en « aucun cas la loi n'offre-t-elle un droit automatique à [celui-ci]. Ce n'est qu'une simple possibilité enfermée dans des conditions strictes et faisant l'objet d'une appréciation au cas par cas de la part des juges »¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸⁶ S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ, Paris, 1999, p. 401 n° 460.

¹⁶⁸⁷ P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, *op. cit.*, spéc. p. 96.

¹⁶⁸⁸ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, *op. cit.*

604. D'abord, la commission, en vertu de son pouvoir de recommandation, ne peut recommander un effacement que par une « proposition spéciale et motivée »¹⁶⁸⁹. La situation du débiteur doit être d'une particulière difficulté pour justifier cette mesure. D'ailleurs, dans le cas de l'effacement des dettes, le juge voit son pouvoir de contrôle élargi puisqu'il ne contrôle pas seulement la régularité de la recommandation, mais aussi son bien-fondé¹⁶⁹⁰.

604. Ensuite, comme pour les autres mesures imposées ou recommandées, dans le traitement du surendettement du particulier, le débiteur peut perdre le bénéfice de l'effacement – partiel – de ses dettes, s'il « revient à meilleure fortune. Telle est la solution qui résulte d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 9 février 1994¹⁶⁹¹. (...) L'effacement des dettes, mesure exceptionnelle de faveur pour le débiteur, n'a de sens qu'autant que la situation exceptionnelle qui a justifié l'application de cette mesure demeure »¹⁶⁹².

605. En plus, sont exclues de l'effacement des dettes, celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques (Art. L. 331-7-1)

606. Enfin, l'effacement peut être seulement partiel dans la procédure de traitement du surendettement du particulier. C'est seulement dans la procédure de rétablissement personnel que l'effacement est total.

¹⁶⁸⁹ L.331-7-1 C. consom.

¹⁶⁹⁰ Art. L. 332-1 C. consom. Ainsi, le « juge confère alors force exécutoire aux recommandations de la commission. Le débiteur et les créanciers ont cependant la faculté de contester les recommandations formulées. Dans ce cas, le juge de l'exécution retrouve ses pleins pouvoirs juridictionnels et ordonne, le cas échéant, les mêmes mesures que celles qui peuvent faire l'objet de recommandations par la commission » (J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, *op. cit.*).

¹⁶⁹¹ Cass. civ. 1e, 9 févr. 1994, n° 92-04.001, Bull. civ. I, n° 59, Contrats, conc., consom. 1994, n° 107, note G. Raymond, RTD com. 1994, p. 362, note G. Paisant.

¹⁶⁹² F. Macorig-Venier, *L'effacement des dettes dans le droit du surendettement*, *op. cit.*

En effet, dans le cas où la commission recommande un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ceci entraîne, après homologation du juge, l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur¹⁶⁹³.

De même, lorsque le juge est saisi aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, et lorsque l'actif réalisé est insuffisant pour désintéresser les créanciers¹⁶⁹⁴, le juge prononce la clôture pour insuffisance d'actif, ce qui entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur¹⁶⁹⁵ (Art. L. 332-9 C. consom.).

En conclusion, la législation d'aménagement du surendettement des particuliers se présente bel et bien comme l'une des manifestations de la prise en compte, en cas de survenance d'une difficulté inhérente au partenaire contractuel, rendant l'exécution de ses engagements plus lourde. Cette prise en compte est d'une part incitée, de l'autre imposée. Mais celle-ci peut-elle être rattachée à la théorie pure de la notion, objet de notre recherche ?

§2. Droit du surendettement des particuliers et théorie pure de la prise en compte

607. Avant de procéder à l'examen de la finalité de la prise en compte introduite par la législation d'aménagement du surendettement des particuliers (B), c'est au titre de l'effet sur la théorie classique des obligations et contrats que se rapproche cette prise en compte de la théorie pure de la notion, fondée sur un principe de fraternité (A). En effet, le droit du surendettement marque son particularisme¹⁶⁹⁶, et ébranle sérieusement les piliers sur lesquels repose traditionnellement le droit contractuel, particulièrement le principe de la force obligatoire du contrat, ce qui est

¹⁶⁹³ « À l'exception des dettes visées à l'article L. 333-1, de celles mentionnées à l'article L. 333-1-2 et des dettes dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques » (Art. L.332-5 C. consom.).

¹⁶⁹⁴ « Dans le cas où le débiteur ne possède rien d'autre que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou lorsque l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale » ((Art. L. 332-9 C. consom.).

¹⁶⁹⁵ Sauf celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques (Art. L. 332-9 C. consom.).

¹⁶⁹⁶ V. par ex. C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, RTD civ. 2012, p. 33 : « Le "droit du surendettement" semble en effet revendiquer son autonomie, au-delà même de la spécificité du droit de la consommation ».

compatible avec l'action de redéfinition de l'équilibre entre liberté et égalité tel que conçu dans la théorie classique, exercée par le principe de fraternité.

A. Remise en question de la théorie classique des obligations et contrats

608. La législation sur le traitement du surendettement, manifestation de la prise en compte, ébranle profondément la théorie classique des obligations et contrats, par l'introduction d'une nouvelle dynamique au sein du lien d'obligation (1), ainsi que d'un dépassement du sens traditionnel du principe de la force obligatoire (2).

1. Nouvelle dynamique du lien d'obligation

609. Le droit du surendettement introduit une nouvelle dynamique au sein du lien d'obligation. D'abord, il y a affaiblissement systématique du droit de créance par la dissociation entre l'obligation et le pouvoir de contrainte (a), et ensuite concrétisation de plus en plus marquée du lien d'obligation par la prise en compte de la situation particulière du cocontractant (b).

a. Dissociation rapport d'obligation et pouvoir de contrainte

610. L'atteinte portée à la créance par les différents aménagements, en cas de difficultés éprouvées par le débiteur, pousse le doyen Ripert à clamer la mort du contrat, puisque « c'est tuer le contrat que de libérer légalement le débiteur chaque fois qu'il éprouve une difficulté de paiement »¹⁶⁹⁷.

Avoir une créance établie ne signifie plus grand chose au regard du droit du surendettement du particulier. En effet, les mesures accordées au débiteur, et le plus souvent imposées par la commission ou le juge, ne font que creuser l'écart entre l'obligation et le pouvoir de contrainte.

Ainsi, les reports, rééchelonnements sont autant de délais remettant, souvent pour une longue période, l'échéance des dettes, altérant ainsi toujours plus l'exigibilité de la créance.

Ensuite, les réductions, imputations, effacements, et autres allègements, que la commission ou le juge peuvent décider, et qui ne sont que de multiples formes d'atteintes au quantum de la dette, ont même permis à un auteur d'affirmer qu'« aujourd'hui, bien plus qu'hier, l'obligation à terme de somme d'argent

¹⁶⁹⁷ G. Ripert, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, DH 1936, chron. p. 57, spéc. n° VI, p. 60.

contractée par un particulier apparaît pour le créancier comme une simple obligation virtuelle »¹⁶⁹⁸.

Nous pouvons ainsi conclure que le droit du surendettement des particuliers, surtout dans ses multiples retouches qui vont toujours dans le sens d'une plus grande faveur pour le débiteur, met en exergue « la continuité de la dissociation entre le rapport d'obligation et le pouvoir de contrainte du créancier sur le patrimoine de son débiteur »¹⁶⁹⁹. Ainsi, « [dans] ce droit de crise et de lutte contre l'exclusion, le respect de la parole donnée ne peut donc plus déceimment 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 autonomie de la dette du débiteur malheureux à l'égard du paiement que le créancier peut réclamer »¹⁷⁰⁰.

b. Concrétisation du lien d'obligation : prise en compte de la situation particulière du cocontractant

611. Le droit du surendettement porte atteinte aux principes traditionnels de la théorie des obligations et contrats, à un second titre.

La prise en compte qu'il introduit aboutit à une modification dans la perception du lien d'obligation qui se trouve concrétisé.

En effet, cette législation est construite dans un but d'aménagement de la situation du débiteur¹⁷⁰¹, et les mesures sont arrêtées par la commission ou le juge après examen de la situation particulière de ce dernier. Elles sont en quelque sorte taillées sur mesure, en fonction de la « situation du débiteur », des « ressources » de ce dernier. Par exemple, en cas de vente forcée du logement principal du débiteur, la réduction du montant de la fraction des prêts immobiliers restant due est opérée de telle façon que son paiement, soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur. Un autre exemple est donné par l'article L. 331-3-2 qui stipule que « [si] la situation du débiteur l'exige, le juge prononce la suspension provisoire des mesures d'expulsion de son logement ».

¹⁶⁹⁸ D. Mazeaud, *Rapport français sur l'endettement des particuliers*, op. cit., spéc. n° 2.

¹⁶⁹⁹ B. Oppetit, *L'endettement et le droit*, in Mélanges André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, Paris, 1991, p. 295, spéc. p. 309.

¹⁷⁰⁰ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 632.

¹⁷⁰¹ Mais nous y reviendrons lors de l'examen de la finalité de la prise en compte dans cette hypothèse.

C'est donc un examen de la situation particulière du débiteur qui se trouve à la base de la procédure, ainsi que des choix d'accompagnement opérés.

Le droit du surendettement va dans le sens du renforcement de la concrétisation du lien d'obligation, ce qui contredit la lecture traditionaliste du lien d'obligation, comme lien abstrait entre deux patrimoines¹⁷⁰². Ceci traduit sans doute l'« incompatibilité entre le principe d'égalité abstraite des parties qui domine la matière contractuelle, et le postulat d'inégalité inhérent au droit de la consommation, fondamentalement protecteur de la partie faible »¹⁷⁰³, protection qui déborde le droit de la consommation, pour atteindre le droit commun.

Cette législation s'inscrit sans aucun doute dans la mouvance qui tente de remettre en question les postulats du droit contractuel posés sur le mythe de l'égalité abstraite des parties, et est un des exemples qui permettent d'affirmer « que notre droit contemporain des contrats n'est plus un droit désincarné, dont les règles se déploient sans considération pour la situation concrète dans laquelle évoluent les personnes dont elles encadrent l'activité. Désormais, les qualités et les caractéristiques personnelles des cocontractants, les rapports de force qu'ils entretiennent tout au long du processus contractuel sont pris en considération dans la détermination du régime de leurs relations contractuelles »¹⁷⁰⁴.

La prise en compte des réalités économiques, et donc de la situation concrète du débiteur, n'a pas seulement une incidence sur les principes traditionnels gouvernant le droit contractuel, mais a aussi des effets sur la nature même du droit de créance. « Au regard du droit du surendettement, un droit de créance ne peut plus être véritablement considéré comme un droit personnel. Il est important de le rapporter à la situation concrète : aux ressources du débiteur, à l'importance de son actif, à l'existence d'autres dettes, etc. Le droit de créance est ainsi concrétisé, objectivé et

¹⁷⁰² Dans le même sens, J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, LPA 2006, n° 63, p. 37 : « Il y a, par conséquent, à travers la législation sur le surendettement, une prise en compte du phénomène de la pauvreté. C'est un trait d'évolution de la législation contemporaine qui s'intéresse aux situations concrètes dans lesquelles les rapports juridiques se nouent. Le droit classique postule au contraire, dans une vue libérale, l'égalité abstraite entre les personnes privées. Dans cette optique, les situations de pauvreté ne sont pas prises en compte. Il en va ainsi du Code civil qui ignore la pauvreté et ne traite qu'incidemment de celle-ci dans le cadre des donations faites aux pauvres, signe que, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, la pauvreté renvoie à la charité ».

¹⁷⁰³ C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, op. cit.

¹⁷⁰⁴ D. Mazeaud, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, LPA 6 mai 1998, p. 8, spéc. n° 5.

collectivisé »¹⁷⁰⁵.

C'est ensuite, le dépassement du sens traditionnel de la force obligatoire qui marque l'incidence de la législation du surendettement sur la théorie classique.

2. Dépassement du sens traditionnel de la force obligatoire du contrat

612. Que ce soit par la dissociation entre le rapport d'obligation et le pouvoir de contrainte, ensuite, par la concrétisation de ce lien d'obligation, le constat est au dépassement du sens traditionnel de la force obligatoire.

En effet, ce dernier doit être vu comme un principe finalisé, c'est-à-dire au service de principes supérieurs qui eux-mêmes doivent composer avec d'autres (a). Ensuite la remise en question du principe de la force obligatoire serait non seulement le résultat d'une évolution des principes supérieurs et extérieurs avec lesquels devra composer ce principe, mais aussi à une évolution interne à la notion : la force obligatoire ne trouverait plus son assise dans la parole donnée par le débiteur, mais plutôt dans l'attente légitime du créancier (b).

a. La force obligatoire : un principe finalisé

613. La force obligatoire, principe traditionnel du droit contractuel, n'est pas une fin en soi, mais est instauré au service d'objectifs et de valeurs supérieurs. D'abord celui-ci répond au souci de maintenir la sécurité des transactions et de construire la confiance en l'instrument contractuel, et est l'application de la valeur de respect de la parole donnée.

Cependant d'autres objectifs ou valeurs interviennent aussi dans le contrat, et sont en compétition avec ces dernières.

Dans le cadre de la législation sur le surendettement, cette dualité d'objectif répond à la divergence qui a toujours régné en la matière sur la valeur morale qui devrait prendre le dessus ; est-ce le respect de la parole donnée qui militerait en faveur du respect de la force obligatoire du contrat, ou le pardon, la tolérance envers le débiteur, qui militerait en faveur d'une prise en compte de sa situation et à un dépassement de cette force obligatoire¹⁷⁰⁶?

¹⁷⁰⁵ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, op. cit.

¹⁷⁰⁶ V. dans ce sens, B. Oppetit, *L'endettement et le droit*, op. cit., spéc. p. 296 : « l'analyse révèle que l'attitude du droit à l'égard de l'endettement, au cours des siècles passés, a procédé d'une dialectique constante de la sévérité et de l'indulgence (...). Ce phénomène s'explique sans doute par la tension qui a toujours régné, au fond, entre les deux morales susceptibles d'inspirer le droit des obligations : celle des affaires, qui fait un impératif catégorique de la parole donnée et du respect des

Dans le cadre du droit du surendettement, le législateur intervient lui-même et donne la réponse en instaurant une prise en compte de l'intérêt du cocontractant et le traitement de sa situation de surendettement pour éviter son exclusion sociale, et assurer le respect de sa dignité. Ainsi, « [si] les contrats ne tiennent plus nécessairement lieu de loi aux débiteurs surendettés qui les ont faits, c'est parce que la règle de l'intangibilité du contrat doit fléchir lorsqu'il s'agit d'assurer la sécurité de ceux qui ont été socialement contraints à s'endetter, contre les fléaux de l'économie moderne »¹⁷⁰⁷.

Ainsi le principe de la force obligatoire n'est pas absolu, et doit composer avec des principes supérieurs, dont la solidarité comme composante du principe de fraternité, et si le respect de ces principes le requiert, le principe de la force obligatoire doit être remis en question¹⁷⁰⁸.

Un auteur l'affirme clairement : « [il] y a certes, au nom de la force obligatoire, un droit d'exiger le paiement d'une créance. Mais ce droit ne doit en aucun cas être considéré comme absolu. Dès lors, les cas dans lesquels un débiteur peut voir sa dette rééchelonnée, allégée, voire supprimée ne sont pas des anomalies juridiques. Ces cas correspondent à des situations dans lesquelles il est considéré comme légitime d'octroyer au débiteur une échappatoire. Dans ces situations, le paiement de la créance est un intérêt jugé moins important que la mesure de clémence ou de faveur envers le débiteur »¹⁷⁰⁹.

Ceci aboutit donc à redéfinir dans la hiérarchie des principes-piliers du droit contractuel celui de la force obligatoire du contrat, et à en déterminer la juste place, ainsi que la juste nature. M. Ancel l'affirme : l'« intangibilité n'est pas une fin en soi, ce n'est qu'un moyen de parvenir à un certain équilibre économique et social, et s'il

engagements, et celle du renoncement, qui prône l'universelle remise de dette et prêche l'infinie patience au créancier », et C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique, op. cit.* : « Le débat doctrinal sur ce thème n'est en somme que le reflet d'une inclination morale susceptible d'inspirer le droit des obligations. Pour les uns, c'est le respect de la parole donnée qui a valeur de principe dominant. Les autres prêcheraient plutôt le renoncement et le pardon en invitant le créancier à la patience d'abord, à la libération du débiteur ensuite ; poursuivre une exécution inflexible serait contraire à la morale contractuelle. Deux morales, deux postures, et cependant la même inspiration chrétienne ».

¹⁷⁰⁷ D. Mazeaud, *Constans sur le contrat, sa vie, son droit, op. cit.*, spéc. n° 3.

¹⁷⁰⁸ Dans ce sens, D. Mazeaud, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 295, spéc. n° 43 : « L'exigence de sécurité juridique doit fléchir devant l'impératif de sauvegarde de la dignité de la personne du débiteur ; la force obligatoire du contrat doit rompre face à la situation d'extrême précarité de certains débiteurs ».

¹⁷⁰⁹ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers, op. cit.*

n'apparaît plus adapté au but poursuivi, la portée de ce principe, qui procède du législateur, peut et doit être modifiée »¹⁷¹⁰.

La prise en compte se dévoile donc comme le moyen de faire fléchir la force obligatoire du contrat, devant la valeur supérieure de solidarité, composante du principe de fraternité.

b. Le respect de la parole donnée et l'attente légitime du créancier

614. Le dépassement du sens traditionnel du principe de la force obligatoire du contrat ne serait pas uniquement la conséquence d'une évolution des valeurs et principes supérieurs extérieurs avec lesquelles celui-ci devra composer, mais il résulterait aussi d'une évolution interne propre à cette notion : la force obligatoire ne trouverait plus son assise dans la parole donnée par le débiteur, mais plutôt dans l'attente légitime du créancier.

L'évolution des réalités économiques, l'endettement devenu indispensable pour le système économique actuel – avec le risque de surendettement que cela comporte –, devraient conduire le créancier à prévoir la possibilité pour le débiteur de ne pouvoir honorer son engagement. Ce risque devrait être prévisible pour le créancier, et servir à apprécier la légitimité de son attente de se voir rembourser. En effet, dans une optique où se déplacerait « la valeur de l'engagement de la personne du débiteur – approche classique – vers celle du créancier : l'obligation tirerait alors sa force moins du promettant que de l'attente raisonnable du destinataire de la promesse : or dans une économie d'endettement, la défaillance du débiteur pourrait apparaître comme une probabilité que ne doit pas exclure le créancier »¹⁷¹¹.

615. On pourrait peut-être rapprocher cette logique de celle de la

¹⁷¹⁰ P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, Dr. et patr. mai 1998, p. 88, spéc. p. 89.

¹⁷¹¹ B. Oppetit, *L'endettement et le droit*, op. cit., spéc. p. 310. V. dans le même sens P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, op. cit., spéc. p. 89 : « on assiste peut-être actuellement à l'avènement d'une nouvelle conception de la force obligatoire du contrat, qui serait moins fondée sur l'engagement du débiteur que sur l'attente raisonnable du créancier : celui doit savoir, dans un contexte de crise persistante, que l'exécution du contrat n'est pas une certitude ; c'est à lui d'intégrer la précarité des situations dans ses prévisions contractuelles » ; et aussi, D. Mazeaud, *Rapport français sur l'endettement des particuliers*, op. cit., spéc. n° 40 : « Aussi sous l'influence de ce droit contractuel de crise, de ce droit catégoriel imprégné de justice distributive, la notion d'obligation subit une profonde mutation. Sa force obligatoire ne repose plus sur la confiance de créancier dans la parole donnée par son débiteur. Elle se mesure à l'aune de l'attente raisonnable qui pouvait être la sienne face à un particulier aveuglé par les mirages de la société de consommation et moralement, socialement contraint à s'endetter ».

responsabilisation du créancier. L'article L. 331-7 du Code de la consommation stipule que pour l'application des mesures qu'il prescrit, la commission doit prendre en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur, et qu'elle peut aussi vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels. Cette référence à la connaissance du créancier ainsi qu'au respect des usages professionnels renvoie aux obligations du créancier, aux précautions qu'il doit prendre lors de la conclusion du contrat ; « [on] est par conséquent ici à la frontière de la sanction d'un comportement fautif du créancier »¹⁷¹².

Mais c'est peut-être aussi dans une vision plus globale de la responsabilité des différents acteurs économiques face au fléau du surendettement, qu'une logique de sanction intervient, permettant de remettre en question le principe du respect de la parole donnée¹⁷¹³.

En définitive, « la légitimité de ce droit spécial dans lequel l'obligation et son paiement sont finalement dissociés ne peut être sérieusement remis en cause. Chacun ayant sa part de responsabilité dans la situation inextricable dans laquelle se trouve certains débiteurs, qui ont succombé à la tentation de l'endettement savamment orchestrée par les différents princes qui nous ont gouvernés durant ce dernier quart de siècle et par les établissements de crédit qui ont usé et abusé de leur pouvoir de dire "oui"..., il n'est finalement pas étonnant que la règle de l'immutabilité du contrat fléchisse devant l'impératif de solidarité sociale »¹⁷¹⁴.

616. Une dernière remarque sur la question s'impose. Un auteur soutient que c'est l'attente légitime du débiteur qui justifie la remise en question du principe de la force obligatoire. En effet, en examinant la mesure que peut recommander la commission en cas de vente forcée de l'immeuble, « [ce] que traduit alors le mécanisme du surendettement, c'est moins l'idée que le débiteur peut opposer un

¹⁷¹² F. Macorig-Venier, *L'effacement des dettes dans le droit du surendettement*, Dr. et patr. sept. 2009. V. sur ce point aussi D. Mazeaud, *Rapport français sur l'endettement des particuliers*, op. cit., spéc. p. 140, n° 35.

¹⁷¹³ V. sur ce point S. Darmaisin, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, spéc. n° 546, p. 353, et G. Raymond, *Solidarisme contractuel en droit de la consommation*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 107, spéc. p. 118, n° 15 : « ce surendettement doit être considéré comme un avatar de la société de consommation et les risques doivent en être supportés, certes par les surendettés eux-mêmes, mais aussi par les créanciers qui auront incité trop facilement les consommateurs à s'endetter ».

¹⁷¹⁴ D. Mazeaud, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, op. cit., spéc. n° 6.

minimum social au créancier mais plutôt celle que les contraintes de l'endettement sont à la mesure de la satisfaction des attentes du consommateur. Si la pression des créanciers est telle qu'elle lui fait perdre les bénéfices attendus de son endettement, le débiteur peut alors prétendre à un allègement sinon un effacement de ses dettes »¹⁷¹⁵.

La prise en compte serait ainsi le moyen d'opérer une mutation interne au principe de la force obligatoire, de transférer son centre de gravité, du respect de la parole donnée, vers la légitimité de l'attente de se voir remboursée, légitimité examinée au regard de la situation socio-économique globale.

L'action de la prise en compte, se manifestant dans la législation sur le surendettement, sur la théorie classique des obligations et contrats, est donc compatible avec celle du fondement de fraternité sur celle-ci. Elle est donc rattachable à ce premier titre, à la théorie pure de la notion. Mais c'est également à un second titre que nous pouvons vérifier ce rattachement, en examinant la finalité de la prise en compte.

B. Finalité de la prise en compte

617. Comme pour chacune des institutions du droit contractuel, manifestation de la prise en compte, précédemment exposées, la question se pose quant à la finalité de cette prise en compte.

Est-ce une finalité d'efficience économique, qui serait dans le prolongement de la force obligatoire du contrat, puisque l'objectif de base serait la satisfaction dans la mesure du possible des créanciers – et donc de sauver l'efficacité du contrat ?

Est-ce plutôt une finalité sociale, à savoir celle de prévenir l'exclusion du débiteur, et de préserver sa dignité, qui seraient des objectifs qui trouvent leur inspiration dans une certaine morale relationnelle et altruiste, découlant du principe de fraternité ? Cet objectif témoignerait d'un recul du principe de la force obligatoire du contrat qui fléchirait devant les valeurs de solidarité et d'empathie.

Rappelons que ces deux objectifs ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, mais l'essentiel est de faire la différence entre les deux ordres de réflexion, pour déterminer si ce support de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant relève bien d'une théorie pure de la notion.

¹⁷¹⁵ X. Lagarde, *L'endettement des particuliers*, LGDJ, Paris, 1999, p. 127, spéc. p. 158, n° 87.

618. La législation sur le surendettement a connu une évolution dans sa conception et donc dans la finalité qu'elle poursuit. « Depuis 1989, plus on avance dans les réformes et plus l'objectif social est prédominant »¹⁷¹⁶. Nous reviendrons sur cette évolution plus en détails dans ce qui suit. Toujours est-il qu'historiquement la sollicitude envers les débiteurs répond à « deux sortes de préoccupations : - les unes, de caractère social et humain, tiennent au souci de venir en aide, (...) à des débiteurs malheureux qui, à raison de leur vulnérabilité, appellent la solidarité nationale sous forme de sacrifices imposés aux créanciers par l'État ; - les autres, de natures directement politique, visent d'abord, dans les périodes de crise, à sauvegarder la paix sociale »¹⁷¹⁷. Aujourd'hui s'ajoute un objectif indéniable économique : celui de maintenir un système économique dont l'un des piliers est l'endettement.

Examinons tour à tour la finalité économique (1) puis celle morale et sociale (2) de la législation d'aménagement du surendettement des particuliers.

1. Finalité économique

619. Deux objectifs font pencher en faveur d'une finalité principalement économique de la prise en compte, introduite par la législation sur le surendettement des particuliers ; d'un côté, l'efficacité de l'obligation pour le créancier (a), de l'autre, la prise en compte des données économiques générales pour le maintien d'une économie de marché reposant sur l'endettement (b).

a. L'efficacité du contrat

620. Nous ne pouvons complètement écarter de la procédure de traitement du surendettement des particuliers, l'objectif économique.

D'ailleurs la loi avait été pensée à l'origine dans un but économique, pour aider le débiteur à satisfaire les créanciers. À l'origine, et « [par] le redressement, l'idée était de mettre le débiteur en état de régler ses dettes. D'une certaine manière, les créanciers profitaient de telles mesures puisque tout était fait pour que le débiteur paye. Il en reste bien entendu trace dans la législation actuelle »¹⁷¹⁸. C'est au fil des réformes qu'un objectif social s'est peu à peu imposé, modifiant la philosophie de la procédure, auquel nous reviendrons un peu plus tard.

¹⁷¹⁶ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, op. cit.

¹⁷¹⁷ B. Oppetit, *L'endettement et le droit*, op. cit., spéc. p. 296.

¹⁷¹⁸ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, op. cit.

Le surendettement est par définition une situation définie par rapport à la très grande difficulté – « impossibilité » – dans laquelle se trouve le débiteur de faire face à l'ensemble de ses dettes. Les mesures de traitement que consent le créancier seraient ainsi plus une voie pour lui, de voir ses chances d'être satisfait augmenter.

Ceci conforterait la vision de la prise en compte comme un moyen de parvenir à un paiement plus effectif.

621. Cet objectif transparaîtra particulièrement, durant la phase de conciliation, lors de l'élaboration d'un plan conventionnel, où le créancier pourra participer activement à la négociation et donc défendre et protéger ses intérêts. Ainsi, « les créanciers peuvent avoir, selon les cas, de bonnes raisons de consentir quelques sacrifices en contrepartie d'un plan qui est assorti de certaines garanties et qui, en toute hypothèse, serait résolu en cas d'inexécution »¹⁷¹⁹. Ainsi, les plans conventionnels de redressement « peuvent, selon l'indulgence et la clémence des créanciers, *de même que leur clairvoyance* car l'allègement de leur créance pourra être la condition *sine qua non* d'un paiement, aboutir à des remises de dettes plus ou moins importantes »¹⁷²⁰. Un double objectif est ainsi servi : la solidarité mais surtout l'efficacité puisque « [le] créancier a souvent à gagner à être tolérant envers son débiteur qui rencontre des difficultés dans l'exécution de ses obligations »¹⁷²¹.

622. D'ailleurs, rappelons l'arrêt du 13 novembre 1996 précité¹⁷²² où la Cour a dénié la qualification de remise de dette aux mesures acceptées par le créancier dans le plan conventionnel de redressement, « malgré leur caractère volontaire », « eu égard à la finalité d'un tel plan ». Cette curieuse référence à la « finalité du plan » conforte pourtant la vision du plan de redressement comme mesure de protection

¹⁷¹⁹ Ph. Mury, note sous Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, JCP G 1997, II, 22780. V. dans le même sens G. Paisant, *La jurisprudence de la Cour de cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers*, D. 1994, chr. p. 173, spéc. n° 17 : « il est également juste de considérer le point de vue des créanciers et de ne pas faire table rase de leurs droits. Plus d'ailleurs le dispositif de traitement du surendettement sera équitable, mieux il sera accepté et plus ses chances de succès seront grandes » ; et P. Ancel, *La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre in La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 163, spéc. p. 172 : « Il n'est pas sûr que, d'un point de vue économique, les mesures accordées au débiteur en difficulté ne permettent pas au créancier, dans un grand nombre de cas, d'obtenir en définitive plus que ce qu'il pourrait récupérer par une exécution immédiate restée infructueuse ».

¹⁷²⁰ D. Mazeaud, *La réduction des obligations contractuelles*, *op. cit.*, spéc. p. 66. (Nous soulignons)

¹⁷²¹ A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, spéc. p. 530, n° 791.

¹⁷²² V. *supra* n° 561.

minimum des intérêts des créanciers. Si l'objectif général de la procédure demeure la prise en compte de l'intérêt du débiteur et l'assainissement de sa situation¹⁷²³, ceci n'exclut pas un second objectif toujours présent à ce stade, à savoir la satisfaction du créancier.

En effet, cette solution jurisprudentielle « fait ainsi apparaître l'aspect parfois artificiel de l'esprit de solidarité dont font preuve les créanciers »¹⁷²⁴ et accentue la vision de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant en phase de conciliation comme moyen de parvenir à un paiement plus effectif. En effet, « [le] créancier consent à l'allègement de la dette sous l'empire de la nécessité (...). Par définition, le plan auquel il adhère a pour finalité le redressement du débiteur c'est-à-dire, dans une certaine mesure, le paiement de la dette »¹⁷²⁵.

C'est peut-être simplement pour cette raison que la jurisprudence a dénié la qualification de remises de dettes à ces mesures¹⁷²⁶.

623. Toutefois, l'exclusion de la qualification de remise de dette est à critiquer. En effet, si la finalité de l'octroi par le créancier de mesures d'allègement de la dette au débiteur nous importe quant à l'étude du rattachement de ce support de la prise en compte à la théorie pure de la notion, et donc au fondement de fraternité, cette finalité ne saurait avoir un effet sur l'opération technique de qualification juridique de l'acte. Les motifs sont en effet inopérants dans l'opération de qualification¹⁷²⁷.

¹⁷²³ Dans ce sens, J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, *op. cit.* : « Dans le cadre d'un plan conventionnel de redressement l'objectif est bien de redresser la situation du débiteur, autrement dit de mettre fin par des mesures appropriées à la situation de surendettement. Cette partie de la législation porte à assainir la position financière du débiteur ».

¹⁷²⁴ D. Mazeaud, *La réduction des obligations contractuelles*, *Dr. et patrimoine* mars 1998, p. 56, spéc. p. 68.

¹⁷²⁵ L. Aynès, note sous Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, *Defrénois* 1997, art. 36515, p. 292.

¹⁷²⁶ D'ailleurs, M. Mazeaud relève que « la quasi-totalité des auteurs contemporains considèrent que les mesures imposées par le juge, à l'occasion d'un traitement du surendettement prescrit par ses soins, ne sauraient profiter aux cautions car son intervention révèle la défaillance du débiteur et explique la mise en œuvre du cautionnement » (note sous Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, *D.* 1997, *Som. com.* p. 178). Il fait référence sur ce point à, Ph. Delebecque, *Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement*, *D.* 1990, *chron.* p. 255, spéc. n° 20 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, *Dalloz*, 1995, 2^e éd., n° 170 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *Dalloz*, 1996, n° 1360.

¹⁷²⁷ Dans ce sens L. Aynès, note sous Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, *op. cit.*, spéc. p. 294 : « La remise de dette est une convention extinctive ; sa neutralité traduit l'indifférence du droit aux motifs qui l'inspirent (...). Par conséquent, invoquer la finalité du plan conventionnel de règlement comme le fait l'arrêt rapporté, pour exclure la qualification de remise de dette au sens de l'article 1287 du Code civil paraît insuffisant. Quelle finalité ? Permettre au créancier d'obtenir finalement un paiement, au

La solution porte aussi des effets pratiques répréhensibles. Si la caution parvient à se retourner contre le débiteur, ceci rendrait le traitement du surendettement justement inopérant. Ensuite, dans le cas contraire, la caution serait donc la partie qui supporte en fin de compte le coût social du traitement de surendettement, ce qui paraît excessif en tenant compte du fait que le plus souvent la caution du ménage ou de la personne physique qui s'endette sera aussi un particulier¹⁷²⁸. C'est pourquoi, quant à cette question, « la plupart des auteurs préconisent le retour au droit commun, et par conséquent l'application de l'art. 1287 c. civ., tant en raison de la nature conventionnelle du plan que du caractère accessoire du cautionnement »¹⁷²⁹.

Ceux sont, dans un second temps, les données économiques générales qui justifieraient la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

b. Le maintien d'une économie de marché reposant sur l'endettement

624. Plusieurs explications tirées de l'analyse économique du droit, incitent à favoriser une finalité économique au droit du surendettement.

625. D'abord, le dispositif de traitement du surendettement serait essentiel économiquement, pour le maintien et la protection du crédit, pilier du système économique actuel.

626. Ensuite, et en gardant à l'esprit que le crédit à consommation est la principale source du surendettement, si nous raisonnons en termes d'allocation du risque, il a pu être soutenu que « le prêteur professionnel est le mieux à même d'évaluer le risque du prêt (*the superior risk bearer*) et d'autant plus incité à y procéder que l'emprunteur verra sa dette en principe effacée en cas d'incapacité à la

moins partiel, favorisant le rétablissement du débiteur ? Mais c'est un objectif qui n'altère en aucune manière la qualification, pas plus que la contrainte qu'exerce sur le créancier l'insolvabilité actuelle de son débiteur ».

¹⁷²⁸ V. dans ce sens, L. Aynès, note sous Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, *op. cit.*, spéc. p. 296 : « La solution jure encore avec les objectifs de la procédure de surendettement. La caution fera les frais du plan de règlement : ne pouvant exercer un recours subrogatoire contre le débiteur principal après paiement, pour la totalité de la dette et tout de suite, sauf à rendre le plan lettre morte, c'est elle qui supporte définitivement les mesures consenties par le créancier ».

¹⁷²⁹ D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, *op. cit.*

payer, la règle de l'effacement des dettes ayant ainsi une fonction similaire à celle de la responsabilité limitée en droit des sociétés»¹⁷³⁰.

D'ailleurs, pour parvenir rationnellement à limiter la banalisation du crédit, il est plus efficace de compter sur le prêteur pour le faire – en lui faisant supporter le risque de l'opération – parce qu'il sera incité à réduire le risque de pertes qu'il encourt, plutôt que sur les emprunteurs qui devront pour se faire résister à la facilité de l'emprunt, diffusé puissamment par la culture d'aujourd'hui.

627. Enfin, la lutte contre l'exclusion du débiteur n'a pas qu'un aspect social, mais également économique, puisque « la libération du débiteur du fardeau de ses dettes serait une incitation à redevenir productif, plutôt que de rester à la charge de la collectivité : un régime coercitif de remboursement est susceptible d'entraîner la résistance du débiteur et l'encourager à changer d'emplois, ou encore à devenir moins productif, voire à disparaître complètement »¹⁷³¹.

Il s'agit en fait de trouver « le juste équilibre entre, d'un côté, un débiteur dont il faut éviter, ou limiter, la déconfiture afin de ne pas déstabiliser le marché et, de l'autre, un créancier qui ne doit pas pour autant être tenu de sacrifices tels que la déconfiture le guette à son tour. On le sait bien, un débiteur ne va pas sans créancier, un créancier sacrifié devient débiteur déconfit pour d'autres et un créancier amer hésitera, à l'avenir, à retenter l'aventure contractuelle et, donc, économique ! »¹⁷³²

Même si ces raisons fondées sur l'analyse économique du droit doivent être prises en compte dans la détermination de l'objectif de la procédure, la principale finalité de cette dernière se trouve ailleurs. En effet, s'est affirmée avec l'évolution de l'institution une finalité sociale et morale.

2. Finalité morale

628. Qu'est-ce qui justifie avec le droit du surendettement, ce chancellement du « monde contractuel (...), et, avec lui, la certitude qui en fait le ciment : celle d'être payé de ce qui avait été convenu et dans les délais qui avaient été prévus »¹⁷³³?

¹⁷³⁰ A. Steff, *La philosophie des procédures de surendettement des particuliers : l'exemple américain*, RD bancaire et fin. 2012, dossier 25, spéc. n° 28.

¹⁷³¹ A. Steff, *La philosophie des procédures de surendettement des particuliers : l'exemple américain*, *op. cit.*, spéc. n° 30.

¹⁷³² A.-S. Barthez, *Crise économique et contrat : les remèdes*, RDC 2010, p. 467.

¹⁷³³ *Ibid.*

C'est une finalité principalement sociale et morale qui se révèle derrière ces mesures exorbitantes, imposant aux créanciers de faire preuve d'une patience qui peut être infinie, ou le renoncement à tout ou une partie de leurs créances.

Cette finalité morale peut être dégagée à partir d'un triple constat ; d'abord, le changement progressif de l'objectif de la législation sur le surendettement (a), ensuite, le passage à l'intérieur de celle-ci du concept de dignité à la moralité relationnelle (b), enfin, l'indépendance de l'exigence de prise en compte par rapport aux exigences de l'intérêt commun (c). Ce triple constat va permettre en même temps de rattacher cette prise en compte à la théorie pure de la notion.

a. Changement progressif de l'objectif du droit du surendettement.

629. Nous avons évoqué que le droit du surendettement, avait à l'origine, lors de son institution par la Loi de 1989, un objectif principalement économique : celui de remettre le débiteur en état de payer sa dette. Même alors, la finalité sociale n'en était pas complètement absente¹⁷³⁴.

Mais, au fil des réformes qu'a connues cette législation, s'est imposé de plus en plus fortement cet objectif social¹⁷³⁵, et celle-ci ne laisse plus beaucoup de doutes quant à la question de sa finalité. La loi de 1998 est dite « loi de lutte contre l'exclusion », et la réforme de 2003 est présentée, dans les propos du ministre¹⁷³⁶ qui en est à l'origine, comme ayant pour objectif de prendre en compte les « accidents de la vie, à l'image de la perte d'un emploi, d'une maladie ou d'une séparation conjugale »¹⁷³⁷, de ne pas rester immobiles face à la « spirale de l'échec et fermer les yeux sur la

¹⁷³⁴ V. les déclarations de V. Neiertz au JO sénat CR 31 oct. 1989, p. 2818 : les textes du surendettement sont posés « au nom de l'urgence sociale », pour redonner « espoir » à des familles se trouvant « dans des situations dramatiques ».

¹⁷³⁵ Dans le même sens V. Vigneau, *Logement et surendettement*, Loyers et copr. 2011, étude 1, spéc. n° 2 : « La dimension sociale, le souci d'intégrer la question du surendettement dans une politique plus globale de lutte contre les exclusions, voire de cohésion sociale, a pris le pas sur les aspects purement processuels au fur et à mesure des lois qui se sont succédé à ce sujet » ; *La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1^{er} juillet 2010*, D. 2010, p. 2593, spéc. n° 6 ; et C. Gau-Cabée, *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant, Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, RTD civ. 2012, p. 33 : « En 1998 puis en 2003, la lutte contre l'exclusion prévaut sur la logique du redressement économique. On n'aide plus un débiteur à payer ses créanciers, on évite que l'obligation de les payer n'aboutisse à le marginaliser ».

¹⁷³⁶ Jean-Louis Borloo, à l'époque, ministre délégué à la Ville et à la Renovation urbaine, dans le gouvernement Raffarin II.

¹⁷³⁷ J.-L. Borloo, *Une seconde chance pour les ménages surendettés*, AJ Famille 2003, n° 10, p. 328.

détresse humaine »¹⁷³⁸, et « de donner une seconde chance et de faciliter un nouveau départ »¹⁷³⁹ aux ménages.

Nous pouvons donc affirmer qu'aujourd'hui, l'objectif principal de la législation du surendettement des particuliers est la lutte contre la précarité, l'exclusion, et la marginalisation du débiteur¹⁷⁴⁰.

630. La jurisprudence consacre d'ailleurs cette finalité par deux arrêts du 27 janvier 1993¹⁷⁴¹, confirmant « l'esprit résolument social qui innerve la mise en œuvre du droit du surendettement »¹⁷⁴². Dans des espèces où la situation financière du débiteur était tellement difficile, rendant la mise en place d'un plan de redressement impossible¹⁷⁴³, la Cour de cassation affirme que « le juge saisi du redressement judiciaire civil (...) n'est pas tenu d'assurer le redressement de la situation du débiteur

¹⁷³⁸ *Ibid.*

¹⁷³⁹ *Ibid.*

¹⁷⁴⁰ V. dans le même sens, D. Mazeaud, *Avant-propos démodé sur le droit du surendettement*, Dr. et patr. oct. 1998, p. 50, spéc. p. 51 : « aujourd'hui, il s'agit avant tout d'un dispositif social destiné à lutter contre les risques de précarité et d'exclusion auxquels sont exposés les victimes du surendettement » ; P. Ancel, *Le traitement des situations de surendettement des particuliers de 1989 à 1998 : du redressement à la liquidation judiciaire civile*, Dr. et patr. oct. 1998, p. 53, spéc. p. 59 : « le but n'est plus d'aider un débiteur à payer ses créanciers, il est d'éviter que l'obligation de payer ses créanciers n'aboutisse à le marginaliser » ; V. Vigneau, *Logement et surendettement*, *op. cit.*, spéc. n° 2 : « L'objectif n'est plus d'aider un débiteur à payer ses créanciers, mais d'éviter que l'obligation de les payer n'aboutisse à le marginaliser. Le droit du surendettement des particuliers poursuit ainsi comme but de sauvegarder les particuliers de la misère et de l'exclusion sociale et de leur garantir l'espoir d'une situation meilleure » ; et Y. Bernand, Dr. et patr. sept. 2011, p. 18, spéc. pp. 18-19 : Il y a une « [reconnaissance] d'un "droit de ne plus pouvoir payer ses dettes" (...). L'endettement devient alors un moyen de subsistance. Ainsi, le débiteur surendetté type, souvent décrit comme un acheteur compulsif qui abuse des crédits, est avant tout un individu de plus en plus seul, de moins en moins jeune, et qui subit l'inexorable érosion de son pouvoir d'achat ».

¹⁷⁴¹ Cass civ. 1^e, 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 41, p. 27.

¹⁷⁴² D. Mazeaud, D. 1996 p. 122.

¹⁷⁴³ V. dans ce sens G. Paisant, *La jurisprudence de la Cour de cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers*, *op. cit.*, spéc. n° 15 : « Logiquement alors, lorsque le débiteur se trouve dans une situation financière tellement compromise que l'application maximale des mesures de redressement, dans les délais qu'elles prévoient, n'apparaissent pas à même d'atteindre ce résultat, il devrait être débouté de sa demande. Mais, pour éviter le paradoxe indéniable qui consisterait, contrairement aux souhaits du législateur, à ne pouvoir venir en aide aux plus démunis, la Cour de cassation a préféré l'équité à la rigueur juridique (...) Implicitement, elle a même admis l'éventualité d'un renouvellement de la procédure dès lors qu'à l'expiration de la première l'état de surendettement n'aurait pas disparu », et *Redressement judiciaire civil. La mise en œuvre de la procédure et la question de l'apurement du passif du débiteur surendetté*, RTD com. 1993, p. 370, spéc. p. 371 : « ou bien on conçoit le redressement judiciaire civil comme une procédure d'apurement du passif et son bénéfice sera réservé, non seulement aux surendettés dont la mauvaise foi n'a pas été prouvée, mais encore à ceux d'entre eux qui disposent du minimum de ressources permettant au juge d'envisager le règlement de leurs difficultés financières dans les termes de l'article 12 de la loi de 1989, ou bien cette « procédure collective » (art.10) est simplement conçue comme un moyen d'alléger la charge financière de l'intéressé, et elle pourra profiter à tous les surendettés de bonne foi, y compris ceux dont les facultés de remboursement sont quasi inexistantes ».

dans un quelconque délai »¹⁷⁴⁴, et « qu'aucune disposition n'exige que la situation d'endettement du débiteur bénéficiaire d'une procédure de redressement judiciaire civil, soit apurée au terme des mesures de report ou de rééchelonnement que le juge peut prononcer »¹⁷⁴⁵. En d'autres termes, ce que la Cour affirme c'est que le but de la procédure n'est point d'assurer l'exécution par le débiteur de ses obligations. Cette jurisprudence sera confirmée par la suite¹⁷⁴⁶.

Une affaire du 27 juin 1995¹⁷⁴⁷, que nous avons étudiée¹⁷⁴⁸, est plus explicite quant à l'objectif de la procédure¹⁷⁴⁹, et la Cour de cassation y « rappelle aux juges du fond le caractère social du droit du surendettement. *Les procédures de traitement du surendettement (...) ont pour seul objectif, grâce aux mesures de solidarité sociale que la commission de surendettement des particuliers et le juge peuvent accorder au débiteur surendetté, de lutter contre les risques de précarité et d'exclusion engendrés par le surendettement et auxquels ce dernier est exposé* »¹⁷⁵⁰.

C'est donc un objectif social qui s'impose de plus en plus avec l'évolution de la législation sur le surendettement des particuliers. D'ailleurs, la jurisprudence a également affirmé que le droit du surendettement relevait de l'ordre public de protection sociale¹⁷⁵¹.

631. Le doyen Ripert écrit en 1936, percevant une mutation dans le droit régissant la relation débiteur-créancier : « Il y a longtemps que dure cette lutte du débiteur contre le créancier, mais le débiteur aujourd'hui est bien près du triomphe

¹⁷⁴⁴ Arrêt Rousselet, du 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 41, p. 27, arrêt n° 1.

¹⁷⁴⁵ Arrêt Bracq du 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 41, p. 27, arrêt n° 2 ; D. 1993, p. 343, note Bonthoux ; RTD com. 1993, p. 370, obs. G. Paisant ; RD bancaire et bourse 1993, p. 129, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

¹⁷⁴⁶ Cass. civ. 1^e, 5 mai 1993, RJDA 1993, p. 666 ; 17 mai 1993, RJDA 1993, p. 853 ; 16 juin 1993, RTD com. 1993, p. 571, obs. G. Paisant ; 9 févr. 1994, RJDA 1994, p. 969 ; 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 289, p. 201, D. 1996, p. 122, obs. D. Mazeaud ; et 23 juin 1998, 96-04.234, Inédit.

¹⁷⁴⁷ Cass. civ. 1^e, 27 juin 1995, n° 92-19212, Bull. civ. I, n° 287.

¹⁷⁴⁸ V. *supra* n°s 277 s.

¹⁷⁴⁹ V. sur le pas en plus effectué par la Cour dans l'explicitation de l'objectif de la procédure, D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^e, 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 289, D. 1996, Som. com. p. 122 : « Le but du traitement du surendettement, n'est pas qu'ils puissent obtenir l'exécution, même partielle ou différée, de leurs créances. Il s'agit uniquement de réviser et réadapter les dettes du débiteur surendetté en fonction de ses ressources actuelles et futures. Par conséquent, si ce débiteur n'a pas ou n'a que très peu de ressources, la commission de surendettement ou le juge pourront, selon les cas, recommander ou décider le report de tout ou partie de ses dettes à la date d'expiration des délais prévus à l'art. L. 331-7, 1^o, c. consomm. ; concrètement, le débiteur pourra donc être dispensé du paiement de ses dettes pendant un délai de cinq ans lorsqu'il se trouvera dans une situation financière très délicate ».

¹⁷⁵⁰ D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^e, 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 289, *op. cit.*

¹⁷⁵¹ Cass. civ. 1^e, 4 juin 1996, n° 94-04.183.

»¹⁷⁵². La législation sur le surendettement des particuliers n'est que l'aboutissement de ce triomphe évoqué par le doyen Ripert, particulièrement avec la dernière réforme de 2010, qui est « incontestablement une amélioration de la situation du débiteur surendetté ; elle se fonde (...) sur une logique humaniste et solidariste »¹⁷⁵³.

Nous pouvons ainsi voir clairement avec cette dernière réforme de la loi, la faveur pour le débiteur qui est ainsi toujours allée en s'accroissant dans cette législation, et ceci dans plusieurs dispositions et règles instituées.

632. D'abord, avec la réforme de 2010, la procédure est accélérée par la réduction du délai maximal des mesures adoptées de dix à huit ans. Nous pouvons de prime abord retenir que cette accélération dans la procédure intervient pour servir les intérêts du débiteur dont la situation est traitée plus rapidement. Cependant, il a aussi été relevé que « [le] fait de réduire la durée maximale des mesures prescrites amoindrit par conséquent les chances de parvenir à un désendettement du débiteur, sans avoir à recourir à la procédure de rétablissement personnel »¹⁷⁵⁴.

633. En outre, la réforme de 2010 va dans le sens d'une extension de la protection des débiteurs, puisqu'elle retient dans la loi (à l'article L.330-1 alinéa 1^{er}) que « le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée ». La loi consacre ainsi la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 mars 2005¹⁷⁵⁵. En effet, « le coût du relogement » doit être pris en compte pour évaluer l'état de surendettement.

634. A été ensuite intégrée à la commission, une personne ayant de l'expérience dans le domaine de l'économie familiale et sociale pour assurer une plus grande prise en compte de la situation réelle et concrète du débiteur. De plus, la liste des dépenses courantes considérées comme essentielles a été étendue (dépenses de logement, d'électricité, de gaz, de chauffage, d'eau, de nourriture et de scolarité, les

¹⁷⁵² G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, n° 69, spéc. p. 133.

¹⁷⁵³ G. Raymond, *Le surendettement dans la loi du 1er juillet 2010*, RD bancaire et fin. 2012, dossier 22.

¹⁷⁵⁴ V. Vigneau, *La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1^{er} juillet 2010*, *op. cit.*, spéc. n° 34.

dépenses relatives aux frais de garde, de déplacement et de santé), dans l'examen des ressources réelles du débiteur.

635. Autre évolution notable est le fait que la décision de recevabilité¹⁷⁵⁶ du dossier du débiteur par la commission entraîne la suspension de plein droit¹⁷⁵⁷ des procédures d'exécution et l'interdiction de toutes nouvelles procédures d'exécution (et non plus la seule saisine du juge de l'exécution aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel). La suspension est donc effective avant toute consultation des créanciers, ce qui renforce la vision que la procédure de surendettement est d'abord et avant tout arrêtée pour protéger les intérêts du débiteur.

636. Deux dernières mesures témoignent de cette faveur pour le débiteur. Premièrement, « [la] durée des inscriptions au fichier national des incidents de paiement a été réduite pour favoriser un “droit à l'oubli” des personnes ayant été inscrites, afin de leur permettre là encore un accès au crédit. Ainsi, l'inscription est maintenue pendant la durée globale du plan et des mesures, sans toutefois pouvoir excéder huit ans »¹⁷⁵⁸, et la « radiation sera possible dès lors que les mesures de désendettement auront été exécutées sans incident »¹⁷⁵⁹. Deuxièmement, « l'article L. 311-8 nouveau du Code de la consommation charge le prêteur de la prévention du surendettement du candidat emprunteur. Il doit fournir au consommateur les informations permettant de déterminer si le crédit est adapté à ses besoins et lui fait prendre conscience des risques que cet emprunt peut lui faire courir. Le prêteur doit vérifier la solvabilité de l'emprunteur, mais la loi nouvelle n'a pas été jusqu'à mettre à sa charge d'un devoir de refus de crédit. En revanche, la jurisprudence pourrait bien

¹⁷⁵⁵ Civ. 2^e, 10 mars 2005, Bull. civ. II, n° 67 ; Gaz. Pal. 26/27 juill. 2006, p. 18, note S. Ledan.

¹⁷⁵⁶ Relevons que le seul dépôt du dossier entraîne des effets, à savoir le secret et la possibilité de demander une suspension des voies d'exécution.

¹⁷⁵⁷ Il faut noter que la commission peut également demander la suspension des mesures d'expulsion du logement du débiteur, pour une durée maximale d'un an.

¹⁷⁵⁸ V. Vigneau, *La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1^{er} juillet 2010*, *op. cit.*, spéc. n° 54.

¹⁷⁵⁹ V. Vigneau, *La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1^{er} juillet 2010*, *op. cit.*, spéc. n° 57.

déduire de cette obligation de vérifier la solvabilité un devoir de refuser le crédit sollicité »¹⁷⁶⁰.

637. Notons enfin qu'il est intéressant de relever, en droit comparé, que contrairement à ce qu'on pourrait imaginer, le droit américain de la faillite des particuliers a, « à la fonction fondamentale originelle d'instrument de recouvrement collectif des dettes au bénéfice des créanciers, (...) historiquement intégré très tôt et très en avance sur les autres familles juridiques comparables, à compter de la loi sur la faillite de 1898, une dimension protectrice du débiteur personne physique en lui donnant un droit à l'effacement de ses dettes (*discharge*) »¹⁷⁶¹.

C'est ensuite le constat du passage du concept de dignité à la moralité relationnelle, à l'intérieur de cette législation, qui tranche en faveur d'une finalité principalement morale de celle-ci.

b. De la dignité à la moralité relationnelle

638. Le droit du surendettement est aussi empreint d'humanisme, puisqu'il prend en compte la sauvegarde de la dignité, en tant que droit de l'homme, particulièrement dans les mesures consacrant le droit à un certain niveau de vie minimal, le droit au logement, ainsi que celles tendant à protéger le débiteur l'empêchant de tomber dans la pauvreté¹⁷⁶². Ainsi, « la défense de l'humanité de l'homme, qui concerne chacun, ne justifie-t-elle pas les obligations imposées aux uns pour éviter que les autres ne subissent quelque atteinte à leur dignité ? »¹⁷⁶³.

En effet, à côté des mesures d'effacement de dettes qui visent à prémunir le débiteur et l'empêcher de tomber dans la pauvreté, l'une des caractéristiques de la législation sur le surendettement des particuliers confirmant la tendance humaniste de celle-ci, est le droit à un certain niveau de vie qui y est instauré. En effet, à côté de la lutte contre l'exclusion et la marginalisation, est consacré le droit à un « reste à

¹⁷⁶⁰ G. Raymond, *Prévention du surendettement reposant sur le devoir de mise en garde du prêteur*, Contrats, conc. consom. 2012, comm. 189.

¹⁷⁶¹ A. Steff, *La philosophie des procédures de surendettement des particuliers : l'exemple américain*, *op. cit.*

¹⁷⁶² D'ailleurs aussi, et « [à] tout moment de la procédure, si la situation du débiteur l'exige, la commission l'invite à solliciter une mesure d'aide ou d'action sociale qui peut comprendre un programme d'éducation budgétaire, et notamment une mesure d'accompagnement social personnalisé, dans les conditions prévues par le livre II du code de l'action sociale et des familles » (Art. L331-3, L 332-1, L 332-6, et L 332-9 C. consom.)

¹⁷⁶³ Th. Revet, *Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, RTD. civ. 1998, p. 989, spéc. p. 991.

vivre »¹⁷⁶⁴, ou, en d'autres termes, est réservée une partie des ressources aux « dépenses courantes du ménage », qui comportent « le montant des dépenses de logement, d'électricité, de gaz, de chauffage, d'eau, de nourriture et de scolarité, de garde et de déplacements professionnels ainsi que les frais de santé »¹⁷⁶⁵.

Autre caractéristique confirmant l'empreinte humaniste de cette législation, est le droit au logement qu'elle préserve. Nous avons évoqué que la réforme de 2010 inscrit dans la loi (à l'article L.330-1 alinéa 1^{er}) que « le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée », consacrant ainsi la solution jurisprudentielle. En effet, « le coût du relogement » doit être pris en compte pour évaluer l'état de surendettement.

Ensuite la commission peut demander au juge de suspendre les mesures d'expulsion du logement du débiteur¹⁷⁶⁶, et le jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, entraîne, jusqu'au jugement de clôture, également la suspension des mesures d'expulsion du logement du débiteur¹⁷⁶⁷.

639. Mais nous avons démontré dès l'introduction, comment le concept de dignité éloignait la prise en compte de la théorie pure de la notion, puisque lui manque la dimension relationnelle, nécessaire pour délimiter une telle théorie, fondée sur un principe de fraternité. La dignité éloignerait donc du même coup la législation du surendettement, manifestation de la prise en compte, de la théorie pure de la notion.

En effet, le concept de dignité est un droit de l'homme, fondé sur une conception individualiste, que l'État est tenu de respecter et d'assurer pour chaque individu. Dans le respect de la dignité, il n'y a pas de passage par autrui, donc point de dimension horizontale et relationnelle, mais simplement un lien vertical entre l'individu et l'État tenu au respect de la dignité. Mais est-ce vraiment le cas pour la législation sur le surendettement ?

¹⁷⁶⁴ Un minimum social et non seulement vital pour certains. V. par ex. sur ce point X. Lagarde, *L'endettement des particuliers*, LGDJ, Paris, 1999, p. 127, spéc. p. 139 n° 75.

¹⁷⁶⁵ Art. L331-2 C. consom.

¹⁷⁶⁶ Art. L. 331-3-2 et L.331-7-3 C. consom.

¹⁷⁶⁷ Art. L. 332-6 C. consom.

640. La réponse doit être négative. Si le droit du surendettement consacre sans doute le respect de la dignité du débiteur, il dépasse ceci, en instaurant un devoir de solidarité à la charge d'autrui, dans ce cas le créancier. De la dignité on passe donc à la moralité relationnelle et altruiste, à la solidarité telle que nous l'avons définie.

Relevons à ce sujet l'opinion très éclairante d'un auteur à ce sujet : « [sur] la base d'un droit à la dignité du débiteur est instauré un devoir de solidarité du créancier. C'est ici sur le terrain des relations interindividuelles que l'impératif de solidarité joue. Autrement dit, la solidarité n'est pas uniquement un devoir de l'État (qu'il incarne dans ses fonctions d'État providence). C'est aussi un devoir de tous, y compris les créanciers de sommes d'argent. Selon la doctrine libérale, il s'agit classiquement d'un simple devoir moral. À l'inverse, dans le cadre du surendettement des particuliers il s'agit d'un devoir juridique qui incombe aux créanciers personnes privées. Dans ces conditions, le droit à la dignité, en tant que droit de l'homme, prend une dimension concrète et positive (il ne s'agit pas seulement d'un droit abstrait et incantatoire). De plus, le droit à la dignité, dans cette optique, n'est pas d'inspiration individualiste. On fait parfois le reproche aux droits de l'homme d'être individualistes en ce qu'ils distribuent indéfiniment des prérogatives individuelles, des “droits à”. Dans la perspective du surendettement, le droit à la dignité a, au contraire, une inspiration sociale forte »¹⁷⁶⁸.

Ce droit à la dignité passe ainsi dans le droit du surendettement, d'un droit individualiste à un droit relationnel.

Le fait que « l'on impose un devoir de solidarité »¹⁷⁶⁹ aux créanciers, ce passage par autrui, nous permet de passer aussi du fondement de dignité humaine qui pourrait justifier les solutions du droit du surendettement, à celui de fraternité dans sa composante de solidarité et de refus de l'exclusion ; le « droit à la dignité, en matière de surendettement, donne en quelque sorte naissance corrélativement à un devoir de solidarité »¹⁷⁷⁰. C'est au créancier qu'il est demandé de sacrifier ses intérêts : « le législateur et le juge ont élaboré une stratégie qui repose sur le sentiment de compassion à l'égard du débiteur et la capacité de renoncement du créancier »¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁸ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, LPA 2006, n° 63, p. 37.

¹⁷⁶⁹ A.-S. Barthez, *Crise économique et contrat : les remèdes*, RDC 2010, p. 467.

¹⁷⁷⁰ J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, *op. cit.*

¹⁷⁷¹ D. Mazeaud, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, *op. cit.*, spéc n° 6.

Cet objectif social, se décline d'abord en une dynamique de sauvegarde de la dignité du débiteur, pour s'élargir ensuite, en imposant un devoir de solidarité aux créanciers. Au nom du refus de l'exclusion, il y a un sacrifice des intérêts de ces derniers, pour une prise en compte active de l'intérêt du débiteur.

Certains auteurs évoquent expressément un objectif « charitable »¹⁷⁷² de ce droit, ou affirment que c'est « l'idée de solidarité, combinée à celle de fraternité, qui imprègne le droit du surendettement des particuliers (...). 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 »¹⁷⁷³, et que c'est enfin « en effet au nom de certaines fins - valeurs sociales supérieures de lutte contre l'exclusion, de protection de la dignité humaine - que le législateur choisit de sauver le débiteur en imposant un devoir de solidarité au créancier »¹⁷⁷⁴.

641. Le débiteur est donc plus perçu comme une victime¹⁷⁷⁵. Mais le risque est alors grand de le transformer en incapable que l'État est supposé prendre en charge, en imposant des mesures de solidarité aux créanciers, et donc de le déresponsabiliser.

Mais le droit du surendettement des particuliers, répugne à devenir un droit paternaliste en tentant de responsabiliser le débiteur.

C'est réellement une solidarité basée sur un rapport horizontal. En effet, autant que possible, le cocontractant est responsabilisé, grâce à la condition de bonne foi. Ce dernier a donc un rôle à jouer « [conformément] à la logique de réciprocité »¹⁷⁷⁶. Cette réciprocité plaide dans le sens de la dimension relationnelle de la prise en compte de l'intérêt du partenaire ; celui-ci n'est pas assisté, mais est aussi responsabilisé.

Un exemple nous est donné en jurisprudence de cette responsabilisation du

¹⁷⁷² Ph. Petel, *Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, Brève étude de droit français comparé*, in Mélanges Jean Calais-Auloy, Dalloz, Paris, 2004, p. 835, spéc. n° 3.

¹⁷⁷³ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges François Terré, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 623.

¹⁷⁷⁴ C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, RTD civ. 2012, p. 33.

¹⁷⁷⁵ Dans ce sens, G. Raymond, *Solidarisme contractuel en droit de la consommation*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 107, spéc. p. 120, n° 16 : « Ainsi le régime juridique du surendettement traduit-il la volonté du législateur de mettre en place une véritable solidarité nationale à l'égard de débiteurs malheureux qui ne doivent pas être mis au ban de la société, ou désocialisés. En fait, la loi traite le débiteur dont le surendettement est reconnu, plus comme une victime que comme un coupable ».

¹⁷⁷⁶ S. Darmais, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000, spéc. n° 545, pp. 351-352.

débiteur, par un arrêt du 13 décembre 2011 où « la cour estime que le débiteur a eu un rôle actif dans l'évolution de son endettement en cessant de payer son loyer sans rechercher un logement social plus adapté à sa situation. C'est une décision qui implique concrètement que le débiteur surendetté ne se contente pas de cesser ses paiements et de déposer un dossier de surendettement (...) Ainsi, en droit positif, le débiteur surendetté qui souhaite être aidé, doit, si possible, payer ses dettes, et demeurer de bonne foi »¹⁷⁷⁷.

C'est enfin l'indépendance de la prise en compte des exigences de l'intérêt commun qui confirme cette finalité altruiste. En effet l'altérité de base entre les intérêts expurge cette prise en compte de l'intérêt égoïste.

c. Intérêt commun et solidarité

642. Certains auteurs font relever cette législation de la doctrine solidariste¹⁷⁷⁸. Or la différence doit être faite, puisque dans cette doctrine, la solidarité est fondée sur l'intérêt commun, ou le but contractuel commun.

643. Or, il n'y a point d'intérêt commun que la législation sur le surendettement des particuliers contribue à servir. D'ailleurs, c'est très souvent une

¹⁷⁷⁷ J.-M. Despaquis, obs. sous CA Reims, ch. civ., 13 décembre 2011, Juris-Data n° 2011-031590, JCP G 2012, II, 262.

¹⁷⁷⁸ V. par ex. A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006, spéc. p. 528 : La finalité de ce droit « peut être rattachée au solidarisme social. Le droit du surendettement des particuliers a pour objectif d'éviter l'exclusion sociale », ou J.-B. Racine, *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, op. cit. : « le droit du surendettement est emblématique du souci d'une frange du droit positif d'affirmer la primauté d'un objectif solidariste (avec cependant de franches résistances en jurisprudence et en doctrine). Une forme de "droit social des contrats" se construit ainsi sous nos yeux auquel le droit du surendettement des particuliers apporte une pierre décisive », ou encore C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, op. cit. : « La solidarité est inhérente au traitement de l'endettement par le droit ; elle innerve la relation contractuelle, obligeant à repenser sa force obligatoire. La résurgence de la doctrine solidariste, en période de crise, n'est donc pas un hasard. Elle est aussi une composante de ce droit de la crise, protecteur d'abord, salvateur ensuite », et *eod. loc.* : « À la conception volontariste et utilitariste du contrat, aveuglée par l'exigence d'efficacité, le solidarisme oppose une conception "providentialiste" ou "finaliste" du contrat. Quand les premiers continuent de penser le contrat comme un combat égalitaire qui oppose des intérêts antagonistes, les seconds se fondent sur un postulat d'inégalité. Car nier cette réalité - le déséquilibre de la relation contractuelle - revient à négliger les enjeux politiques du droit contemporain des contrats. Faut-il en effet maintenir la vigueur originelle du lien au risque d'évincer le contractant affaibli du rapport contractuel, du circuit économique ou du corps social ? La solidarité permet de l'éviter tout en reformulant les principes du droit des contrats », et F. Marmoz, *Surendettement et droit commun*, RRJ 2001, n° 4, p. 1389, spéc. p. 1391 : « Le contrat n'est plus ce lieu où chaque partie tire le maximum de la relation contractuelle, mais, doit réussir au mieux de l'intérêt des deux parties. Le contrat manifeste une forme de solidarité entre deux contractants ; ils doivent œuvrer en commun en vue de la réussite du contrat. Exiger l'exécution immédiate de l'obligation lorsque celle-ci est impossible compromettrait l'existence du contrat ».

solidarité imposée aux créanciers, aux dépens de leurs intérêts, qui aboutit à la prise en compte et favorisation de l'intérêt du débiteur. En effet, « l'objectif poursuivi - désendetter les débiteurs les plus obérés - condamne l'impératif juridique d'honorer ses obligations et emporte, dans sa version finale, le sacrifice du créancier »¹⁷⁷⁹.

Un arrêt du 16 juin 1993¹⁷⁸⁰, vient même confirmer expressément cette primauté de l'intérêt du débiteur. Il y est affirmé que « le juge saisi d'une procédure de redressement judiciaire civil est seulement investi de la mission d'assurer le redressement de la situation du débiteur, lequel n'implique pas la conciliation des intérêts de celui-ci et ceux de ses créanciers ». Ainsi, il devient clair que « selon la Cour de cassation, l'objet des procédures de surendettement ne réside donc pas dans la satisfaction, ni même dans la sauvegarde des intérêts légitimes des créanciers ; il s'agit exclusivement de permettre le désendettement du débiteur »¹⁷⁸¹.

Il y aurait même élévation de l'intérêt particulier du débiteur au rang de l'intérêt général ; « [la] loi de 1998 consacre ainsi la “fusion entre intérêt général et intérêt particulier des exclus”, au nom de la défense de la dignité humaine. L'intérêt des exclus devenant d'intérêt général, sa satisfaction prime l'intérêt des non-exclus »¹⁷⁸².

644. Même le simple « balancement »¹⁷⁸³ entre intérêts en jeu est totalement écarté par nombreux auteurs. Pour eux, « cette idée que la procédure se trouve au confluent de deux aspirations contradictoires, la satisfaction des créanciers, d'une part, la protection du débiteur, d'autre part, paraît elle aussi insuffisante. En effet, l'intérêt des créanciers n'est pas pris en considération dans la procédure. C'est d'ailleurs bien pourquoi, ainsi qu'il a été dit une commission ne peut choisir une

¹⁷⁷⁹ C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique, op. cit.*

¹⁷⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1993, RTD com. 1993, p. 571, obs. G. Paisant.

¹⁷⁸¹ D. Mazeaud, D. 1996 p. 122. V. égal., Civ 1^{re}, 3 janv. 1996, Bull. civ. I, n° 12 : « *la motivation spéciale (d'une mesure de réduction des dettes) doit porter sur la nécessité de la réduction au regard des ressources et charges du débiteur ; pour prononcer la réduction des soldes d'emprunts immobiliers restant dus à la Caisse d'épargne, l'arrêt retient que ce créancier a retiré du produit de la vente de l'immeuble et du versement d'intérêts jusqu'en 1986 et 1987 par les débiteurs, une somme lui ayant permis de primer les autres créanciers et qu'elle doit être considérée comme partiellement remplie de ses droits ; en se déterminant par ces motifs inopérants, la cour a violé l'article L. 332-6 du Code de la consommation* ».

¹⁷⁸² C. Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, RTD civ. 2012, p. 33.

¹⁷⁸³ Par ex. V. A.-S. Barthez, *Crise économique et contrat : les remèdes, op. cit.* : « La “réécriture de la dette” n'est pas nouvelle et ne fait que traduire, (...) ce vieil et inéluctable balancement entre la

mesure avec l'idée qu'elle est propre à favoriser le désintéressement d'un créancier. (...) La procédure est toute entière axée sur la protection du débiteur et s'il est malgré tout prévu de payer les créanciers, c'est uniquement en vue de faire baisser la pression que leurs poursuites font peser sur le débiteur (...) En un mot, la procédure de surendettement semble répondre à une stratégie de blocage de l'action des créanciers en vue de garantir un minimum social au débiteur. Elle consacrerait ainsi l'avènement d'un devoir de solidarité dans le rapport d'obligation »¹⁷⁸⁴. Cette dernière idée est aussi celle qui sous-tend l'affirmation que le « surendettement au sens strict, agit comme une obligation légale faite au créancier de ne pas réclamer son dû de manière excessive »¹⁷⁸⁵.

Ainsi, « c'est la situation particulière de l'intéressé qui seule justifie les pouvoirs exorbitants du juge en la matière »¹⁷⁸⁶. Peu importe donc la situation du créancier et « [ce] caractère subjectif de l'imprévision (visée au sens large par cet auteur), par rapport au débiteur, est encore confirmé par l'exigence de bonne foi de celui-ci, imposée par le législateur »¹⁷⁸⁷.

Il n'y a donc aucune conciliation d'intérêts divergents, les intérêts du débiteur particulier ont même une position prioritaire.

Ainsi l'exigence de prise en compte de l'intérêt du débiteur ne découle pas des exigences de l'intérêt commun. Ceci confirme la finalité altruiste de cette prise en compte et son indépendance par rapport à l'intérêt propre du créancier.

645. L'effet de la prise en compte dérogée du traitement du surendettement sur la théorie classique des obligations et contrats est compatible avec l'action du principe de fraternité sur cette même théorie, par la redéfinition de l'équilibre entre les valeurs qui doivent gouverner le contrat. Ensuite sa finalité morale et sociale ne fait aucun doute. Elle peut donc être rattachée à la théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

préservation des intérêts du débiteur (comment l'aider à surmonter ses difficultés?) et celle des intérêts du créancier (comment ne pas trop décevoir son attente légitime?) ».

¹⁷⁸⁴ X. Lagarde, *L'endettement des particuliers*, LGDJ, Paris, 1999, p. 127, spéc. p. 157, n° 87.

¹⁷⁸⁵ F. Marmoz, *Surendettement et droit commun*, *op. cit.*, spéc. p. 1391.

¹⁷⁸⁶ R. Viprey, *Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ?*, D. affaires 1997, p. 918, spéc. p. 919.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*

Conclusion du Chapitre 2

646. Une deuxième série de manifestations de la prise en compte, constituant autant d'aménagements au principe de la force obligatoire du contrat, est apparue dans l'hypothèse où intervient une difficulté inhérente à ce cocontractant, rendant l'exécution plus lourde pour lui.

647. La première de ces manifestations s'est révélée dans les mesures de grâce, dont les modalités sont d'un côté, les mesures imposées par le juge au créancier avec principalement l'institution du « délai de grâce » et la possibilité de suspendre l'exécution du contrat ou même de réduire le montant de la dette, et d'un autre, les mesures spontanément octroyées par le créancier, trouvant leurs sources dans la volonté de ce dernier, avec principalement la « remise de dette ».

Cette manifestation de la prise en compte, dans ses différentes modalités, a pu être rattachée à la théorie pure de la notion. C'est d'abord son effet limitatif du principe de la force obligatoire, par l'affaiblissement du droit de créance, qui en atteste. Cet effet est ainsi compatible avec l'action du principe de fraternité – fondement de la théorie pure – dans la redéfinition de l'équilibre entre principes de liberté et d'égalité, tel que conçu par la théorie classique des obligations et contrats. C'est ensuite la finalité de la prise en compte qui en témoigne. Si celle-ci comporte une dimension économique de renforcement de l'efficacité contractuelle, elle demeure essentiellement morale, et se trouve dans l'aide altruiste du débiteur.

648. La seconde de ces manifestations a été mise en lumière dans la législation d'aménagement du surendettement des particuliers. Les modalités de la prise en compte y sont également multiples, avec d'un côté, la prise en compte incitée lorsqu'il y a adoption d'un plan conventionnel de redressement de la situation du débiteur, où le créancier est invité à la patience face au recouvrement, ou même à la renonciation partielle à sa dette, et d'un autre, celle imposée lorsque ceux sont la commission ou le juge qui lui imposent telle patience ou tel sacrifice de ses intérêts.

Cette manifestation a également pu, dans ses différentes, être rattaché à la théorie pure de la notion.

C'est aussi, en premier, son effet limitatif du principe de la force obligatoire qui en atteste, par l'introduction d'une nouvelle dynamique au sein du rapport

d'obligation qui se trouve affaibli et concrétisé, ainsi que par le dépassement du sens traditionnel de ce principe qui se trouve soumis aux valeurs supérieures de solidarité et le respect de la dignité, et dont l'assise se trouve décalée vers l'attente légitime du créancier, appréciée au regard de la généralisation de l'endettement. Cet effet limitatif est ainsi compatible avec l'action du principe de fraternité, fondement de la théorie pure de la notion de prise en compte.

C'est, en second, l'examen de la finalité de la prise en compte introduite qui confirme ce rattachement, puisqu'on y découvre les caractéristiques de la théorie pure de la notion.

Si celle-ci comporte une dimension économique de renforcement de l'efficacité contractuelle, ainsi que de maintien d'une économie de marché, elle demeure principalement morale et sociale. Le droit du surendettement est essentiellement au service d'une finalité morale relationnelle – par le dépassement de la dignité, vers l'exigence de solidarité – et altruiste, indépendante des exigences de l'intérêt commun, et donc expurgée de la poursuite d'un intérêt égoïste ; cette finalité est la solidarité et l'aide du débiteur surendetté, ainsi que la lutte contre son exclusion sociale.

CONCLUSION DU TITRE 2

649. L'apparition de difficultés étrangères ou inhérentes aux contractants se présente donc comme l'occasion de la manifestation de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Ces manifestations constituent autant d'aménagements du principe de la force obligatoire du contrat.

650. Dans un premier temps, et dans l'hypothèse de la survenance de difficultés étrangères au cocontractant, nous avons pu relever le particularisme français persistant dans son refus d'admettre la révision du contrat pour imprévision ce qui a conduit, après appréciation de cette position classique, à en souhaiter le renversement. Justement, nous avons pu constaté la progression d'une obligation de renégociation, manifestation de la prise en compte, dont le champ semble se généraliser à tout contrat.

Nous avons examiné, dans un deuxième temps, les liens entre théorie d'imprévision et théorie pure de la prise en compte.

D'une part, la prise en compte qui s'y manifeste est compatible avec la théorie pure de la notion. En effet, d'abord, sa particularité conceptuelle a pu être établie par rapport à la sanction d'un élément du contrat, des exigences de l'intérêt commun, ainsi que de la bonne foi. Ensuite, sa finalité, au-delà d'une dimension d'efficacité économique, demeure principalement morale et altruiste de sanction de l'indifférence au sort d'autrui.

D'autre part, la prise en compte rattachée à sa théorie pure a servi, à son tour, à l'encadrement de la théorie de l'imprévision, encadrement qui demeure largement tributaire de la philosophie de l'institution dont l'introduction est vivement souhaitée. Quant aux critères d'existence de cette situation, ce devoir de prise en compte mène à accorder une place principale au critère de l'impact du changement de circonstances sur la situation des parties, aux dépens des critères objectifs des caractères de l'évènement. Quant au régime de la révision, l'intensité de la prise en compte se traduit dans la nature de résultat de l'obligation d'entamer la renégociation, et de moyen de celle de la mener de bonne foi, natures cependant remises en question par le régime de sanction de celles-ci. La prise en compte sert aussi à déterminer l'étendue du pouvoir du juge, puisque la volonté de rendre effectif ce devoir, et de forger le comportement des contractants en ce sens, impose d'élargir ce pouvoir en le dotant de celui de réadaptation du contrat.

651. Dans un second temps, et dans l'hypothèse de la survenance de difficultés inhérentes au cocontractant face à l'exécution du contrat, deux nouvelles manifestations de la prise en compte ont pu être identifiées.

Les mesures de grâce, avec d'un côté les mesures imposées par le juge au créancier et notamment l'institution du « délai de grâce », et d'un autre, les mesures spontanément octroyées par le créancier, et notamment la « remise de dette », en constitue la première manifestation.

Ensuite la législation d'aménagement du surendettement des particuliers, avec également d'un côté, la prise en compte incitée lorsqu'il y a adoption d'un plan conventionnel de redressement, et d'un autre, celle imposée par la commission ou le juge au créancier, en constitue la deuxième manifestation.

Ces deux manifestations ont pu être rattachées à la théorie pure de la prise en compte pour deux raisons. D'abord elles ont toutes deux un effet limitatif du principe de la force obligatoire, effet compatible avec l'action du principe de fraternité,

fondement de la théorie pure de la notion, sur l'équilibre entre principe de liberté et d'égalité dans la théorie classique des obligations et contrats. Ensuite, la finalité de la prise en compte y comporte, au-delà d'une dimension économique de renforcement de l'efficacité contractuelle ou de maintien de l'économie de marché pour la seconde, une dimension principale de moralité relationnelle et altruiste, d'aide et de solidarité envers le débiteur en difficulté.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

652. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant existe matériellement en droit contractuel. Elle se présente d'ailleurs comme facteur d'évolution de la théorie classique des obligations et contrats.

653. En effet, elle se présente, au titre du premier type de ses manifestations, comme **tempérament au principe de liberté contractuelle**. Elle y agit tantôt comme norme positive de comportement, et tantôt comme limite à l'exercice d'une prérogative ou d'un droit contractuels.

654. En tant que norme positive de comportement, elle a pu être décelée dans la bonne foi, ainsi que l'obligation d'information renforcée, s'étant toutes deux imposées comme normes comportementales au sein du contrat. Cependant, seul le versant relationnel de la norme morale qu'elles comportent peut être considéré comme manifestation de la prise en compte, à l'exclusion de la moralité individuelle d'honnêteté ou de transparence. Nous avons d'ailleurs vu que, chacune introduisait des intensités différentes de prise en compte, la prise en compte-coopération et plus timidement celle d'abnégation pour la première, les obligations de renseignement, de mise en garde, et de conseil pour la seconde.

Cette prise en compte qui s'y manifeste a pu être rattachée à la théorie pure de la notion. En premier, sa particularité conceptuelle a pu être vérifiée, puisqu'elle y intervient indépendamment des exigences de l'intérêt commun, ou d'un critère particulier la réduisant à certains types de contrats. Ensuite, si dans ces deux institutions, l'utilité économique de la prise en compte a pu être constatée, elle n'est nullement exclusive d'une finalité principale de sanction d'une moralité relationnelle et altruiste, de dépassement de l'égoïsme au sein du contrat.

655. En tant que limite à l'exercice d'une prérogative ou d'un droit contractuels, nous l'avons repérée dans le contrôle de l'abus pour défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, ainsi que dans l'obligation de minimiser son propre dommage, qui limite le droit que tire le créancier, de l'inexécution du contrat, mais qui reste contestée en droit français, particulièrement en matière de responsabilité extra-contractuelle. Si l'appréciation de la position française actuelle a conduit au souhait de son dépassement, une évolution timide a pu être constatée dans ce sens. L'obligation de minimiser le dommage demeure donc une manifestation potentielle de la prise en compte en droit français.

Cette prise en compte, limite à l'exercice d'une prérogative contractuelle, a pu être rattachée, dans un deuxième temps, à la théorie pure de la notion.

Dans sa première manifestation, la prise en compte fonctionne comme correcteur au déséquilibre consacré, dans certaines hypothèses, en faveur de la liberté, aux dépens de l'égalité. Elle correspond donc à l'action harmonisatrice du principe de fraternité. Nous avons en outre vu, que sa justification se distingue des exigences de l'intérêt commun, et qu'elle renferme dans sa finalité, une dimension morale altruiste.

Dans sa deuxième, et si elle venait à y être expressément consacrée, le degré de prise en compte le plus raisonnable qui pourrait être exigé d'un contractant victime de l'inexécution, rendrait sa consécration nécessaire sous la forme d'une obligation de moyen. Ensuite, elle aurait un esprit sans doute différent de la Common Law où elle trouve son origine, puisqu'elle comporterait, au-delà de sa finalité d'efficience économique indiscutable, la sanction d'une moralité relationnelle et altruiste de souci des intérêts d'autrui, compatible avec la particularité du droit français.

656. Elle se présente, au titre du second type de ses manifestations, comme **aménagement du principe de la force obligatoire du contrat**. Elle se manifeste tantôt lors de la survenance d'une difficulté étrangère au cocontractant, tantôt lors de la survenance d'une difficulté inhérente à celui-ci, face à l'exécution du contrat.

657. Lorsque survient une difficulté étrangère au cocontractant, postérieure à la conclusion du contrat rendant son exécution significativement plus lourde, nous avons pu en déceler une manifestation potentielle dans la théorie de

l'imprévision, dont la consécration demeure pourtant refusée par la jurisprudence française, ce qui marque son particularisme en la matière. L'appréciation de cette position traditionnelle nous a conduit au vif souhait de son renversement, et à constater une progression d'une obligation de renégociation, manifestation avérée de la prise en compte, dont le champ semble se généraliser à tout contrat.

La compatibilité de la prise en compte s'y manifestant, avec la théorie pure de la notion, a pu être vérifiée, sa particularité conceptuelle ayant pu être établie par rapport à la sanction d'un élément du contrat, des exigences de l'intérêt commun, ainsi que de la bonne foi, et sa finalité demeurant, au-delà d'une dimension d'efficacité économique, principalement morale et altruiste de sanction de l'indifférence au sort d'autrui.

Ensuite, l'encadrement nécessaire de la théorie de l'imprévision, dont l'introduction est vivement souhaitée, demeurant largement tributaire de la philosophie de l'institution, la prise en compte rattachée à sa théorie pure a pu servir à cet encadrement. Quant à ses critères d'existence, la prise en compte mène à accorder une place principale à celui de l'impact du changement de circonstances sur la situation des parties, aux dépens des critères objectifs des caractères de l'évènement. Quant au régime de la révision, l'intensité de la prise en compte se traduit dans une double obligation de résultat – d'entamer la renégociation – et de moyen – de la mener de bonne foi –, nuance cependant remise en question par la sanction de celles-ci. La prise en compte a servi aussi à déterminer l'étendue du pouvoir du juge, puisque la volonté de la rendre effective impose d'élargir cette dernière en le dotant de celui de réadaptation du contrat.

658. Lorsque survient une difficulté inhérente au cocontractant, rendant l'exécution du contrat plus lourde, les mesures de grâce se sont révélées comme une première manifestation de la prise en compte intervenant soit de manière imposée par le juge, notamment avec l'institution du « délai de grâce », soit de manière spontanée par le créancier, notamment avec celle de « remise de dette ». Ensuite, la législation d'aménagement du surendettement des particuliers, s'en est présentée comme la deuxième manifestation, avec également d'un côté, la prise en compte incitée lorsqu'il y a adoption d'un plan conventionnel de redressement, et de l'autre, celle imposée par la commission ou le juge. Les mesures de prise en compte peuvent

globalement être résumées dans toutes ces hypothèses par des mesures de patience et/ou de sacrifice des intérêts du créancier.

La prise en compte qui se manifeste dans ces deux hypothèses a pu être rattachée à la théorie pure de la notion, puisqu'elle joue, d'abord, grâce aux deux, un effet limitatif du principe de la force obligatoire, effet compatible avec l'action du principe de fraternité sur l'équilibre entre principe de liberté et d'égalité au sein de la théorie classique des obligations et contrats, et puisqu'ensuite, sa finalité y comporte, au-delà d'une dimension économique de renforcement de l'efficacité contractuelle ou de maintien de l'économie de marché pour la seconde, une dimension principale de moralité relationnelle et altruiste, d'aide et de solidarité envers le débiteur en difficulté.

659. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, se manifeste donc comme tempérament au principe de liberté contractuelle, ou comme aménagement du principe de la force obligatoire du contrat. Elle correspond aux caractéristiques d'une théorie pure de la notion, celle-ci ne découlant pas d'une identité des intérêts et comportant une dimension relationnelle et altruiste. Elle est donc fondée sur le principe de fraternité .

Conclusion générale

660. Notre travail a tenté de rendre compte de l'existence d'une dynamique de prise en compte de l'intérêt du cocontractant sanctionnée en droit contractuel, de sa réalité conceptuelle et matérielle.

Ce « souci du partenaire contractuel » se heurte nécessairement à la théorie classique des obligations et contrats, qui puise sa source dans la philosophie libérale et individualiste, et se traduit dans le dogme de l'autonomie de la volonté, et s'il ne rend certes pas compte de toute son évolution, il n'en demeure pas moins un facteur important. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant est porteuse d'une conception renouvelée du contrat, la lumière devant être faite autant sur sa dimension de rapport entre personnes, que sur celle d'outil économique d'échanges, et celui-ci n'étant point consubstantiellement imperméable à certaines valeurs participant de la tempérance de l'égoïsme.

661. Mais cerner une notion spécifique et particulière de « prise en compte de l'intérêt du cocontractant », comme base de travail, s'est avéré délicat ce qui nous a imposé, dès l'introduction, de dresser les contours d'une théorie pure de celle-ci.

Cette dernière nous a poussé à rejeter de notre champ de travail, toute prise en compte n'ayant aucune particularité conceptuelle, étant interchangeable avec une autre notion, telle l'exécution pure et simple du contrat, ou la réalisation de son objet.

Comportant ensuite une dimension relationnelle nécessaire, elle a pu être distinguée de toute limitation de la théorie classique des obligations et contrats fondée sur une dynamique individuelle, telle la sanction d'une moralité individuelle, la déontologie, le principe de dignité humaine, ou encore les notions objectives d'équilibre contractuel, ou d'économie générale du contrat.

Devant être suffisamment indépendante de la recherche principale de l'intérêt égoïste, elle a du être distinguée de celle résultant des exigences de l'intérêt commun,

ou de celle incitée par un objectif principal de maximisation de l'intérêt personnel, donc d'efficience économique.

Ont donc pu être dégagées trois caractéristiques essentielles pour tracer les limites d'une théorie pure de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant : celle-ci est une dynamique relationnelle et altruiste, dans une hypothèse d'altérité de base entre les intérêts des parties.

662. Quant à la recherche de sa réalité conceptuelle, celle-ci nous a mené à oser nommer **son fondement : le principe de fraternité**, seul capable de rendre compte de cette triple dynamique la caractérisant dans sa théorie pure.

Nous avons tenté, tout en démontrant sa place de fondement de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, de dépasser la double difficulté de définition et de juridicité du principe de fraternité.

663. La définition de la fraternité a servi à démontrer qu'elle est **le support conceptuel de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant**.

En effet, **une approche négative a pu mettre en lumière sa particularité par rapport à la solidarité**. Si celles-ci se rejoignent quant à leur nature de principes éthico-politiques, non directement applicables, elles se distinguent conceptuellement, ainsi que dans leurs domaines respectifs.

Une approche positive a permis de démontrer une correspondance des caractéristiques d'une théorie pure de la prise en compte avec le contenu du concept de fraternité. Cette dernière allie dynamique relationnelle et altérité, et comporte une dimension altruiste, qui n'est pourtant pas synonyme de sacrifice, rendant la prise en compte suffisante, comme intensité d'attention portée à l'intérêt d'autrui, pour caractériser de la fraternité.

664. La problématique de la juridicité du concept de fraternité a permis de mettre en avant sa **fonction de fondement réel de telle prise en compte**.

La difficulté de juridicité de la fraternité a pu être surmontée en préliminaire, le Droit contribuant à forger des comportements en relevant, et la généralisation de celle-ci loin de rendre inutile le droit, contribuant à l'efficacité de ce dernier.

Elle est apparue ensuite comme permettant, en droit contractuel, de **surmonter les limites des fondements concurrents** de la notion de prise en compte, plus spécifiquement l'hypertrophie de la notion de bonne foi, ainsi que les écueils du solidarisme contractuel, construit sur une double confusion, l'identification artificielle du contrat à la société, ainsi que l'union des intérêts contredisant la solidarité.

Elle a pu donc se présenter comme le **principe premier, fondement adéquat de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant**. D'une part, de ce principe démonstratif-axiome, découlent en effet, entre autres, les comportements de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. À son tour, celui-ci rend compte de toute manifestation de la prise en compte, rattachée à sa théorie pure. D'autre part, c'est son rôle d'harmonisation des principes de liberté et d'égalité, rendant compte de la partie de l'évolution de la théorie classique des obligations et contrats matérialisée par la prise en compte, qui témoigne de sa fonction de fondement de cette dernière.

665. Quant à la recherche de la réalité matérielle de la prise en compte, partant de ce même risque de la voir partout, nous avons tenté d'examiner dans chacune de ses manifestations, sa correspondance avec les caractéristiques de la théorie pure de notion, et donc le rattachement au fondement de fraternité. Ceci nous a conduit à la vérification de l'existence, dans chaque cas, de la dimension relationnelle, altruiste – souvent grâce à l'examen de la finalité –, ainsi que l'altérité de base des intérêts par l'indépendance par rapport au fondement de l'intérêt commun.

Nous avons constaté qu'une partie de l'évolution de la théorie classique se matérialise par la sanction de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

666. En effet, elle s'est présentée, au titre du premier type de ses manifestations, comme **tempérament au principe de liberté contractuelle**. Elle y agit tantôt comme norme positive de comportement, et tantôt comme limite à l'exercice d'une prérogative ou d'un droit contractuels.

En tant que norme positive de comportement, elle a pu être décelée dans le versant relationnel exclusivement de la norme comportementale dont sont porteuses la bonne foi, ainsi que l'obligation d'information renforcée. Nous avons vu que, chacune introduisait des intensités différentes de prise en compte, la prise en compte-

coopération et plus timidement celle d'abnégation pour la première, les obligations de renseignement, de mise en garde, et de conseil pour la seconde.

Cette prise en compte a pu être rattachée à la théorie pure de la notion, sa particularité conceptuelle ayant pu être vérifiée par rapport aux exigences de l'intérêt commun, ou d'un critère particulier la réduisant à certains types de contrats, sa finalité ensuite, étant principalement la sanction d'une moralité relationnelle et altruiste, malgré le constat de l'utilité économique de telle prise en compte.

En tant que limite à l'exercice d'une prérogative ou d'un droit contractuels, nous l'avons repérée dans le contrôle de l'abus pour défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant, ainsi que dans l'obligation de minimiser son propre dommage, qui en demeure une manifestation potentielle seulement, au regard de l'évolution timide de la position française, toujours réticente, en la matière.

Cette prise en compte, limite à l'exercice d'une prérogative contractuelle, a également pu être rattachée, dans un deuxième temps, à la théorie pure de la notion :

- dans la première manifestation, pour son rôle correcteur du principe de liberté, compatible avec l'action harmonisatrice du principe de fraternité dans la théorie classique, ainsi que pour sa justification indépendante de l'intérêt commun,
- dans les deux manifestations, l'examen de la finalité, n'a pas aboutit à un résultat uniforme, parce que s'il révèle une dimension morale altruiste de la prise en compte, celle-ci est plus intensément imbriquée dans le cas de l'obligation de minimiser le dommage, à un objectif d'efficacité économique et de poursuite de l'intérêt propre. Pourtant, cette obligation, si elle venait à être consacrée, et vu le particularisme français, le serait donc sans doute dans un esprit différent de la Common Law où elle trouve son origine, avec une approche morale plus marquée.

667. Elle s'est présentée, au titre du second type de ses manifestations, comme **aménagement du principe de la force obligatoire du contrat**, tantôt lors de la survenance d'une difficulté étrangère au cocontractant, tantôt lors de la survenance d'une difficulté inhérente à celui-ci, rendant l'exécution du contrat plus lourde.

Lorsque survient une difficulté étrangère au cocontractant, postérieure à la conclusion du contrat rendant son exécution significativement plus lourde, nous avons pu en déceler une manifestation potentielle dans la théorie de l'imprévision. Si

nous avons critiqué la position française traditionnelle persistant à refuser la consécration d'une telle théorie, nous avons constaté une progression d'une obligation de renégociation, manifestation avérée de la prise en compte, dont le champ semble se généraliser à tout contrat.

La compatibilité de cette manifestation avec la théorie pure de la prise en compte a pu être vérifiée, sa particularité conceptuelle ayant pu être établie par rapport à la sanction d'un élément du contrat, des exigences de l'intérêt commun, ainsi que de la bonne foi, et sa finalité demeurant, au-delà d'une dimension d'efficacité économique, principalement morale et altruiste de sanction de l'indifférence au sort d'autrui.

Cette théorie pure a pu apparaître à son tour comme occupant un rôle dans l'encadrement nécessaire de la théorie de l'imprévision, dont l'introduction est vivement souhaitée, encadrement qui demeure largement tributaire de la philosophie de l'institution. La prise en compte, dans sa théorie pure, a ainsi contribué à la détermination des critères d'existence de la théorie d'imprévision, et du régime de la révision.

Lorsque survient une difficulté inhérente au cocontractant, rendant l'exécution du contrat plus lourde, la prise en compte s'est manifestée dans les mesures de grâce ainsi que dans la législation d'aménagement du surendettement des particuliers.

Cette prise en compte intervient d'un côté, de manière imposée, dans la faculté judiciaire organisée par l'institution du « délai de grâce », ainsi que dans les mesures de traitement du surendettement que le juge ou la commission peuvent imposer au créancier. Elle peut aussi, de l'autre, être mise en œuvre de manière spontanée par le créancier, lorsqu'il remet ses dettes au débiteur, ou dans le traitement du surendettement, lors de l'adoption d'un plan conventionnel de redressement de la situation de ce dernier. Dans ce dernier cas de figure, la prise en compte est apparue, toutefois, plus incitée que spontanée.

La prise en compte qui se manifeste dans ces deux hypothèses a pu être rattachée à la théorie pure de la notion, celle-ci jouant d'abord, dans les deux, un effet limitatif du principe de la force obligatoire, effet compatible avec l'action harmonisatrice du principe de fraternité au sein de la théorie classique des obligations et contrats, et puisqu'ensuite, sa finalité y comporte, au-delà d'une dimension

économique, une dimension principale de moralité relationnelle et altruiste, d'aide et de solidarité envers le débiteur en difficulté.

668. Ainsi, nous pouvons conclure que l'existence conceptuelle de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant peut être cernée grâce au principe de fraternité qui en constitue le support conceptuel, et le fondement réel. Quant à son existence matérielle en droit contractuel, elle se manifeste comme tempérament au principe de liberté contractuelle, ou comme aménagement du principe de la force obligatoire du contrat, et traduit donc une partie de l'évolution de la théorie classique des obligations et contrats. Dans ces deux manifestations, elle correspond aux caractéristiques d'une théorie pure de la notion, parce qu'elle ne découle pas d'une identité des intérêts et comporte une dimension relationnelle et altruiste. Son rattachement au fondement de fraternité est donc vérifié.

669. Notre souhait est d'avoir réussi, en démontrant que la prise en compte de l'intérêt du cocontractant n'était pas totalement étrangère au droit contractuel, mais surtout qu'elle n'y constituait pas un non sens, à ouvrir une brèche dans le refus souvent systématique et sans appel d'établir un lien entre le contrat et certaines valeurs morales particulières, à savoir la solidarité, l'altruisme, l'entraide, ou la fraternité.

À y regarder de plus près, ce lien ne relèverait peut être plus d'un mélange des genres constitutif du « ridicule au sens philosophique du terme »¹⁷⁸⁸, comme a pu le soutenir un auteur.

La complexité, la richesse, et la diversité des plans de pensée auxquels la prise en compte touche sont telles, qu'on doit pourtant reconnaître la difficulté de la contenir, et l'impossibilité d'en avoir rendu compte de manière exhaustive, et avouer qu'elle nous a obligés à mettre en pratique, au terme de cette entreprise de recherche, l'expression de Paul Valéry : « Une œuvre on ne l'achève jamais, on la quitte ».

¹⁷⁸⁸ Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, in *Mélanges Paul Didier*, *Économica*, 2008, p. 247, spéc. p. 286. Sur le ridicule qui consiste à confondre l'ordre du cœur et l'ordre de la raison voir Pascal, *Pensées*, in *Œuvres complètes*, Gallimard, 1954, p. 1102, cité in Y. Lequette, *eod. loc.*, p. 286, note 180.

Notre espoir demeure pourtant que cette entreprise en inspire d'autres, pour l'exploration des manifestations de la prise en compte, en dehors du droit commun des contrats, dans certains droits spéciaux, la confrontant particulièrement aux dynamiques d'intérêts spécifiques entre parties qui s'y profilent. Relevons simplement à titre évocateur, et en droit commercial, l'article L. 442-6 du Code de commerce qui présente sans doute un exemple de manifestation d'une dynamique de prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel, mais dont le lien avec la théorie pure de la notion, mérite d'être vérifié.

Cette notion pourrait même inciter des travaux de recherche pluridisciplinaires alliant droit, philosophie et même sociologie du droit. C'est ce que nous lui souhaitons, en tous cas.

Bibliographie

I. Traités, ouvrages généraux

ALLAND D. et **RIALS S.** (sous la dir. de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003.

BENABENT A., *Droit des obligations*, Montchrétien Lextenso éditions, 13^e éd., 2012.

BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, trad. E. Dumont (1802), t. 1, Bossange, Masson et Besson, Paris, 1849.

CAPITANT H., **TERRE F.** et **LEQUETTE Y.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, éd. Dalloz, Paris, 12^e éd., 2008.

CARBONNIER J.,

- *Droit civil. Introduction*, PUF, Paris, 27^e éd., 2002.

- *Droit civil, t.2, Les biens. Les obligations*, PUF/Quadrige, Paris, 2004.

COLIN A. et **CAPITANT H.**, *Cours élémentaire de droit civil français*, par J. De La Morandière, t. 2, Dalloz, Paris, 1935.

CORNU G. (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014.

CORNU G. et **FOYER J.**, *Procédure civile*, PUF, Paris, 3^e éd., 1996.

DEMOGUE R.,

- *Traité des obligations en général. Vol. 1, sources des obligations (suite)*, t. 4, éd. A. Rousseau, Paris, 1924.

- *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations*, t. 6, éd. A. Rousseau, Paris, 1931.

DE VILLIERS M. et **LE DIVELLEC A.**, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, éd. Sirey, Paris, 9^e éd., 2013, V^o Fraternité.

Dictionnaire de l'Académie française, 6^e éd., 1835, V^o Solidarité.

DOMAT J.,

- *Traité des Lois*, éd. Centre de philosophie politique et juridique Université de Caen, Caen, 1989.
- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Rollin et Fils, Paris, 1745, t. 1, livre III.
- FABRE-MAGNAN M.**, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, éd. PUF, Paris, 3^e éd., 2012.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX É.**,
 - *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, Paris, 15^e éd., 2012.
 - *Droit civil, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation*, Sirey, Paris, 8^e éd., 2013.
- FOUCHARD Ph., GAILLARD E., et GOLDMAN B.**, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996.
- GHESTIN J.**, *Traité de droit civil. Le contrat : formation. 2. Les obligations*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1988.
- GHESTIN J., BILLIAU M. et LOISEAU G.**, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005.
- GHESTIN J., JAMIN C. et BILLIAU M.**, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, Paris, 3^e éd., 2001.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G., FABRE-MAGNAN M.**, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1994.
- Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse*, éd. Larousse, Paris.
- Grand Larousse de la langue française*, éd. Larousse, Paris.
- GUINCHARD S.** (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 22^e éd., 2014/2015, V^o Devoir juridique.
- GUYON Y.**, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, Économica, Paris, 12^e éd., 2003.
- INSTITUT NATIONAL DE LA LANGUE FRANÇAISE**, *Trésor de la langue française*, éd. C.N.R.S., Paris, 1971-1994.
- LALANDE A.**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige/P.U.F., Paris, 3^e éd., 2010.
- LARROUMET C.** (sous la dir. de), *Traité de Droit civil, t. 4, par J. François, Les obligations. Régime général*, Économica, Paris, 2013.
- LE TOURNEAU Ph.**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. Dalloz, Paris, 10^e éd., 2014/2015.
- MAINGUY D. et RESPAUD J.-L.**, *Droit des obligations*, Éditions Ellipses, Paris, 2008.

MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 2013.

MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ Ph., *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989.

MAZEAUD H. L. et J., et CHABAS F.,

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 3^e éd., 1939, t. 2.

- *Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations*, Montchrestien, 9^e éd., 1998.

PLANIOL J. et RIPERT G.,

- *Traité pratique de droit civil français, t. 7, obligations, 2^e partie*, LGDJ, 1931.

- *Traité élémentaire de droit civil, t. 2, Obligations, contrats, sûretés réelles*, LGDJ, Paris, 4^e éd. 1952.

PLANIOL M., RIPERT G., ESMEIN P.-E., *Traité pratique de droit civil français, t. 6 et 7*, LGDJ, Paris, 1930.

POTHIER R. J., *Traité des Obligations*, Dalloz, Paris, 2011.

RICHELET P., *Dictionnaire de la langue française ancienne et moderne*, t. 2, 1728.

RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOL, t. 2, obligations : contrat – responsabilité, Droits réels : biens – propriété*, LGDJ, Paris, 1957.

RIPERT G. et ROBLLOT R., *Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2, Les sociétés commerciales*, par M. GERMAIN, LGDJ, Paris, 19^e éd., 2009.

ROLAND H. et BOYER L., *Obligations, Contrat*, Litec, Paris, 1995.

ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, Recueil Sirey, Paris, 2^e éd., 1951.

SAVATIER R., *Cours de droit civil, t. 2*, LGDJ, Paris, 1949.

SERIAUX A.,

- *Le droit. Une introduction*, Éditions Ellipses, Paris, 1997.

- *Droit des obligations*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998.

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L.,

- *Droit civil, Les obligations, t. 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998.

- *Droit civil, Les obligations, t. 3, Régime général*, Litec, Paris, 6^e éd., 1999.

TENZER N., *Philosophie politique*, PUF, Paris, 2^e éd., 1998, p. 91.

TERRE F., *Introduction générale au droit, précis Dalloz*, 9^e éd., 2012.

TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013.

TOULLIER C. B. M., *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, éd. B. Warée, Paris, 3^e éd., 1821, t. 6.

VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S., *Traité de droit civil (sous la dir. de G. Ghestin). Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 2013.

VINEY G., JOURDAIN P., *Traité de droit civil (sous la dir. de G. Ghestin). Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 3^e éd., 2006.

II. Ouvrages spécialisés, thèses, mémoires

ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, *Avant-projet d'un Code européen des contrats*, sous la dir. de G. Gandolfi, Milan, 2004.

ALISSE J., *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse Paris II, 1975.

ALTER M., *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, préface de P. Catala, thèse, Grenoble, LGDJ, Paris, 1972.

AMIEL-COSME L., *Les réseaux de distribution*, LGDJ, Paris, 1995.

ANTOINE G., *Liberté, Egalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, Paris 1981.

ASSOCIATION DE LA CONCORDANCE FRANÇAISE DE LA BIBLE, *Concordance de la Bible Nouveau Testament*, éd. du Cerf - Desclée de Brouwer, 1970.

ASSOCIATION DES COURS CONSTITUTIONNELLES AYANT EN PARTAGE L'USAGE DU FRANÇAIS, *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004.

ASSOCIATION H. CAPITANT et SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE,
- *Projet de cadre commun de référence : terminologie commune*, vol. 6, éd. SLC, Paris, 2008 ;

- *Projet de cadre commun de référence : principes contractuels communs*, vol. 7, éd. SLC, Paris, 2008.

AUDIT B., *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, Paris, 1990, n° 174.

BARNI J., *Manuel républicain*, éd. Germer-Baillière, 1872.

BEDOURA J., *L'amitié et le droit civil*, Thèse de doctorat, Tours, 1976.

BLOCK M., *Dictionnaire général de politique*, éd. O Lorenz, 1873-1874.

BONNEAU Th, *Droit bancaire*, éd. Montchrestien, 6^e éd., 2005.

BORGETTO M.,

- *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Paris, 1993.

- *La devise Liberté Égalité Fraternité*, PUF, Paris, 1997.

BOUCARD F., *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM, 2002.

BOULAD-AYOUB J., *Contre nous de la tyrannie...: Des relations idéologiques entre Lumières et Révolution*, Hurtubise HMH, Québec, 1989.

BOURGEOIS L., *Solidarité*, Armand Colin, Paris, 1896, rééd. en 1998 aux Presses universitaires du Septentrion.

CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, Paris, 1990.

CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001.

CATALA P., (sous la dir. de), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006.

CHABAS C., *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, Paris, 2002.

CHEVALIER J., HAROCHE C., COCHART-COSTE D., *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992.

CHRISTIANOS V., *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*, Story Scientia, 1987.

COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DU CONTRAT, *Principes du droit européen du contrat*, version française par G. ROUHETTE, avec le concours de I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, SLC, 2003.

CORNU G.

- *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, éd. Les Cours de droit, Paris, 1976/77.

- *Droit civil approfondi : L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, éd. Les Cours de droit, Paris, 1970/71.

COURDIER-CUISINIER A.-S., *Le solidarisme contractuel*, préface E. Loquin, Litec Éd. du Juris-Classeur, Paris, 2006.

CROISSET A., BOURGEOIS L., ÉCOLE DES HAUTES ETUDES SOCIALES, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Alcan, Paris, 1902.

CUCHE P., *Entretiens sur le sceau de l'État*, Dalloz, Paris, 1937.

D'EICHTAL E., *Solidarité sociale, solidarisme et dévouement social*, in Pages sociales, Alcan 1909.

- DARMAISIN S.**, *Le contrat moral*, préface B. Teyssié, éd. LGDJ, Paris, 2000.
- DESCORPS-DECLERE F.**, *Pour une obligation d'adaptation des contrats de coopération. Contribution à l'étude du contrat évolutif*, thèse Paris I, 2000.
- DREIFUSS-NETTER F.**, *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, Paris, 1985.
- DUGUIT L.**, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Félix Alcan, Paris, 2^e éd., 1920.
- DURKHEIM E.**, *De la division du travail social*, Quadrige/PUF, Paris, 7^e éd., 2007 ; *Œuvres et lettres*, Gallimard, 1953 ; *L'éducation morale*, PUF, Paris, 1963.
- FABRE-MAGNAN M.**, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 1992.
- FAGES B.**, *Le comportement du contractant*, préface J. Mestre, éd. PUAM, 1997.
- FLEURANT L.**, *Sur la solidarité : le fait et ses principales formes, son exacte valeur morale, la solidarité dans l'éducation à la démocratie*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1907.
- FRAYSSINET M.-H.**, *La notion d'intérêt en droit administratif*, thèse Toulouse I, 2000.
- GAILLARD E.**, *Le pouvoir en droit privé*, Économica, Paris, 1985, préface G. Cornu.
- GENY F.**, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t.1, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1919.
- GERARD Ph., OST F. et VAN DE KERCHOVE M.** (sous la dir. de), *Droit et intérêt*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990.
- GHESTIN J.**, *Conformité et garanties dans la vente*, LGDJ, Paris, 1983.
- GJIDARA S.**, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ, Paris, 1999.
- GOUNOT E.**, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. Rousseau Editeur, Paris, 1912.
- GOYAU G.**, *Solidarisme et christianisme*, éd. 48, rue de Venise, 1906, p. 21.
- GROSSER P.**, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris I, dactyl., 2000.
- GRYNBAUM L. et NICOD M.** (sous la dir. de), *Le solidarisme contractuel*, Économica, Paris, 2004.
- HAMELIN J.-F.**, *Le contrat-alliance*, Économica, Paris, 2012 .
- HEUZE V.**, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, éd. GLN Joly, Paris, 1992.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Publication Unidroit, Rome, 2010.

JACQUES Ph., CHABAS F., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, Paris, 2005.

JAMIN C. et MAZEAUD D. (sous la dir. de), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Paris, 2003.

JARROSSON Ch, *La notion d'arbitrage*, Préface B. Oppetit, LGDJ, Paris, 1987.

KÜNG H., *Être Chrétien*, éd. du Seuil, 1978.

La Bible de Jérusalem, éd. du Cerf, 1998.

LACROIX J., *Les sentiments et la vie morale*, PUF, Paris, 1965.

LAGARDE X., *L'endettement des particuliers*, LGDJ, Paris, 1999.

LANDO O. et BEALE H.,

- *Principles of European Contract Law*, Martinus Nijhoff, 1995, version française par I. De Lamberterie, G. Rouhette et D. Tallon, *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, Doc. fr., 1997, p. 128 ;

- *The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non-Performance and Remedies*, 2^e éd., Kluwer, 2000.

LAVAUD-LEGENDRE B., *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF le monde, Paris, 2005.

LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle*, préface C. Thibierge, LGDJ, Paris, 2005.

LEBRETON S., *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Étude particulière aux contrats de distribution*, préface Pédamon, av-propos J. Monéger, Litec, 2002, p. 227.

LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, Paris, 2012.

LEROUX P., *La grève de Samarez*, Dentu, Paris, 1859, I.

MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004.

MORVAN P., *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999.

ORTSCHEIDT J., *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 2001.

- OSMAN F.**, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Paris, 1992.
- OZOUF M.**, *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, Gallimard, Paris 1989.
- PASCAL**, *Pensées*, in Œuvres complètes, Gallimard, 1954.
- PEROCHON F.** et **BONHOMME R.**, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, Paris, 1997.
- PIAZZON Th.**, *La sécurité juridique*, thèse Paris II, 2006, p. 408.
- PICOD Y.**, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préface G. Couturier, LGDJ, Paris, 1989
- RANOUIL V.**, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, préface J.-Ph. Lévy, PUF, Paris, 1980.
- REIFEGERSTE S.**, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse Paris I 1999, PUAM, 2002.
- RENOUVIER C.**, *Manuel républicain de l'homme et du citoyen (1848)*, éd. Garnier frères, Paris, 1981.
- RIPERT G.**,
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949
 - *Les forces créatrices du Droit*, LGDJ, Paris, 1955.
 - *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936.
- ROCHFELD J.**, *Cause et type de contrat*, LGDJ, Paris, 1999.
- ROUHETTE G.**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., 2 vol., Paris, 1965.
- ROUJOU DE BOUBEE G.**, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, Paris, 1961.
- ROUSSEAU**, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, 1971.
- SAINT THOMAS D'AQUIN**, *Somme Théologique*, Les éditions du Cerf, Paris, 1985.
- SANZ DE ALBA P.**, *Sur quelques aspects de l'équité*, thèse Aix, 1980.
- SIMLER Ph.**, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, Paris, 3^e éd., 2000.
- SMITH A.**, *Théorie des sentiments moraux*, Guillaumin, Paris, 1860.
- SOUSTELLE P.**, *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, thèse Saint-Etienne, 1996, sous la dir. de P. Ancel.
- STOFFEL-MUNCK Ph.**,

- *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.
 - *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, 2000.
- TERRE F.** (sous la dir. de) *Pour une réforme du droit des contrats*, éd. Dalloz, Paris, 2008.
- TRIBES A.**, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse Paris II, 1975.
- VACHEROT E.**, *La Démocratie*, Bruxelles, 1860.
- VOIRIN P.**, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922.
- VON BAR C., CLIVE E. et SCHULTE-NÖLKE H.**, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Référence (DCFR)*, Sellier, 2009.
- WEBER M.**,
- *Économie et société*, Tome I, Plon, Paris, 1971.
 - *Sociologie du Droit*, trad. fr. par J. Grosclaude, PUF, Paris, 1986.

III. Articles, chroniques, rapports

- ACCAOUI LORFING P.**, *La renégociation contractuellement imprévue*, RDAI 2010, p. 35.
- ADIDA-CANAC H. et BOUVIER O.-L.**, *Chronique de responsabilité civile*, D. 2012, p. 644.
- ALLEAUME C.**, *Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ?*, LPA 28 nov. 2012, p. 21.
- AL-SANHOURY A.-A.**, *Le standard juridique*, in *Mélanges François Gény*, Vol. 2, éd. Sirey, Paris, 1935, p. 146.
- AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B.**, D. 2007, pan. Droit des contrats, p. 2966.
- ANCEL F.**, *Genèse, sources, esprit, structure et méthode*, in *La réforme du droit français des contrats en droit positif*, RDC 2009, p. 273.
- ANCEL P.**,
- *La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 163.
 - *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771.
 - *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP E 1998, p. 30.

- *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, Dr. et patr. mai 1998, p. 88.

- *Le traitement des situations de surendettement des particuliers de 1989 à 1998 : du redressement à la liquidation judiciaire civile*, Dr. et patr. oct. 1998, p. 53.

ANSELME-MARTIN O., *Étude critique du devoir d'exécuter de bonne foi*, LPA 1997, n°10, p. 17.

ARSAC-RIBEYROLLES A., *L'abus à la baisse dans la fixation du prix*, LPA 2006, n° 20, p. 10.

AUBERT J.-L.,

- *La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?*, RJDA 2004, p. 355.

- *Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité*, in *Mélanges Geneviève Viney*, LGDJ, Paris, 2008, p. 55.

AYNES L.,

- *Vers une déontologie du contrat ?*, Conférence à la Cour de cassation le 11 mai 2006, accessible sur le site de la Cour de cassation, 2006.

- *Motivation et justification*, RDC 2004, p. 555.

- *Le devoir de renégocier*, RJ com. 1999, p. 11.

- *L'imprévision en droit privé*, RJ com. 2005, p. 397.

- *Crise économique et rapports de droit privé*, in *Le droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, PUF, Paris, 1997.

- *Chroniques de droit des contrats, Juin-novembre 2005 : vers une consolidation de tendances antérieures*, Dr. et patr. janv. 2006, p. 86

AZARD P., *L'instabilité monétaire et la notion d'équivalence dans le contrat*, JCP 1953, I, p. 1092.

BAGGIO A.-M., *La fraternité, un défi politique*, Revue Nouvelle Cité 2012, n° 553, p. 24.

BAKOUICHE D.,

- *Quid de l'obligation de minimiser le dommage ?*, Lexbase Hebdo Édition Affaires, sept. 2004, n° 134.

- *Les solutions du droit positif en matière d'imprévision contractuelle*, Lexbase Hebdo Édition Affaires, nov. 2002, n° 46.

BARTLEBY H., *Libérales intentions...*, Defrénois 2011, art. 40141, p. 1077.

- BARTHEZ A.-S.**, *Crise économique et contrat : les remèdes*, RDC 2010, p. 467.
- BAUDOIN J.-L.**, *Introduction*, in *Droits de la personne : solidarité et bonne foi*, actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, éd. Y. Blais, Québec, 2000, p. 15.
- BEALE H.**, *L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats*, in *Mélanges Alain Sayag*, Litec, Paris, 1997, p. 117.
- BECQUE Ph.**, *L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive*, Cah. dr. entr. 1985, n° 6, p. 25.
- BEDJAOUI M.**, *La « fraternité », concept moral ou principe juridique ?*. *Introduction générale*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 11.
- BEHAR-TOUCHAIS M.**, *Solidarisme contractuel et contrat de distribution*, RDC 2003, p. 154.
- BENABENT A.**,
- *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat. Rapport français*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 291.
 - *Doctrine ou Dallas ?*, D. 2005, point de vue, p. 852.
- BENEDETTO G.**, *Bene relazionale*, in *Dizionario di economia civile*, L. BRUNI, S. ZAMAGNI (a cura di), Citta' nuova editrice, Roma, 2009.
- BENOS C.**, *L'altruisme dans le contrat de prêt à usage*, D. 2013, p. 2358.
- BERNAND Y.**, Dr. et patr. sept. 2011, p. 18.
- BOUGLE C.**, *Notes sur les origines chrétiennes du solidarisme*, *Revue de métaphysique et de morale*, p. 251.
- BOURDALLE N.** et **LASSERRE CAPDEVILLE J.**, *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier*, *Banque et droit* 2006, n° 107, p. 17.
- BOURGEOIS L.**, in *Congrès International de l'Education Sociale (C.I.E.S.)*, éd. Alcan, 1901, p. 350
- BOYER L.**, Rép. civ. Dalloz, V° Contrats et conventions.
- BROUSSEAU E.**, *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique*, LPA 19 mai 2005, p. 43.
- BUHAGIAR T.**,
- *Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive ?*, JCP 1975, C.I., 11636.

- *La concession exclusive dans la branche de l'automobile*, JCP 1980, C.I., 13438.

CADIET L., Rép. civ. Dalloz, V^o Abus de droit.

CAILLE A.,

- *De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement)*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 27.

- *Don, intérêt et désintéressement*, Rev. europ. des sc. sociales 1994, tome XXXII, n^o 99, pp. 253s.

CALAIS-AULOY J., *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ. 1994, p. 239.

CAVALIE B., *Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision ?*, Rev. Lamy dr. civ. juill. 2009, 62.

CEDRAS J., *Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Rapport 2003, p. 215.

CHAHOUNKA TALOME É., *L'inexécution précontractuelle et contractuelle en droits français et américain : une instructive comparaison*, Gaz. Pal. 2007, n^o 118, p. 13.

CHANIAL P., *Renouer les fils de l'alliance, Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 51.

CHAZAL J.-P.,

- *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 99.

- *Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants : les contrats de distribution et la détermination du prix*, JCP G 1999, II, 10018.

CHENEDE F., *Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles*, RDC 2011, p 709.

COASE R. H., *The Firm, the Market and the Law*, Univ. Chicago Press 1998, p. 95.

COCHART-COSTE D., *La solidarité, un sentiment politique ?*, in J. Chevalier, C. Haroche, D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 100.

COLLART DUTILLEUL F., *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 225.

CORNU G.,

- *Du sentiment en droit civil*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71.
- *L'évolution du droit des contrats en France*, RID comp. 1979, p. 447.
- *Chronique de contrats spéciaux*, RTD civ. 1978, p. 380.

CROCQ P., *Les développements récents de l'obligation d'information de la caution*, in *Mélanges Cabrillac*, Dalloz-Litec, Paris, 1999, p. 349.

DAVID M., *La solidarité comme contrat et comme éthique*, in *Institut international d'études sociales (Genève)*, éd. Berger-Levrault, Paris, 1982, p. 18.

DAVID R., *L'imprévision dans les droits européens*, in *Mélanges Alfred Jauffret*, PUAM, 1974.

DEFFAINS B. et **FEREY S.**, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, RTD Civ. 2010 p. 719.

DELOS J. T., *Le problème des rapports du droit et de la morale*, Arch. phil. dr. 1933, p. 84.

DEMOGUE R., *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, RTD civ. 1907, p. 245.

DERAINS Y., *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, RDAI 1987, p. 375.

DE SAINT-ROBERT P., *Et la Fraternité*, Le Monde daté du 17 avril 1982.

DIDIER P.,

- *Le consentement sans l'échange : contrat de société*, RJ com. 1995, n° spécial, L'échange des consentements, p. 75.
- *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *Mélanges François Terré*, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 636.

DIESSE F.,

- *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, RDAI 1999, p. 737.
- *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat*, Arch. phil. dr. 1999, p. 259.

DION N., *Le juge et le désir du juste*, D. 1999, chron. p. 195.

DUPEYROUX J.-J., *Quelques questions*, Dr. Soc. 1990, n°1, p. 9.

EL GHARBI M.,

- *Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique*, RRJ 2005, n° 1, p. 165.

- *La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats*, RRJ 2004, n° 2, p. 723.

Encyclique *Popolurum progressio*, n° 59, Paul VI, 26 mars 1967, in *Les trois encycliques sociales*, texte présenté et annoté par Robert de Montvalon, Le Seuil, 1967, pp. 375-376.

ELLAND-GOLDSMITH M., *La "mitigation of damages" en droit anglais*, RDAI 1987, p. 347.

FABRE-MAGNAN M.,

- *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 301.
- *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, p. 573.

FAGES B.,

- *L'abus dans les contrats de distribution*, JCP E 1998, p. 11.
- *Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando*, D. 2003, p. 2386.
- *Invitation judiciaire à adapter le contrat*, RTD civ. 2008, p. 295.

FAUVARQUE-COSSON B.,

- *Le changement de circonstances*, RDC 2004, p. 67.
- *La réforme du droit français des contrats : perspective comparative*, RDC 2006, p. 147.
- D. 2011, pan. *Droit des contrats (octobre 2009 - novembre 2010)*, p. 472.

FENOUILLET D.,

- *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?*, RDC 2011, p. 644.
- *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 487.

FLECHEUX G., *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 341.

FONTAINE M.,

- *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), LGDJ, Paris, 1996, p. 615.

- *Les contrats internationaux à long terme*, in *Mélanges Roger Houin*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 263.

- *Fertilisations croisées du droit des contrats*, in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 350.

GAU-CABEE C., « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* », *Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique*, RTD civ. 2012, p. 33.

GAUDU F., *La fraternité dans l'entreprise*, Dr. Soc. 1990, n° 1, p. 134.

GAUTHIER P.-Y.,

- *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, RTD civ. 1995, p. 797.

- *L'inutile et le droit (suite) : l'acheteur troublé dans sa jouissance par un vice caché, n'est pas tenu de minimiser les pertes en subissant la réparation, plutôt qu'en obtenant la résolution*, RTD civ. 1996, p. 190.

- *L'inutile et le droit (suite) : l'acheteur n'a plus le libre exercice de l'action rédhibitoire*, RTD Civ. 1998, p. 397.

- *Valse-hésitation de la Cour de cassation sur l'option de l'acheteur en cas de vice caché : l'inutile et le droit (suite)*, RTD civ. 1999, p. 127.

- *L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial*, RTD civ. 1999, p. 646.

GHESTIN J.,

- *La notion de contrat*, Revue Droits 1990, n° 12, p. 7.

- *La justice contractuelle selon la tradition catholique*, in *Mélanges Guyon*, éd. Dalloz, 2003, p. 418.

- *La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables*, in *La relativité du contrat*, Assoc. H. Capitant, Nantes 1999, LGDJ, Paris, 2000, p. 223.

- *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, D. 2004, p. 2239.

GOLSHANI S., **BORDES D.**, **CICHOSTEPSKI B.**, et **RAMBAUD MARTEL O.**, *Les délais de paiement : un instrument au service de la conciliation*, Rev. sociétés 2009, p. 11.

GONTHIER C. D.,

- *Liberty, Equality, Fraternity : The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity : The Unspoken Third Pillar of Democracy*, McGill Law Journal 2000, vol. 45, p. 567.

- *La fraternité comme valeur constitutionnelle. Rapport général*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 715.

GORIA F., *Riflessioni su Fraternità e Diritto*, in *Relazionalità nel diritto : quale spazio per la fraternità ?*, éd. Giovanni Caso, Rome, 2006, p. 32.

GRIDEL J.-P., *Sur l'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens [Pavie]*, *Gaz. Pal.* 2003, n° 52, p. 3.

GRIMALDI M., *Le mobile est indifférent à l'existence de l'intention libérale*, *RTD civ.* 2011, p. 162.

GROUPE DE TRAVAIL DE LA COUR DE CASSATION, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007, accessible sur le site de la Cour de cassation.

GRYNBAUM L., *La notion de solidarisme contractuel*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), *Économica*, Paris, 2004, p. 25.

GUYON Y.,

- *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1989, n° 1, p. 439.
- « *Affectio societatis* », *J.-Cl. Soc.*, fasc. 20-10, actualisé par A. Mairot.

HANOTIAU B.,

- *La détermination et l'évaluation du dommage réparable : principes généraux et principes en émergence*, in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Publication CCI n° 480/4, 1993, p. 209.
- *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, *RDAl* 1987, p. 393.

HAROUCHE C., *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème}*, in J. Chevalier, C. Haroche, D. Cochart-Coste, *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 11.

HAROUÉL J.-L., **TEBOUL G.**, et **TOURNAFOND O.**, *Le droit des contrats réformé par ordonnance ?*, *D.* 2014, p. 1099.

HASSLER Th., *L'intérêt commun*, *RTD com.* 1984, p. 584.

HAUSER J., *Rapport de synthèse. Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), *Économica*, Paris, 2004, p. 193.

JAMIN C.,

- *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 441.

- *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p.7.
- *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, D. 2002, p. 901.
- *Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique*, in Le solidarisme contractuel, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Économica, Paris, 2004, p. 159.
- *Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP 1996, I, 3959.
- *Typologie des théories juridiques de l'abus*, Rev. conc. consom. 1996, n° 92 supplément, p. 7.
- *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, Dr. et patr. mars 1998, p. 46.
- *Pour en finir avec la formation du contrat !*, LPA 6 mai 1998, p. 25.

JARVIN S., *L'obligation de coopérer de bonne foi, exemples d'application au plan de l'arbitrage international*, in L'apport de la jurisprudence arbitrale, Publications de la CCI, 1986, p. 168.

JEAMMAUD A., *Les principes dans le droit français du travail*, Dr. Soc. 1982, n° 9-10, p. 618.

JESTAZ Ph., *Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain ?*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 243.

JOSSERAND L., *L'essor moderne du concept contractuel*, in Mélanges François Gény, Vol. 2, éd. Sirey, Paris, 1935, p. 340.

JOURDAIN P.,

- *Le devoir de "se" renseigner*, D. 1983, chron. p. 139.
- *Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ?*, RTD civ. 2012, p. 324.

KAMTO M., *Les nouveaux principes du droit international de l'environnement*, Rev. jur. env., 1993-1, p. 11.

LAITHIER Y.-M., *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D. 2006, p. 1033.

LAGARDE X., *La motivation des actes juridiques*, in La motivation, Assoc. H. Capitant Limoges 1998, LGDJ, Paris, 2000, p. 77.

LANDO O.,

- *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences*, RDC 2006, p. 167.

- *La contribution française au droit européen du contrat*, RDC 2009, p. 729.

LARROUMET C., *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, Gaz. Pal. 2008, doct. p. 5.

LASSALE B., *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 838.

LATINA M., Rép. civ. Dalloz, V^o Contrat.

LATOURNERIE R., *Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public : agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ?*, E.D.C.E. 1960, n^o 14, p. 61, spéc. p. 95.

LAUDE A., *L'obligation de minimiser son dommage existe-t-elle en droit privé français ?*, LPA 2002, n^o 232, p. 55.

LECOURT B., *La gratuité et le droit des affaires*, RTD com. 2012, p. 455.

LECUYER H., *Le contrat, acte de prévision*, in Mélanges François TERRE, Dalloz, Paris, 1999, p. 643.

LE FICHANT F., *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, Actes prat. ing. sociétaire 2011, n^o 116, dossier 7.

LEGEAIS D.,

- *Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance de groupe*, RD bancaire et fin. 2001, dossier p. 317.

- *Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie*, LPA 1998, n^o 117, p. 38.

LELOUP J.-M., *Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution*, in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec, Paris, 1978.

LEQUETTE Y.,

- *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mélanges Paul Didier, Économica, 2008, p. 247.

- *Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique*, in Mélanges Jean Hauser, Dalloz, 2012, p. 879.

LE TOURNEAU Ph.,

- Rép. civ. Dalloz, V^o Bonne foi, Gestion d'affaires.

- *Concessions. Distribution, circuits et réseaux de distribution. Inventaire des diverses concessions. Fondement et protection des réseaux de distribution*, J.-Cl. Com. Contrats-Distribution, fasc. 1010.

- *Existe-t-il une morale des affaires*, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrétien, Paris, 1996, p. 7.
- *Quelques aspects des responsabilités professionnelles*, *Gaz. Pal.* 1986, 2, doct. p. 616.
- *Les obligations professionnelles*, in *Mélanges Louis Boyer*, Presses Universitaires des Sciences sociales Toulouse, 1996, p. 365.
- *De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil*, *D.* 1987. chron. p. 101.

LEVENEUR L., *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 173.

LIBCHABER R.,

- *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 21.
- *Suzanne LEQUETTE, Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, *RTD civ.* 2012, p. 588.

LOISEAU G. et **BILLIAU M.**, *Chronique. Régime de l'obligation*, *JCP G* 2012, doct. 945.

LOQUIN E., *La réalité des usages du commerce international*, *RID éco* 1989, n° 2, p. 163, spéc. p. 177.

LOUSSOUARN Y., *La bonne foi. Rapport de synthèse*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 7.

LUCAS DE LEYSSAC C., *L'obligation de renseignements dans les contrats in L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 305.

LYON-CAEN G., *De l'évolution de la notion de bonne foi*, *RTD civ.* 1946, p. 75.

MACNEIL I. R.,

- *Contracts : adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law*, *Northwestern University Law Review* 1978, vol. 72, p. 854.
- *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven and London, Yale University Press 1980.
- *Relational contract : what we do and do not know*, art. *Wisconsin Law Review* 1985, p. 483.
- *Relational Contract Theory : Challenges and Queries*, *Northwestern University Law Review* 2000, vol. 94, p. 877.

MACORIG-VENIER F., *L'effacement des dettes dans le droit du surendettement*, *Dr. et patr.* sept. 2009.

MAINGUY D.,

- *À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter »*, JCP 2012, I, p. 808.
- *Droit d'inventaire : La réforme du droit des contrats et des obligations en 2014 ?*, 17 juin 2014, accessible sur le Blog de Daniel Mainguy.

MALAURIE Ph., *Le retrait d'associé n'est pas susceptible de rescision pour lésion*, D.1997, doct. p. 216.

MALAURIE-VIGNAL M., *Solidarisme, distribution et concurrence*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 95.

MALKA D., *La loyauté dans la négociation du contrat*, Gaz. Pal. 2012, coll. p.1882, doct. p. 61.

MARMOZ F., *Surendettement et droit commun*, RRJ 2001, n° 4, p. 1389.

MARTIN X.,

- *Nature humaine et Code Napoléon*, Revue Droits, 1985, n° 2, p. 117.
- *L'insensibilité des auteurs du code civil à l'altruisme*, Rev. hist. dr. fr. et étranger 1982, p. 589.

MASSE C., *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat. Rapport général*, in *La bonne foi*, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 217.

MATHEY N., *L'obligation de contracter de bonne foi s'invite dans la cession d'actions*, Rev. sociétés 2005, p. 587.

MAYER D., *L'amitié*, JCP 1974, I, n° 2663.

MAZEAUD D.,

- *La politique contractuelle de la Cour de cassation*, in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, Paris, 2006, p. 371.
- *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, LPA 6 mai 1998, p. 8.
- *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Economica, Paris, 2004, p. 57.
- *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *Mélanges François Terré*, PUF Dalloz Éd. du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 603.
- *Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel »*, LPA 7 mai 2004, p. 47.
- *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 295.

- *Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats*, in Mélanges Paul Didier, *Économica*, Paris, 2008, p. 325.
- *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...*, in Mélanges Jean Hauser, Lexisnexis Dalloz, Paris, 2012, p. 905.
- *Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet!*, D. 2008, p. 2675.
- *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, LPA 30 sept. 1998, p. 12.
- *Rapport de synthèse in Colloque La Franchise : questions sensibles*, Rev. Lamy dr. aff. 2012, n° HS, p. 56.
- *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 637.
- *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, Dr. et patr. juill-août 1996, p. 44.
- *La révision du contrat*, LPA 30 juin 2005, p. 4.
- *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique. Rapport de synthèse présenté au 94^e Congrès des notaires*, Defrénois 1998, n° 19, p. 1137.
- *Rapport français sur l'endettement des particuliers*, in L'endettement, Assoc. H. Capitant, 1995, LGDJ, Paris, 1997, p. 127.
- *Avant-propos démodé sur le droit du surendettement*, Dr. et patr. oct. 1998, p. 50.
- *La réduction des obligations contractuelles*, Dr. et patrimoine mars 1998, p. 56.
- *La réforme du droit français des contrats, trois projets en concurrence*, in Mélanges Christian Larroumet, *Économica*, Paris, 2010, p. 329.

MEKKI M.,

- *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, RDC 2010, p. 383.
- *Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire*, RDC 2006, p. 297.
- *Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?*, JCP G 2010, I, 1219.

MENARD C., *Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 661.

MESTRE J.,

- *Bonne foi*, in Principes du droit européen du contrat, regards croisés avec le droit français, Dr. et patr. 2003, p. 42.
- *L'évolution du contrat en droit privé français*, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier, PUF, Paris, 1986, p. 51.

- *Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé*, Revue Lamy dr. civ. mars 2009, 7.

MICHAUD A., *Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract*, Revue générale de Droit, 1984, p. 319.

MIGNOT M., *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, RRJ 2004, n° 4, p. 2153.

MOLFESSIS N.,

- *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA 30 sept. 1998, p. 21.
- *Les exigences relatives au prix en droit des contrats*, LPA 5 mai 2000, p. 41.

MORIN G., *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, Arch. phil. dr. 1940, p. 7.

MOURALIS J.-L., Rép. civ. Dalloz, V° Imprévision.

MOUSSERON J.-M., *Rapport de synthèse*, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'I.D.A. d'Aix-en-Provence, PUAM, p. 232.

MUIR-WATT H.,

- *Analyse économique et perspective solidariste*, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 183.
- *La modération des dommages en droit anglo-américain*, LPA 20 nov. 2002, p. 45.

NIBOYET J.-P., *La révision des contrats par le juge*, in Travaux de la semaine internationale de droit 1937, Sirey, Paris, 1938.

OPPETIT B.,

- *Éthique et vie des affaires*, in Mélanges André Colomer, Litec, Paris, 1993, Litec, Paris, 1993, p. 323.
- *L'endettement et le droit*, in Mélanges André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, Paris, 1991, p. 295.

PAISANT G.,

- *La jurisprudence de la Cour de cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers*, D. 1994, chr. p. 173.
- *Redressement judiciaire civil. La mise en oeuvre de la procédure et la question de l'apurement du passif du débiteur surendetté*, RTD com. 1993, p. 370.

- *Vingt et un ans après : la nouvelle réforme des procédures de traitement des situations de surendettement par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 sur le crédit à la consommation*, RTD com. 2010, p. 800.

PETEL Ph., *Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, Brève étude de droit français comparé*, in *Mélanges Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 835.

PETIT B., J.-Cl. Civ. Code, Art. 1136 à 1245, Fasc. 50.

PHILIPPE D., *Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale*, RDC 2011, p. 963.

PICOD Y.,

- *Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale*, in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 805.
- J.-Cl. Civ. Code, Art. 1134 et 1135, fasc. 11.
- *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G 1988, I, 3318.
- *La clause résolutoire et la règle morale*, JCP G 1990, I, 101224.
- *Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe*, in *Mélanges Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 843.
- *L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat*, in *Mélanges Philippe SIMLER*, Litec-Dalloz, Paris, 2006, p. 395.
- *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57.
- Rép. civ. Dalloz, V^o Remise de dette.

PIMONT S., *Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage*, Rev. Lamy dr. civ. oct. 2004, p. 15.

PIZARRO WILSON C., *L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport chilien*, RDC 2010, p. 1129.

PLANTAMP D., *L'intérêt commun dans les contrats de distribution*, ALD 1990, p. 177.

PROD'HOMME N., *Professionnel et consommateur : Une loyauté réciproque ?*, LPA 24 nov. 2011, p. 29.

PUIG P., *Rapport de synthèse. Dossier. Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ?*, LPA 28 nov. 2012, p. 56.

RACINE J.-B., *Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers*, LPA 2006, n° 63, p. 37.

RAKOTONDRABAO D., *Rapport de synthèse. Le principe de fraternité dans les Constitutions*, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, p. 651.

RAY J.-E., *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. 1991, p. 376.

RAYMOND G.,

- *Solidarisme contractuel en droit de la consommation*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Économica, Paris, 2004, p. 107.
- *Prévention du surendettement reposant sur le devoir de mise en garde du prêteur*, Contrats, conc. consom. 2012, comm. 189.

RAYNAUD P.,

- *La renonciation à un droit*, RTD civ. 1936, p. 763.
- *Le surendettement dans la loi du 1er juillet 2010*, RD bancaire et fin. 2012, dossier 22.

REIFEGERSTE S., *Obligation de minimiser le dommage et « raisonnable » en droit du commerce international*, RDAI 2004, p. 181.

REMY Ph., *La genèse du solidarisme*, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Économica, Paris, 2004, p. 3.

REMET T.,

- *Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 83.
- *L'éthique des contrats en droit interne*, in *Éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Librairie de l'Université, Aix-en-Provence, 1997, p. 208.
- *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, RDC 2004, p. 579.
- *La détermination du prix : Les apports au droit des relations de dépendance*, RTD com. 1997, p. 37.
- *Les permis de polluer*, in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, Point de vue franco-belge*, VINEY G., DUBUISSON B. (sous la dir. de), Schulthess, LGDJ, p. 443.
- *Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, RTD. civ. 1998, p. 989.

RIFFARD J.-F., *Éclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance de l'emprunteur*, RD bancaire et fin. 2007, dossier 30 .

RIPERT G., *Le droit de ne pas payer ses dettes*, DH 1936, chron n° 57

ROBERT J.-A. et **CHARLUTEAU Q.**, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, Rev. Lamy dr. civ. juill. 2009, 62.

ROBIN G., *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux*, RDAI 2005, p. 695.

ROCHFELD J., *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 301.

RODIERE R. et **CHAMPAUD C.**, *À propos des pompistes de marques : les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur*, JCP 1966, I, 1988.

ROUHETTE G., *La force obligatoire du contrat, Rapport français*, in Le contrat aujourd'hui-Comparaisons franco-anglaises, D. Talon et D. Harris (sous la dir. de), LGDJ, Paris, 1987, p. 27.

ROUTIER R., *Nouveau contour de l'obligation du prêteur de mettre en garde l'emprunteur profane*, Lexbase Hebdo Édition affaires 2005, n° 94.

ROUVIERE F., *L'obligation comme garantie*, RTD Civ. 2011, p. 1.

SAMUEL G., « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, in La nouvelle crise du contrat, C. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 69, spéc. p. 73.

SAVAUX E.,

- *Solidarisme contractuel et formation du contrat*, in Le solidarisme contractuel, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), Économica, Paris, 2004, p. 43.
- *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français*, RDC 2010, p. 1057.

SERIAUX A.,

- *La notion de contrat synallagmatique*, in Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 777.
- *Réflexions sur les délais de grâce*, RTD civ. 1993, p. 789.

SENAT, *Rapport. Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Sénat, n° 558, 2009.

SIMLER Ph., J.-Cl. Civ. Code, Art. 1282 à 1288.

STEFF A., *La philosophie des procédures de surendettement des particuliers : l'exemple américain*, RD bancaire et fin. 2012, dossier 25.

STOFFEL-MUNCK P., *Chronique. Responsabilité civile*, JCP 2008, I, 186.

SUPIOT A., *La fraternité et la loi*, Dr. Soc. 1990, n°1, p. 118.

TALLON D., *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, in Mélanges Alain Sayag, Litec, Paris, 1997, p. 403.

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

TEXIER M., *Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de procédures organisées*, RTD. com. 2008, p. 25.

THERON J., *De la « communauté d'intérêts »*, RTD civ. 2009, p. 19.

THIBIERGE-GUELFUCCI C., *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD. civ. 1997, p. 357.

TITONE T., COULON F., et DARY M., *Circonstances économiques et déséquilibre contractuel*, JCP E 2011, 1435.

VABRES R., *Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier*, JCP G 2012, I, 1052.

VAN EECKHOUT A., *La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires*, RDC 2005, p. 491.

VAN OMMESLAGHE P., *Rapport général*, in La bonne foi, Assoc. H. Capitant, t. 43, Louisiane 1992, Litec, Paris, 1994, p. 25.

VEDEL G., *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP 1950, I, 851.

VIGNEAU V.,

- *La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1^{er} juillet 2010*, D. 2010, p. 2593.

- *Logement et surendettement*, Loyers et copr. 2011, étude 1.

VINEY G., *Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, LPA 20 nov. 2002, p. 66.

VIPREY R., *Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ?*, D. affaires 1997, p. 918.

WALINE M., *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories ?*, in Mélanges Jean Dabin, éd. Sirey E. Bruylant, Paris Bruxelles, 1963, t. 1, p. 365.

WICKER G., *Force obligatoire et contenu du contrat*, in Les concepts contractuel français à l'heure des principes du droit européen des contrats. Actes du colloque du 30 et 31 janvier 2003, faculté Jean Monnet Paris XI. Institut Charles Dumoulin, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, (sous la dir. de), éd. Dalloz, Paris, 2003, p. 151.

IV. Notes, observations

ADIDA-CANAC H., note sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-25635, D. 2012, p. 141.

AMRANI-MEKKI S., MEKKI M., comm. sous Cass. com. 8 oct. 2013, n° 12-22952, D. 2014, p. 630.

ANDRE C., note sous CA Douai, 15 mars 2001, D. 2002, p. 307.

AUBERT J.-L.,

- obs. sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n°203, Defrénois 2003, art. 37845, p. 1574.

- note sous Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 338, Defrénois 1993, art. 35663, p. 1377.

AVENA-ROBARDET V., obs. sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, D. 2007, p. 863.

AYNES L.,

- note sous Cass. com. 10 juil. 2007, n° 06-14768, RDC 2007, p. 1107.

- note sous Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, n° 94-12.856, LPA 31 janv. 1997, p. 15.

- note sous Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, Defrénois 1997, art. 36515, p. 292.

BILLEMONT J., note sous Cass. civ. 3^e, 9 déc 2009, n° 04-19923, D. 2010, p. 476.

BOUTONNET M., note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, D. 2008, p. 1120.

BUREAU D. et MOLFESSIS N., note sous Cass. ass. plén., 1 déc. 1995, arrêts n°^{os} 393 P et 394 P et 395 P et 396 P, LPA 27 déc. 1995, p. 11.

CACHARD O., *L'ombre de la révision judiciaire du contrat*, Rev. Lamy dr. civ. mai 2008, 49.

CARBONNIER J., note sous T. civ. Lille, 18 mars 1947, D. 1947, jurispr. p. 507.

CARVAL S., note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, Juris-Data n° 2007-350306, RDC 2008, p. 759.

CASTETS-RENARD C.,

- note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, JCP 2003, II, 10170.

CATHIARD A.,

- note sous Cass. civ. 1^e, 15 mars 2005, n° 01-13018, D. 2005, p. 1462.

- note sous Cass. com., 6 fév. 2007, n° 03-20463, D. 2007, p. 1317.

CHAZAL J.-P.,

- obs. sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, JCP G 1998, II, 10085.
 - note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13289, D. 2003, p. 2326.
- CHONE A.-S.**, note sous Cass. com., 29 juin 2010, LPA 24 déc. 2010, p. 7.
- CONSTANTIN A.**,
- note sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, LPA 14 sept. 1998, p. 9.
 - note sous Cass. com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 252, LPA 16 sept. 1998, p. 17.
- CORNU G.**,
- obs. sous CA Rouen, 18 mai 1973, Gaz Pal. 1973, 2, p. 740, RTD civ. 1974, p. 164.
- COULON C.**, note sous CA Paris, 25^e ch. A, 22 juin 2001, D. 2002, p. 843.
- DELEBECQUE Ph.**, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 1996, D. aff. 1996, p. 1028, Defrénois 1996, art. 36434, p. 1373.
- DELPECH X.**, note sous CA Paris, 15^e ch. A, 24 oct. 2000, D. 2001, p. 302.
- DERAINS Y.**, note sous sentence CCI n° 2216 de 1974, JDI (Clunet) 1975, p. 922.
- DESPAQUIS J.-M.**, obs. sous CA Reims, ch. civ., 13 décembre 2011, JurisData n° 2011-031590, JCP G 2012, II, 262.
- DJOUDI J.**, note sous Cass. com., 10 mai 2012, n° 11-15.206, JurisData n° 2012-009459, RD bancaire et fin. 2012, n° 4, comm. n° 123.
- Droit de l'informatique*, JCP E 2001, p. 843.
- FAGES B.**,
- note sous Cass. civ. 1^e, 16 juill. 1998, JCP G 1999, II, 10000.
 - note sous Cass. com., 10 juil. 2007, n° 06-14768, RTD civ. 2007, p. 773.
- GAUTHIER P.-Y.**,
- note sous Cass. com., 10 juil. 2007, n° 06-14768, D. 2007, p. 2844.
- GAVOTY C. et EDWARDS O.**, *Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle?*, note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, LPA 28 juin 2004, p. 18.
- GHESTIN J.**,
- note sous Cass. civ. 3^e, 3 fév 1981, D. 1984, jurispr. p. 457.
 - note sous Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, p. 50, JCP G 1996, II, 22665.
- GOURIO A.**, obs. sous (3 espèces) : Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-17.659, JurisData n° 2008-042244, Cass. com., 11 déc. 2007, n° 03-20.747, JurisData n° 2007-041922, Cass. civ. 1^e, 30 oct. 2007, n° 06-17.003, JurisData n° 2007-041107) JCP G 2008, II, 10055.

GREAU F., note sous Cass. civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, L'essentiel Droit des assurances 2013, n° 1, p. 3.

GUEGAN-LECUYER A., note sous Cass. Civ. 2^e, 25 oct. 2012, n° 11-25511, D. 2013, p. 415.

HOCQUET-BERG S.,

- note sous Cass civ. 2^e, 24 nov. 2011, pourvoi n° 10-25635, JurisData n° 2011-025881, Resp. civ. et assur. 2012, comm. n° 34.
- note sous Cass. civ. 3^e, 5 fév. 2013, n° 12-12124, Resp. civ. et ass. 2013, comm. n° 135.

HOUTCIEFF D., obs. sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, Rev. Lamy dr. civ. juin 2006, 5.

HUET J., obs. sous CA Paris 22 et 30 juin 1983, D. 1985, inf. rap., p. 43.

JAMIN C.,

- note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172, JCP 2002, II, 10157.
- obs. sous Cass. com., 5 avr. 1994, JCP G 1994, I, 3803.
- note sous Cass. com, 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277, JCP G 1999, I, 143.

JARVIN S., note sous sentence CCI n° 14637 de 2008, JDI (Clunet) 2011, n° 4, chron. 11.

JOURDAIN P., note sous Cass. civ. 2^e 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, RTD civ. 2003, p. 716.

KUNTZ J.-E. et **NURIT V.**, note sous Cass. com., 6 déc. 2011, n° 10-25689, LPA 2012, n° 139, p. 15.

LAITHIER Y.-M.,

- obs. sous Cass. civ. 3^e, 14 septembre 2005, pourvoi n° 04-10856, RDC 2006, p. 314.
- note sous Cass. civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19923, RDC 2010, p. 561.

LAMOUREUX M., note sous CA Nancy, 26 sept. 2007, JCP G 2008, II, 10091.

LE GAC-PECH S.,

- comm. sous Cass. com., 7 juin 2011, n° 10-13.622, JurisData n° 2011-010920, JCP E 2011, 1915.
- comm. sous Cass. com., 7 févr. 2012, n° 11-10.487, JurisData n° 2012-001705, JCP E 2012, 1263.
- comm. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, JurisData n° 2010-010742, JCP E 2010, 2108.

LE NESTOUR DRELON G., note sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-25635, Rev. Lamy dr. civ. fév. 2012, 20.

LEVENEUR L., note sous Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, JurisData n° 2004-024346, Contrats, conc. consom. 2004, comm. 151.

LIBCHABER R., obs. sous Cass. civ. 1^e, 13 mai 2003, Bull. civ. n° 114, p. 89, Defrénois 2003, art. 37845, p. 1568.

LOIR R., note Cass. civ. 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-20878, D. 2009, p. 1114.

LOISEAU G.,

- note sous Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, JCP 2005, II, 10173.

- note sous Cass. civ. 2^e, 7 janv. 1998, JCP G 1998, I, 129.

MALAURIE Ph.,

- note sous Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, p. 50, D. 1996, p. 518.

MALAURIE-VIGNAL M., note sous Cass. com. 15 janv. 2002, n° 99-21172, JurisData n° 2002-012712, Contrats, conc. consom. 2002, comm. n° 94.

MARGUENAUD J.-P., obs. sous CEDH, 1^{re} sect. 29 janv. 2013, *Zolotas c/ Grèce*, n° 2, RTD civ. 2013, p. 336.

MAZEAUD D.,

- obs. sous Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, D. 2006, p. 761.

- note sous Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, n° 01-00.475, Bull. civ. 2004, I, n° 190, p. 157, D. 2005, p. 1828.

- obs. sous Cass. com., 20 octobre 2009, n° 08-20274, RDC 2010, p. 30.

- obs. sous Cass. civ. 1^e, 11 juin 1996, Defrénois 1996, p. 1007.

- obs. sous Cass. civ. 1^e, 27 juin 1995, n° 92-19212, Bull. civ. I, n° 287, Defrénois 1995, art. 36210, p. 1416.

- obs. sous Cass. civ. 3^e, 20 octobre 2004, pourvoi n° Y 03-10406, RDC 2005, p. 264.

- note sous Cass. com. 10 juil. 2007, n° 06-14768, RDC 2007, p. 1110.

- obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, D. 2002, p. 2841.

- note sous Cass. civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10856, D. 2006, p. 761.

- note sous Cass. civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19923, RDC 2010, p. 564.

- comm. sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, D. 2004, p. 1346.

- comm. sous CA Paris 24 oct. 2001, D. 2001, p. 3236, D. 2001, p. 3236.

- obs. sous Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14768, RDC 2007, p. 1110.

- note sous Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13214, D. 2007, p. 765.

- note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, D. 2010 p. 2481.
- note sous Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-22952, D. 2013, p. 2617.
- note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, n° 01-15804, D. 2004, p. 1754.
- note sous CA Nancy Juris-Data n° 2007-350306, RDC 2008, p. 738.
- obs. sous Cass. com., 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277, Defrénois 1999, p. 371.
- note sous Cass. civ. 1^e, 24 oct. 2006, n° 05-16517, RDC 2007, p. 263.
- note sous Cass civ. 1^e, 13 nov. 1996, D. 1997, somm. p. 178.
- note sous Cass civ. 1^e, 27 juin 1995, Bull. Civ. I, n° 289, D. 1996, somm. p. 122.

MEKKI M., note sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-25635, Gaz. Pal. 2012, pan. jurispr. p. 11.

MESTRE J.,

- *Une exécution qui, pour sa part, continue à être placée sous le sceau de la bonne foi*, RTD civ. 1999, p. 390.
- *L'heure est décidément au devoir de conseil*, RTD civ. 1996, p. 384.
- *Une bonne foi décidément très exigeante*, RTD civ. 1992, p. 760.
- *Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi*, RTD civ. 1996, p. 898.
- *Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel*, RTD civ. 1999, p. 98.
- *Le juge qui accorde au débiteur des délais de paiement, doit fixer la durée des délais accordés*, RTD. civ. 1998, p. 369.
- *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, RTD civ. 1986, p. 100.
- *Bonne foi et équité, même combat !*, RTD civ. 1990, p. 652.
- *Actualité de l'obligation d'information et du devoir de conseil*, RTD civ. 1999, p. 83.

MESTRE J. et FAGES B.,

- obs. sous Cass. com. 15 janv. 2002, n° 99-21172, RTD civ. 2002, p. 294.
- obs sous Cass. com. 24 sept. 2003, n° 00-21.863, inédit ; Cass. com. 19 nov. 2003, n° 01-01.859, RTD civ. 2004, p. 86.
- obs. sous Cass com. 29 janv. 2002, n° 00-11.433, inédit ; Com. 6 mai 2002, n° 99-14.093, RTD civ. 2002, p. 810.
- obs. sous CA Paris, 25^e ch. A, 19 janv. 2001, RTD civ. 2001, p. 360.
- obs. sous CA Paris, 5^e ch. B, 26 mars 1999, Gaz. Pal. 1999, p. 31, note H. Vray, RTD civ. 2000, p. 114.

NOGUERO D., obs. sous Cass. civ. 1^e, 12 juin 2012, n° 11-18.277, (inédit), RD imm. 2012, p. 459.

PAISANT G., note sous Cass. com., 2 oct. 1984, JCP G 1985, I, 20433.

PICOD Y.,

- comm. sous Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, JCP G 1988, II, 21037.
- note sous CA Paris, 19 juin 1990, (Cts Tollemer c/de Bouillé), D. 1991, jurispr. p. 515.
- note sous CA Aix-en-Provence, 8^e ch. B, 5 nov. 1999, Gaz. Pal. 2001, n° 23, p. 40.
- note sous Cass. com., 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277, JCP G 1999, II, 10210.

PIMONT S., note sous Cass. civ. 1^e, 28 oct. 2010, n° 09-16913, RDC 2011, p. 531.

POMADE A., note sous Cass. com. 26 janv. 2010, LPA 7 juill. 2010, p. 15

REIFEGERSTE S., note sous Cass. civ. 2^e 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, LPA 17 oct. 2003, p. 16.

RENARD-PAYEN O., note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, JCP E 2004, p. 737.

RESPAUD J.-L., note sous Cass. com. 6 mai 2002, n° 99-14.093, Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 19.

ROCHFELD J.,

- obs. sous CEDH, 1^{re} sect. 29 janv. 2013, *Zolotas c/ Grèce*, n° 2, RDC 2013, p. 837.
- note sous Cass. com. 25 avr. 2006, n° 02-19577, RDC 2006, p. 1033.

SAVATIER R., obs. sous Cass. soc. 2 et 10 juill. 1953, D. 1954, jurispr. p. 74.

SAVAUX É., note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, RDC 2011, p. 34.

STOFFEL-MUNCK Ph.,

- obs. sous Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, Juris-Data n° 2002-014206, JCP G 2002, II, 10146.
- obs. sous Cass. civ. 3^e, 5 nov. 2003, Bull. civ. III, n° 189, RDC 2004, p. 637 ;
- note sous Cass. com., 10 juil. 2007, n° 06-14768, D. 2007, p. 2839.
- note sous Cass. civ. 1^e, 16 mars 2004, n° 01-15804, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, Comm. com. électr. 2004, comm. 119 ;
- note sous Cass. com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172, Juris-Data n° 2002-012712, D. 2002, p. 1974, n° 11.
- note sous Cass. civ. 1^e, 30 juin 2004, Bull. civ. I, n° 190, RDC 2005, p. 275.

SIFFREIN-BLANC C., obs. sous Cass. civ. 2e, 2 octobre 2008 (2 arrêts), LPA 30 janv. 2009, p. 13.

VINEY G., obs. sous Cass. civ. 2^e 19 juin 2003, (deux arrêts), n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, JCP 2004, I, 101.

VIRASSAMY G., note sous Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 338, JCP 1993, II, 22164.

WILLMANN C., note sous Cass soc., 15 déc. 1999, n° 98-41549, D. 2001, p. 507.

Index

(Les chiffres renvoient aux pages. Les chiffres marqués en caractères gras renvoient aux pages qui traitent du sujet de manière principale)

A

Abnégation, 164, 170, **187**, 208, 252, 290, 338, 491, 498.
Abus, 186, 187, 188, **255**, 291, 306, 307, 308, 335, 336, 337, 338, 413, 492, 498.
Adaptation du contrat, 343, 345, 346, 403, 404, 406, **409**, 490, 493.
Affectio contractus, 79, 120.
Affectio societatis, **76**, 81, 120, 193, 239, 240.
Altruisme, 19, 20, 21, 27, 28, 29, 47, 68, 73, 74, 81, **83**, 91, 92, 95, 106, 111, 115, 116, **121**, 129, 137, 140, 195, **199**, 242, 245, **247**, 282, 285, **288**, **333**, **383**, 395, 401, 403, 407, 408, 445, 500.
Altruiste, 20, 22, 44 s., 55, 86, 89, 95, 123, 145, 147, 149, 190, 199 s., 238, 245, 248 s., 254, 255, 284, 285, 288, 290, 326, 330, 331, 335 s., 371, 377, 382, 383, 385, 387, 391, 414, 470, 483, 485, 487 s, 495 s.
- Dynamique altruiste, 44, 46, 83, 96, 121.
Amitié, 69, 72, 76, 100, 137, 199, 401, 407, 440, 441.
Analyse économique du droit, 328, 331, 380, 383, 474, 475.
Autonomie de volonté, 38, 49, 63, 110, 148, 218, 281, 337, 339, 357, 410, 426, 427, 429, 431, 436.
Axiome, 130, 133, 135, 137, 144, 145, 497.

B

Bonne foi, 77, 105, 110, 125, 144, 145, **149**, **170**, 211, 214, 217, 220, 221, 228, 245, 246, 248, 253, 254, 255, 256, 258, 259, 266, 267, 269, 270, 272, 277, 278, 280, 291, 294, 306, 307, 310, 311, 313, 330, 337, 344, 345, 346, 347, 358 s., 371, 375, 377, 385 s., 393, 403 s., 414, 425, 436, 441, 442, 459, 484.
- Hypertrophie, **105**, 125, 145, 313, 377, 497.
- Fondement de, 107, 108, 168, 187, 295, 296, 361 s., 366, 376, 386.
- Évolution historique, **150**
- Qualification, **153**.
- Bonne foi- prise en compte, **167**.
- Bonne foi-honnêteté, 165, 170, 171
- Devoir de, 161, 171, 87, 97, 214, 221, 404
But commun, 70, 77, 81, 113, 114, 116, 118, 120, 121, 239, 285, 334, 375, 388, 389.

C

Changement de circonstances, V° Imprévision.
Collaboration, V° Coopération.
Communauté d'intérêts, 70, 79, **81**, 111, 122, 124, 239.
Compétitivité du droit français, 351.
Contrat
- Contrat de distribution, **360**.
- Contrat de travail, 184, 193, 196, 302, **360**.
- Contrat de remplacement V° Solution de remplacement.

- Contrat de représentation commerciale, **360**.
Coopération, 31, 43, 45, 51, 52, 76, 77, 79, 93, 108, 110, 111 s., 139, 163 s., **170, 171**, 190 s., 201, 202, 203, 206, 214, 221 s., 233, 234, 238, 239, 249, 252, 254, 284, 294, 306, 313, 332, 334, 361, 369, 388, 399, 402, 404.

Critère

- de justification, **190, 238, 284**, 371, 373, 375.
 - d'identification, **215**.

D

Délai de grâce, 107, 416, 417, **418**, 431, 434, 435, **437**, 488, 490, 493, 499.

Déontologie, 38, 47, 495.

Désintéressement, 83, 85, 87, 89, 90, **92**, 123, 487.

Devoir, 29, 63, 65, 68, 71, 106, 108, **126**, 139, **153**, 157, 166, 168, 172, 174 s., 189, 200 s., 219, 221, 222, 230, 233, 248, 249, 251, 266, 196, 297, 304, 310, **322**, 333, 335, 439, 480 s.

- de comportement, 139, 160, 188, 205.

- de ne pas contracter, 237.

- de ne pas rester indifférent au sort du cocontractant, 387.

- de prise en compte, 178, 197, 203, 265, 278, 281, 282, 283, 296, 297, 300, 395, 404, 490.

Difficulté

- étrangère au cocontractant, 341, **342**, 492, 498.

- inhérente au cocontractant, 341, **415**, 493, 499.

Dignité, 39, 40, 464, 467, 470, 476, **481**, 495.

Don, 84, 86, 87, 92, **93**.

E

Effacement de dettes, 432, 450, 451, 457, 458, **460**, 470, 475, 481.

Efficacité contractuelle, 32, 39, 42, 44, 47, 48, 152, **199**, 205, 209, 210, **245**, 253, 254, **286**, 288, 328, 337, 339, **378**, 414, **437**, 470, 488, 489, 490, 492, 493, 496, 498, 499.

Efficience, V^o Efficacité contractuelle.

Égalité, 60, 61, 99, 102, 103, 110, 128, 132, 141, 143, 144, 145, 173, 191, 210, 213, **221**, 238, 247, 248, 254, 271 s., 282, 283, 336, 338, 355, 357, 358, 363, 372, 408, 434, 463, 465, 488, 491, 492, 494, 497.

Équilibre contractuel, 40, 41, 166, 224, 241, 285, 392, 396, 405, 495.

Exécution du contrat, 24, 148, 152 s., 174, 176, 179, 190 s., 199 s., 215, 216, 224, 225, 226, 227, 246 s., 288, 294, 334, 341, 348, 352, 361, 365, 398, 399, 415 s., 488, 490, 492, 493, 498, 499.

F

Faculté judiciaire, **409**, 411, 418, **423**, 424, **453**.

Finalité, 44, **47**, 103, 147, **199**, **245**, **285**, **326**, **377**, **437**, **444**, **470**, 497, 498, 499.

- économique, 47, 199, 245, 286, 326, 378, 437.

- morale, 47, 199, 247, 288, 330, 383, 440, 475.

Fixation unilatérale

- des conditions de vente, **267**

- du prix, 261, **264**, 272, 273, 285, 286.

Force obligatoire, 49, 50, 142, 148, 159, 161, **339**, 376 s., **378**, **383**, 488, 489, 490, 492, 494, 498, 499, 500.

Fraternité, 19, 20, 21, 29, 46, 49, 50, 51, 53, **55**.

- Principe de, 147, 149, 158, 169, 170, 190, 195, 199, 211, 238, 239, 247, 249, 253, 255, 271, 283, 288, 289, 290, 321, 329, 330, 335, 336, 337, 338, 339, 408, 433, 434, 436, 439, 442, 446, 462, 463, 467, 468, 470, 482, 487, 488, 489, 490, 492, 494.

- Définition, **56**.

- Différence avec la solidarité, **56**.

- Problème de juridicité, **97**.

- Fondement de, **55**, **96**.

- Qualification juridique, **125**.

- Fraternité contractuelle, 108, 139, 202, 247, 340, 417.

G

Gratuité, 53, **84**, 85, 445.

H

Harmonisation, 142, 144, 145, 283, 293, 317, 321, 351, 402, 497.

I

Imprévision, 342, 370, 387, 442, 487, 489, 490, 493, 498, 499.

Intention libérale, 53, 85.

Intérêt

- altérité des, 43, 44, 45, 47, 73, 74, 76, 95, 124.
- général, 78, 326, 367, 387, 486.
- commun, 33, 42, 43, 44, 70, 76, 116, 147, 171, 172, 190, 191, 195, 202, 207, 238, 239, 275, 283, 284, 336, 338, 339, 371, 375, 377, 388, 389, 414, 476, 485, 487, 489, 490, 491, 492, 493, 495 s.
- du cocontractant, 19, 37, 124, 168, 171, 181, 192, 215, 224, 228, 250, 273, 338.
- égoïste, 33, 38, 44, 95, 124, 285, 337, 414, 485, 489, 495.
- propre, 42, 43, 78, 89, 121, 122, 123, 238, 253, 254, 284, 285, 337, 339, 381, 382, 446, 498, 487.

J

Jus fraternitatis, 76, 77, 79, 81, 239.

L

Liberté, 26, 28, 31, 38, 39, 40, 60, 61, 64, 99, 102, 128, 132, 141, 142, 143, 144, 145, 355, 357, 382, 405, 408, 430, 433, 434, 463, 488, 491, 494, 497 s.

- liberté contractuelle, 50, 110, 111, 141, 142, 143, 147, 148, 212, 266, 267, 269, 271, 339, 341, 350, 430, 431, 436, 491, 492, 494, 497 s.

Loyauté, 32, 36, 110, 111, 161, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 171, 182, 183, 193, 194, 201, 214, 216, 217, 220, 239, 248, 297, 340, 363, 365, 366, 367, 386.

M

Mesures de grâce, 341, 416, 488, 490, 493, 499.

Mitigation of damages, V^o Obligation de minimiser le dommage.

Morale, 19, 20, 24, 25, 28, 29, 32, 38, 41, 44, 47, 51, 56, 63, 65, 66, 68, 75, 86, 93, 96, 98, 100, 105, 106, 113, 122, 123, 127, 147, 149, 150, 163.

Moralité

- individuelle, 38, 164, 165, 216, 217, 219, 254, 333, 334, 491, 495
- relationnelle, 48, 149, 167, 170, 187, 207, 225, 238, 333, 337, 338 s., 476, 481, 483, 491 s., 498 s.

N

Norme comportementale, 22, 28, 38 s., 47, 51, 68, 72 s., 84 s., 97, 100, 105 s., 114, 124, 131, 138, 139, 145, 148, 149, 150, 215, 241, 250, 253 s., 257, 273 s., 291, 294, 303 s., 312, 316, 317, 330, 336, 337 s., 348, 357, 362 s., 364, 370, 382, 383, 387, 390, 396, 401, 406, 407, 408, 414, 415, 442, 469, 490 s., 496 s.

O

Objectif commun, V^o But commun.

Objet du contrat, 37, 124, 196, 198, 201, 412.

Obligation

- lien d'obligation, 463, 464.
- d'exécuter le plus utilement, 175, 205.
- d'information renforcée, 149, 174, 211, 253 s., 337, 491 s., 497.
- de conseil, 226, 232, 247.
- de faciliter l'exécution, 177, 363.
- de minimiser le dommage, 205, 255, 290, 335 s., 338, 492, 498.
- de mise en garde, 226, 229, 235, 237, 252.
- de modération, V^o Obligation de minimiser le dommage.
- de motivation, 272, 274, 283, 403, 424.
- de moyen, 322, 323, 336, 338, 402, 408, 414, 490, 492 s.
- de ne pas entraver la reconversion, 175, 184, 206, 207, 210, 269, 270.

- de renégociation, **344, 358, 401, 405, 408**, 489, 493, 499.
- de renseignement, 214, **226**, 244, 248.
- de résultat, 126, **402**, 403, 405, 407, 408, 414, 493.
- de vigilance, 168, **181**, 205, 248, 296.

Octroi de crédits, 264.

P

- Partenaire contractuel**, 19 s., 83, 123, 138, 139, 147, 149, 164, 168, 180, 182, 186, 194, 196, 199, 209, 213, 249, 250, 254, 259, 266, 273, 278, 324, 356, 371, 377, 384, 407, 414, 415, 453, 462, 495, 501.
- Patience**, 19, 208, 438, 443, **449, 453**, 455, 476, 488, 494.
- Pérennité du contrat**, 32, **351**, 378, 410.
- Pratique du remplacement**, V^o Solution de remplacement
- Préjudice**
- corporel, 295, 298, **299**, 318, 319, 326.
 - économique, **295**, 301, 315, 336.
- Prérogative contractuelle**, 148, 159, 162, 187, **255**, 335 s., 345, 483, 491 s., 497 s.
- Principe**
- démonstratif, **130**, 132, 133, 135, 137, 144, 145, 497.
 - général de droit, 130, 133, **134, 135**, 143, 158, 168, 301, 347.
 - finalisé, **406**, 436.
 - principe-source, **130**.
 - source, 4, 25, 26, 30, 71, 88, 110, 118, 128, 134, 135, 138, 156, 163, 258, 261, 289, 293, 327, 350, 357, 395, 396, 398, 413, 418, 427, 429, 451, 452, 474, 495
- Prise en compte de l'intérêt du cocontractant**
- fondement de la, **55**.
 - imposée, **437, 453**.
 - incitée, **449, 450**.
 - intensité de, **92, 170, 323, 400, 453**.
 - manifestations de la, **147**.
 - modalités de, **226, 236, 417, 449, 453**.
 - spontanée, **426, 444**.

- théorie pure de la, 20, 33, **36, 73**, 95 s., 144 s., **190, 238, 271, 314**, 337 s., **370, 433, 462**, 489 s., 491 s., 495 s.

Q

- Qualification**, 87, 109, 119, **125**, 150, **153**, 257, 260, 262, 266, **322**, 432, 433, 445, 451, 452, 453, 472, 473.

R

- Réduction de la dette**, 422, 435, 436.
- Relation à autrui**, 21, 32, 41, 275.
- Relationnel**, 21, 29, 36, 38, 39, 42, 48, **149**, 491, 497.
- Contrat relationnel, **24**.
 - Dimension relationnelle, 36, 38, 40, 41, 73.
 - Dynamique relationnelle, 39 s., **74**, 145, 496.
- Remise de dette**, 341, 416, 417, 418, **427, 444**, 449, 451, 456, 472, 473, 488, 490, 493.
- Renonciation partielle, **449**, 488.
- Renonciation** V^o Remise de dette.
- Responsabilité contractuelle**, 301, 304, 314, 320, 394, **405**, 408.
- Révision du contrat**, 161, **342, 400**, 435, 443, 489.
- Rôle du juge**, 126, 139, 353, 401, **407**, 414.
- Rupture unilatérale du contrat**, **269**.

S

- Sacrifice**, 74, 79, 80, 83, 87, **89**, 96, 121, 123, 145, 170, 188, 198, 208, 211, 252, 253 s., 290, 324, 325, 341, 375, 397, 402, **404**, 414, 443, 448, 453, **455**, 458, 484, 486, 488, 494, 496.
- Sécurité contractuelle**, 152, 161, 355, 391.
- Sentiment**, 46, 69, 72, 81, 87, 88, 91, 96 s., 145, 408, 441, 483.
- Solidarisme contractuel**, 31, 37, 45, 55, 70, 78, 105, 106, **109**, 144, 145, 289, 334, 335, 388, 497.
- Solidarité**, 19s., 55, 56, **57, 66, 68**, 72, 73, 81, 84, 95 s., 105 s., 109, **111**, 125, 129, 134, 136, 140, 145, 163, 164, 173, 194, 202, 203, 234,

249, 252, 289, 329, 330, 334, 340, 356, 369,
378, 383, **384**, **387**, 395, 396, 399, 400, 407,
408, 436, 439, 440, 442, 446, 458, 467, 468,
469, 470 s., **485**, 489, 491 s., 496 s.

Solution de remplacement, 270, 297, 298, 304,
308, 324, 328.

Spontanéité, 91, 93.

Surendettement, 107, 341, 416, 422, 425, 431,
432, 433, 438, 439, 442, 445, **446**, 488, 489,
490, 493, 499.

Suspension de l'exécution, **420**.

T

Théorie classique des obligations et contrats,
20 s., **30**, 138, **140**, 144, 146, 147, 271, 337,
351, **353**, 433, 434, 436, 451, 462, **463**, 470,
487, 488, 491, 494, 495, 497, 499.

Tolérance, 72, 129, 174, 178, 416, 417, 444,
451, 466.

U

Union des intérêts, 115, **116**, 125, 145, 497.

Utilité économique, 44, 116, 140, 210, **326**,
330, 332, 338, 381, 491, 498.

V

Valeurs, 21 s., 66, 73, 91, 110, 131, 132, 140 s.,
147, 163 s., 208, 210, 212, 215 s., 221 s., 253,
303, 337, 340, 357, 372, 378, 383, 387, 408,
466, 468, 470, 484, 487, 489, 495, 500.

Volonté des parties, 156, 363, 371, 372, 394,
451.

Volonté implicite, **371**, 377.



Résumé :

La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, ayant une particularité conceptuelle suffisante, n'agit pas au service principal de l'intérêt égoïste ou de l'intérêt commun. Dynamique relationnelle, altruisme, et altérité de base des intérêts, en caractérisent donc une théorie pure. Quant à sa réalité théorique en droit contractuel, elle est fondée sur un principe de fraternité. Il constitue d'abord son support conceptuel, à l'exclusion de la solidarité dont il se distingue, son contenu correspondant à la triple dynamique délimitant la théorie pure de la notion. Il est ensuite son fondement réel, permettant de dépasser les limites de ses fondements concurrents – la bonne foi ou le solidarisme contractuel –, et le principe-axiome rendant compte de celle-ci. Quant à sa réalité matérielle le constat est qu'une partie de l'évolution de la théorie classique des obligations et contrats se matérialise par telle prise en compte. Cette dernière se manifeste d'une part, comme tempérament au principe de liberté contractuelle, tantôt comme norme positive de comportement – dans la bonne foi relationnelle, et l'obligation d'information renforcée –, tantôt comme limite à une prérogative contractuelle – dans le contrôle de l'abus et potentiellement, l'obligation de minimiser le dommage. Elle se manifeste d'autre part, comme aménagement du principe de la force obligatoire, opérant lors de la survenance d'une difficulté d'exécution étrangère au partenaire – dans l'obligation de renégociation du contrat, et potentiellement la théorie de l'imprévision –, ou d'une difficulté inhérente à celui-ci – dans les mesures de grâce, et la législation d'aménagement du surendettement des particuliers.

Descripteurs :

Intérêt du cocontractant – Prise en compte – Intérêt égoïste – Intérêt commun – Dynamique relationnelle – altruisme – altérité des intérêts – Contrat – Droit contractuel – Principe de fraternité – Solidarité – Bonne foi – Solidarisme contractuel – Axiome – Théorie classique des obligations et contrats – Évolution – Liberté contractuelle – Norme positive de comportement – Bonne foi relationnelle – Obligation d'information renforcée – Prérogative contractuelle – Abus – Obligation de minimiser le dommage – Force obligatoire du contrat – Difficulté étrangère au cocontractant – Obligation de renégociation – Imprévision – Difficulté inhérente au cocontractant – Mesures de grâce – Législation d'aménagement du surendettement des particuliers.

Title and Abstract : The taking into consideration of the other party's interest.

A sufficient particular concept of "taking into consideration the other party's interest" cannot intervene principally at the service of the selfish or common interest. Its pure theory is therefore characterized by "relational dynamism", altruism and a basic distinction between interests. Concerning its theoretical reality in contractual law, it is based on a fraternity principle. Such principle constitutes firstly its conceptual support, to the exclusion of solidarity from which it is distinguished, since its content corresponds to the triple dynamic that characterizes the notion's pure theory. Secondly, it constitutes its real basis, since it allows overcoming the limits of its concurrent basis – the good faith and the contractual solidarism – and is the principal-axiom where it finds its source. As to its material reality, a part of the evolution of the classical theory of obligations and contracts is materialized by such taking into consideration. It is manifested on the one hand as a temperament to the contractual freedom principle, sometimes as a positive standard of behavior – in the relational good faith and the reinforced obligation of information – and sometimes as a limit to a contractual prerogative – in the control of abuse and potentially the obligation to mitigate damages. It is manifested on the other hand, as an adjustment of the binding effect principle, when occurs a difficulty of execution that is exterior to the other party – in the duty to renegotiate the contract and potentially the "unforeseeability" theory –, or inherent to this party – in the grace measures and the legislation on the adjustment of private individuals excessive indebtedness.

Keywords :

Other party's interest – Taking into consideration – Selfish interest – Common interest – Relational dynamism – Altruism – Interests distinction – Contract – Contractual law – Fraternity principle – Solidarity – Good faith – Contractual solidarism – Axiom – Classical theory of obligations and contracts – Evolution – Contractual freedom – Positive standard of behavior – Relational good faith – Reinforced obligation of information – Contractual prerogative – Abuse – Duty to mitigate damages – Binding effect of contract – Difficulty exterior to the other party – Renegotiation obligation – Unforeseeability – Difficulty inherent to the other party – Grace measures – Legislation on the adjustment of private individuals excessive indebtedness.