

Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?

Jean Pascal Chazal

▶ **To cite this version:**

Jean Pascal Chazal. Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?. Colloque "La nouvelle crise du contrat", May 2001, Lille, France. pp.99. hal-01053544

HAL Id: hal-01053544

https://sciencespo.hal.science/hal-01053544

Submitted on 31 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES NOUVEAUX DEVOIRS DES CONTRACTANTS :

EST-ON ALLE TROP LOIN ?

Jean-Pascal CHAZAL
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

« *Le raisonnement a d'autant plus de prise sur l'intelligence qu'il est simple et ainsi notre esprit tend à fausser la réalité, à lui donner une uniformité qu'elle n'a pas, comme un rayon de lumière coloré prête faussement une teinte identique aux objets qu'il vient frapper.* » Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique, 1911, p.42.

Evolution. Au XXème siècle, le droit des obligations a connu une évolution apparemment contradictoire. Ainsi, Henri Mazeaud a fait état de « *l'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile* »[1], tandis que Louis Josserand diagnostiquait, à la même époque, un « *accroissement du dynamisme contractuel* »[2] se traduisant par un essor quantitatif (multiplication et diversification des contrats) et qualitatif (amplification du contenu obligatoire des contrats) du concept contractuel[3]. Pour le second, « *le mouvement est incontestable qui porte la jurisprudence à transposer la situation obligatoire des intéressés, à faire passer les obligations du délictuel dans le contractuel* »[4]. En revanche, pour le premier, c'est le recours incessant à l'article 1382 c.civ. qui est préoccupant ; si on n'y prend garde, tout le droit est en passe de devenir de la responsabilité civile.

A la réflexion, ces deux constats sont moins contraires que complémentaires. Ils reflètent deux faces d'une même réalité, traduisent deux dimensions d'un même phénomène[5]. En effet, la logique de la responsabilité civile a envahi le champ contractuel, de sorte qu'une partie de

[1] D.H. 1935, Chron. 5.
[2] *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD.civ. 1937, 1, et not. p.12.
[3] *L'essor moderne du concept contractuel*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1934, T.II, p.340.
[4] Op. cit., p.345.
[5] Jourdain, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6ème journées R. Savatier, PUF. 1997, p.73 et s.

l'essor moderne du contrat est dû à son absorption par celle-ci[6]. Ce que certains considèrent être une véritable gangrène rongeant le contrat a commencé lorsque la sécurité des personnes a été assurée, dans certains cas, par le biais d'une obligation contractuelle. Cette idée, refoulée à la fin du XIXème siècle à propos du contrat de travail[7], a fini par s'imposer de manière remarquable, au début du XXème siècle, dans le contrat de transport[8]. Alors que les parties n'ont rien stipulé s'agissant de la sécurité des voyageurs, le juge découvre à la charge du voiturier une obligation contractuelle le rendant responsable des dommages causés au voyageurs en cours de transport. La logique contractuelle, qui tend à obtenir l'exécution, serait dévoyée au profit de la logique de la responsabilité civile qui privilégie la réparation des préjudices. Cette évolution s'est, par la suite, accentué avec la contractualisation de la responsabilité des médecins à l'égard de leurs patients[9].

Prolifération et mutation. Depuis, la jurisprudence n'a cessé d'enrichir le contenu des contrats. La doctrine s'échine à dénombrer ces « nouveaux »[10] devoirs contractuels d'origine judiciaire. Outre l'obligation de sécurité, il est possible de citer l'obligation d'information, de conseil, d'adaptation, de reclassement, le devoir de loyauté, de bonne foi, de coopération, de renégociation, etc. Dans ce foisonnement, le législateur n'est pas resté inactif, même s'il n'a guère fait preuve d'originalité quant aux types de devoirs (notamment informatifs) imposés aux parties contractantes. Sans prétendre à l'exhaustivité, on songe aux informations dues à la caution et au consommateur, à l'obligation de loyauté dans le contrat d'agent commercial. C'est devenu un lieu commun, après les travaux de Josserand sur « *le contrat dirigé* »[11], de souligner le dirigisme et l'interventionnisme des pouvoirs publics dans le domaine contractuel. Peu à peu, le contrat a partiellement échappé à la maîtrise des parties contractantes et d'aucuns ont évoqué l'existence d'une crise du contrat[12]. Il y a, sous-jacente à cette rhétorique de la crise ou du déclin, la défense d'une conception particulière, voire partisane. Quand Josserand évoque le « *forçage du contenu contractuel* »[13], il renvoie implicitement à une vision volontariste et individualiste du contrat : « *de plus en plus, les pouvoirs publics interviennent dans la naissance, dans la vie et dans la mort du contrat, tandis qu'à l'inverse le rôle joué par les volontés des parties devient de plus en plus secondaire et effacé ; par un paradoxe singulier,* le contrat devient de moins en moins contractuel *; en lui, le côté social tend à prédominer sur le tempérament individuel (...)* »[14]. La prolifération des obligations ou devoirs contractuels a donc été à l'origine d'une mutation conceptuelle. Plus exactement, c'est d'une révolution, d'un retour aux sources qu'il s'agit.

---

[6] Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD.civ. 1997, 323 ; Le Tourneau et Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2000/2001, n°802 et s.

[7] Civ. 16 juin 1896 D. 1897, 1, 433 concl. Sarrut et note Saleilles ; S. 1897, 1, 17 note A. Esmein.

[8] Civ. 21 novembre 1911, 27 janvier et 21 avril 1913 DP. 1913, 1, 249 concl. et note Sarrut ; S. 1912, 1, 73 note Lyon-Caen.

[9] Civ. 20 mai 1936 DP. 1936, 1, 88 concl. Matter, rapp. Josserand et note E.P., S. 1937, 1, 321 note Breton.

[10] Ces devoirs ne sont probablement pas si nouveaux que cela. Les notions d'équité et de bonne foi ont joué un rôle fondamental dans le droit romain des contrat et sous l'ancien droit. Puis, la doctrine française, dans sa majorité, les a occultés pendant le XIXè et la plus grande partie du XXè siècle. C'est ce qui leur donne un faux air de nouveauté.

[11] D.H. 1933, Chron. 89. Voir aussi Morel, *Les contrats imposés*, in *Le droit privé français au milieu du XXè siècle*, études offertes à G. Ripert, 1954, T.II, p.116.

[12] Batiffol, *La crise du contrat*, APD. 1968, p.13.

[13] Art. préc., in Mélanges Gény, T.II, p.340.

[14] *Les dernières étapes du dirigisme contractuel* : *Le* contrat forcé *et le* contrat légal, DH. 1940, Chron. 5. La pensée de Josserand est nuancée. Il parle de « *forçage du contenu contractuel* » à propos de l'obligation de sécurité, car il critique cette jurisprudence hypocrite et artificielle (note sous Req. 1er août 1929, DP. 1930, 1, 25 ; *L'essor moderne* ..., art. préc.). En revanche, il utilise les expressions d'enrichissement du contenu obligatoire, de dynamisme contractuel et de regain de vitalité pour approuver les obligations découvertes par le juge en application de l'art. 1135 c. civ.

Fondements et révolution. On ne peut parler de crise du contrat que par référence à la conception que l'on s'en fait. Pour Planiol, « *le consentement des parties, c'est à dire l'accord des volontés, est l'élément essentiel de tout contrat* »[15]. Suivant cette optique, toute obligation, qui ne prend pas sa source dans la volonté commune des parties, constitue « *un procédé de forçage qui est la négation même de la règle de l'autonomie de la volonté contractuelle : les contractants ne sont plus maîtres chez eux* »[16]. Que la source en soit légale ou jurisprudentielle, la notion de contrat est dénaturée. Il est révélateur que la découverte prétorienne d'une obligation de sécurité à la charge du transporteur a suscité un débat relatif à l'interprétation de la volonté des contractants. Pour Josserand, « *il y a quelque invraisemblance, nous serions tenté de dire quelque hypocrisie, à prêter au transporteur la volonté de répondre indéfiniment des faits et gestes du voyageur* »[17]. Au contraire, selon Louis Sarrut, « *le voiturier n'a pu supposer qu'il devait moins de soins à un être humain qu'à une marchandise, que celle-ci devrait être livrée intacte, mais qu'il pourrait livrer la personne mutilée, en morceaux, substituer un cadavre à un être vivant* »[18]. Pour opposées qu'elles soient, c'est deux opinions ont pour point commun une conception volontariste du contrat. C'est pourquoi, au-delà du débat sur l'obligation de sécurité du voiturier et au fur et à mesure de l'accentuation du phénomène d'enrichissement du contenu obligatoire des conventions, la doctrine a stigmatisé le recours à une « *interprétation divinatoire* »[19] de la volonté des parties. La critique est indubitablement excessive, car le fondement de ces créations prétoriennes se trouve dans l'article 1135 c.civ.[20]. Plus généralement, les « nouveaux » devoirs des contractants ne constituent une anomalie qu'à l'aune de la conception volontariste du contrat. Or, d'autres conceptions sont plus accueillantes. Par exemple, le solidarisme contractuel s'accommode parfaitement de l'obligation d'information[21], du devoir de loyauté[22], et plus généralement tous les devoirs qui s'expliquent par l'existence de relations contractuelles inégalitaires[23].

Le concept contractuel ne connaît pas de crise de croissance, comme le pensait Josserand[24]. Il s'agit davantage d'une évolution cyclique, d'une révolution. A l'échelle des siècles, la conception purement volontariste du contrat a connu un règne dont la brièveté n'a d'égal que la pauvreté de sa substance philosophique. Jamais les auteurs du Code de 1804 n'ont conçu les conventions comme l'instrument d'un individualisme exacerbé. Contrairement à ce qui a pu être affirmé en doctrine[25], l'article 1134 al. ne contient nullement en ses flancs le dogme de l'autonomie de la volonté. Les articles 1134 et 1135 du Code civil ont été directement inspirés par l'œuvre de Domat. Or celui-ci n'était pas le chantre d'une liberté contractuelle absolue : « *La règle générale qu'on peut faire toutes sortes de conventions est bornée par la*

---

[15] Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, T.2, n°983.
[16] Josserand, *Le contrat dirigé*, DH. 1933, 89 et spéc. p.91.
[17] Note sous Req. 1er août 1912, préc.
[18] Concl. précédant Civ. 27 janvier 1913, préc.
[19] L'expression se trouve déjà chez Josserand (*Le contrat dirigé*, DH. 1933, 90).
[20] Flour, Aubert et Savaux, *Les obligations*, 1, *L'acte juridique*, A. Colin, 9ème éd. 2000, n°399 ; Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz 7ème éd. 1999, n°429.
[21] De Juglart, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, RTD.civ. 1945, 1.
[22] Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ. 1989, n°11.
[23] Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Etudes offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ. 2001, p. 441 et spéc. p.460 et s.
[24] *L'essor moderne …*, art. préc., p.346.
[25] H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T.II, Vol. 1er, *Obligations*, 9ème éd. par F. Chabas, 1998, n°721 : « *La règle de l'article 1134 C. civ. est la conséquence de l'autonomie de la volonté : la volonté est toute puissante ; elle engage l'individu à l'égal de la loi ; ni le législateur, ni le juge ne sauraient délier les contractants* ».

règle qui défend celles qui blessent l'équité et les bonnes mœurs »[26]. Portalis partageait cette pensée : « *il est des règles de justice qui sont antérieures aux contrats même, et desquelles les contrats tirent leur principale force. Les idées du juste et de l'injuste ne sont pas l'unique résultat des conventions humaines; elles ont précédé ces conventions, et elles doivent en diriger les pactes. De là les jurisconsultes romains, et après eux toutes les nations policées, ont fondé la législation civile des contrats sur les règles immuables de l'équité naturelle* »[27]. Cette équité naturelle, que l'on retrouve à l'article 1135 c.civ., est donc un fondement pertinent pour justifier l'enrichissement du contenu obligatoire des contrats.

Confusions et sémantique. Toutes les difficultés n'en sont pas pour autant anéanties. Il faut aborder un ardu débat terminologique. Jusqu'ici, les termes obligation et devoir ont été utilisés, dans cette étude, comme s'ils étaient synonymes. Il est, par exemple, courant d'employer indifféremment les expressions d'obligation d'information ou de devoir d'information, d'obligation de bonne foi ou de devoir de bonne foi. Pourtant, cette synonymie, qui est attestée chez les meilleurs auteurs[28], est contestée. Il faut avouer que l'exposé doctrinal ne brille pas par sa clarté. Conformément à une tradition romaniste allemande, M. Carbonnier enseigne que « *le verbe devoir est cœur de la notion* » d'obligation, tout en reconnaissant que ce verbe « *est plus facilement senti que défini* »[29]. L'obligation serait composée de la *schuld* (*debitum*, le devoir bilatéral) et de la *haftung* (*obligatio*, contrainte)[30]. D'où la conclusion de M. Carbonnier : « *pour être, au sens technique, une obligation, il faut que le devoir soit un lien de droit, ce qui implique la sanction étatique, et qu'il lie spécialement une personne à une autre, ce qui postule l'existence d'un créancier déterminé* ». L'obligation naturelle étant dépourvue de sanction étatique, elle ne serait qu'un « *devoir qui s'efforce de devenir obligation* »[31]. La notion d'obligation engloberait donc celle de devoir, lequel devoir ne serait qu'une composante de l'obligation.

Mais, cette opinion ne fait pas l'unanimité en doctrine et d'autres critères de distinction ont été proposés. Un premier critère est d'ordre qualitatif : la notion d'obligation serait plus précise et juridique que celle de devoir, qui ressortirait à la morale[32]. Ce critère, qui est arbitraire, n'est pas sans connotation péjorative à l'endroit du devoir : « *Faut-il d'ailleurs parler d'*« obligation » *de loyauté, là où ne semble exister plus vaguement qu'un devoir ?* »[33]. Un deuxième critère de distinction a été recherché en direction des sources du droit. Le devoir serait alors une règle de conduite d'origine légale. Au contraire, l'obligation trouve indifféremment sa cause efficiente dans le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit ou la loi. Mais, comment distinguer les obligations légales des devoirs ? En outre, faut-il qualifier les créations prétoriennes qui alourdissent la charge obligatoire du contrat d'obligation ou de devoir ? Que leur source soit légale ou judiciaire, leur nature est néanmoins contractuelle puisqu'elles ont pour effet de créer une dette et une créance supplémentaire en s'incarnant

[26] *Les loix civiles dans leur ordre naturel,* Liv; prél., I, I, §VII. De même, Portalis (Disc. Prél., Locré, T.I, p.302) borne la liberté contractuelle par la justice. Voir : chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 al.1er du Code civil*, RTD.civ. 2001, 265.
[27] Locré, T.14, 164.
[28] Cornu, *Vocabulaire juridique*, dir. Cornu, PUF. 8ème éd. 2000, V° *Devoir*, 1er sens. Voir aussi Pothier (*Traité des obligations*, n°1) qui estime que *lato sensu* obligation est synonyme de devoir.
[29] Carbonnier, *Droit civil*, T.4, *Les obligations*, PUF Thémis 22ème éd. 2000, n°7.
[30] Cornil, *Debitum et obligatio, recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine*, in Mélanges Girard, , 1912, T.I, p.199. Le *debitum* désigne « *ce rapport bilatéral de personne à personne, qui implique* l'habere debere *du créancier et le* praestare debere *du débiteur* » (p.200).
[31] Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 4ème éd. 1949, n°186.
[32] Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ. 1992, n°6.
[33] Aynès, *L'obligation de loyauté*, APD. 2000, T.44, p.198.

dans le lien obligatoire existant entre les parties contractantes. A l'instar de la « clause légale », la « clause judiciaire », entendons l'obligation créée par le juge et imposée à un contractant, s'incorpore au contrat, se métamorphose en stipulation contractuelle[34]. Enfin, un troisième critère réside dans le caractère absolu et général du devoir, par opposition à la relativité et la particularité de l'obligation (lien de droit entre une créancier et un débiteur). Mais, parfois le devoir et l'obligation sont étroitement mêlés. Il en est ainsi s'agissant de la sécurité du voyageur. On connaît l'identité du bénéficiaire et de l'assujetti. On aurait donc tendance à parler d'obligation de sécurité. Mais, à la réflexion n'est-ce pas plutôt un devoir, la sécurité relevant du principe général qui interdit de blesser autrui ? Le même raisonnement peut être appliqué à la loyauté et la bonne foi. S'agit-il de devoirs absolus et généraux auxquels toute personne est soumise, qu'elle soit ou non dans les liens d'un contrat ? Ou alors, est-ce une obligation informée, configurée, par les stipulations de la convention dans laquelle elle s'insère ?

Définitions. La distinction entre le devoir et l'obligation réside peut-être dans la synthèse des ces critères. Celle-ci aurait pour objet une prestation économique au bénéfice d'une personne déterminée, le créancier[35] ; l'identité de celui-ci pouvant être indéterminée au jour de la naissance du lien obligatoire[36]. Elle a donc pour unique objet un *dare*, un *praestare* ou un *facere*, trinôme que l'on retrouve, quelque peu mutilé il est vrai, aux articles 1136 et s. du Code civil. Celui-là serait extérieur à l'obligation (afin d'éviter la confusion avec celle-ci en prenant une partie pour le tout) et désignerait l'effet sur les individus des normes générales et abstraites qu'ils sont tenus de respecter sous peine de sanctions. Ces dernières relèveraient de la responsabilité civile ou pénale, tandis que l'inexécution des obligations ressortirait au régime du contrat. Cette présentation de la distinction est très proche de la manière dont Roubier la concevait[37]. A la différence de l'obligation, qui se caractérise par une face active (la créance) et une face passive (la dette), « *le devoir juridique ne peut-être compté au passif du patrimoine de celui qui en est tenu* »[38]. Ce n'est qu'une éventualité abstraite : « *dans tout devoir juridique, on reconnaîtra ainsi le principe possible d'une dette, qui n'existe auparavant qu'à l'état d'éventualité* ». Par exemple, l'article 1382 c.civ. traduit le devoir juridique de ne pas causer un dommage injuste à autrui ; ce n'est pas une obligation tant qu'un dommage n'est point survenu. Ces définitions contiennent évidemment une part d'artifice et d'arbitraire. Elles n'ont pas toujours étaient admises en doctrine. Il suffit de citer la définition de la faute selon Planiol : « *la faute est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui* »[39]. Il n'est pas non plus évident que la distinction de l'obligation et du devoir propage plus de lumière que d'ombre dans cette matière passablement obscure, du moins lorsqu'on en radicalise la portée.

Pourtant, une partie de la doctrine, qui conteste la nature d'obligation conférée à certains devoirs, comme ceux de loyauté ou de bonne foi, s'appuie sur cette distinction afin de dénier à la responsabilité contractuelle compétence pour sanctionner leur violation[40]. L'opposition

---

[34] Revet, *La clause légale*, in Mélanges M. Cabrillac, Dalloz. Litec. 1999, p.277. Voir aussi sur la question de la qualification des obligations d'origine légale ou jurisprudentielle imposées aux contractants et des divergences d'opinions à leur propos : Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ. 2ème éd., n°186, et les auteurs cités.

[35] Voir R. Sacco, *A la recherche de l'origine de l'obligation*, APD. 2000, T.44, p.33, qui est très proche de cette définition, tout en continuant à définir l'obligation par le devoir.

[36] Demogue, *Traité des obligations en général*, T.I 1923, n°6.

[37] *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, APD. 1957, p.2 et s.

[38] Op. cit., p.42.

[39] *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 1900, n°901.

[40] Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, LGDJ. 2000, n°148 et s. ; Viney, op. cit., n°168, p.284. ; Le Tourneau et Cadiet, op. cit., n°3021 et 3040.

serait donc claire entre les obligations contractuelles et les devoirs sociaux, et l'expression « *devoirs contractuels* » recèlerait une contradiction dans les termes. Cependant, les partisans de cette thèse ne sont pas d'accord sur la liste des devoirs à bannir du domaine de la responsabilité contractuelle. Pour les uns, il n'y aurait qu'un devoir extra-contractuel d'information ou de conseil[41], tandis que d'autres lui reconnaissent la qualification d'obligation contractuelle[42]. Cet exemple montre que la distinction, séduisante en théorie, ne doit pas être exagérée quant aux effets qu'on lui prête. Si l'on admet que l'obligation, qui a pour objet une prestation économique, se distingue du devoir, qui impose une norme de comportement, en revanche, il est artificiel de les opposer en les soumettant à des régimes différents. Par l'expression devoirs contractuels, nous désignerons donc, dans le présent travail, indistinctement les devoirs et les obligations imposés aux contractants indépendamment de leur volonté.

Problèmes. C'est à l'aune de cette présentation qu'il faut poser la question de savoir si l'on est allé trop loin dans la création de devoirs contractuels. En effet, l'enrichissement du contenu obligatoire du contrat n'est pas juridiquement élégant s'il consiste à faire entrer de force dans le champ contractuel des devoirs sociaux qui devraient être régis par le droit de la responsabilité extra-contractuelle. Le droit des obligations ne gagnerait rien à admettre ces boursouflures pathologiques du concept de contrat. Là réside le premier écueil sur lequel le contrat risque de s'échouer : l'hypertrophie contractuelle (I). Mais ce n'est pas tout. Le débat sur l'excès dans la création de nouveaux devoirs contractuels se situe également sur un autre plan : celui de la légitimité du phénomène. La critique ne porte plus sur la nature contractuelle ou délictuelle des nouveaux devoirs , mais sur l'opportunité de leur existence. Certes, tous les devoirs contractuels ne sont pas sur la sellette ; seuls sont visés ceux qui tendent à inoculer davantage de justice et d'équité dans les relations conventionnelles. C'est principalement l'activité prétorienne initiée depuis le début des années 1990 qui est ici en cause. Le juge démiurge s'octroie le pouvoir de refaire les conventions en imposant aux parties des obligations auxquelles elles n'avaient pas même songé au moment de la conclusion du contrat. En refusant d'être l'esclave des stipulations contractuelles, le juge cède à la tentation de faire régner entre contractants la justice. Ne sommes-nous pas allés trop loin dans la création de nouveaux devoirs contractuels, tels que la bonne foi, la loyauté, la coopération, la renégociation etc. ? Loyauté, Solidarité, Fraternité, est-elle la nouvelle devise contractuelle[43] qui se substituerait à la trilogie Volonté, Intangibilité, Sécurité ? Dans l'affirmative, n'est-ce pas la traduction du rêve puéril de l'avènement d'un « *monde contractuel meilleur* »[44] ? Force est donc de se demander si la jurisprudence et une partie de la doctrine n'ont pas cédé au chant des sirènes qui attire le droit, menacé de naufrage, sur l'écueil de l'utopie contractuelle (II).

I – L'ECUEIL DE L'HYPERTROPHIE CONTRACTUELLE

[41] Viney, loc. cit.
[42] Stoffel-Munck, op. cit., n°84; Le Tourneau et Cadiet, op. cit., n°3027.
[43] D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit*, Mélanges Terré, Dalloz. PUF. Juris-Class., 1999, p.603.
[44] Terré, Simler et Lequette, op. cit., n°40.

Le problème de la qualification des « *devoirs contractuels* » revient à s'interroger sur la pertinence et l'opportunité de les intégrer dans le champ contractuel. Ces devoirs ou obligations, qui n'ont pas été voulus par les parties contractantes, mais qu'on leur impose au moment de l'exécution, sont-ils à leur place dans le monde contractuel ? La réponse n'est pas simple, car encore faudrait-il que la distinction entre les deux responsabilités soit nette. Il semble que si un excès de contractualisation peut être dénoncé (A), en revanche, il existe parallèlement une contractualisation insuffisante de certains devoirs (B) et une contractualisation légitime (C).

A – UNE CONTRACTUALISATION EXCESSIVE

L'obligation de sécurité constitue probablement un excès de contractualisation[45]. A l'origine, cette création doit beaucoup à l'influence décisive du procureur général Louis Sarrut et à l'opinion doctrinale d'Adhémar Esmein et Charles Lyon-Caen[46]. Curieusement, la Cour de cassation l'a consacrée alors que, selon un auteur, cette théorie était « *quasiment abandonnée au cimetière des « vieilles lunes » par la doctrine française* »[47]. Il est vrai que l'obligation contractuelle de sécurité avait perdu la bataille des accidents du travail avec l'arrêt Teffaine. Surtout, la responsabilité civile fondée sur la théorie du risque séduisait davantage, peut-être par sa nouveauté et les choix philosophiques et politiques qu'elle impliquait[48]. Mais, la responsabilité civile objective n'étant pas suffisamment mûre dans les esprits de l'époque, le régime contractuel parut plus protecteur des voyageurs victimes d'un accident de trajet, le voiturier ne pouvant s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère. En outre, le régime du transport des personnes et des choses (art. 1784 c.civ.) parvenait à une harmonisation simplificatrice.

Pourtant, l'analyse aurait mérité d'être affinée. Fallait-il traiter de la même façon l'accident survenu à un passager au cours du transport, comme c'était le cas dans l'affaire Zbidi Hamida ben Mahmoud[49], et l'accident du moyen de locomotion lui-même mettant prématurément fin au voyage, comme c'était le cas dans les affaires Mestelan et Donat[50] ? Si dans le second cas, l'exécution du contrat de transport paraît en cause, la réponse n'est point évidente pour le premier cas dans la mesure où l'accident semble être indépendant de l'opération de transport *stricto sensu*. Le dommage aurait pu survenir dans n'importe quelle autre condition, le transport n'étant que l'occasion, et non la cause, de celui-ci. Ainsi, la contractualisation de l'obligation de sécurité est indéniablement artificielle lorsque le lien entre l'accident et le

[45] Voir C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM. 2002.
[46] Voir note et concl. Sarrut au DP. 1913, 1, 249 ; la note de A. Esmein au S. 1900, 2, 57 ; et les notes de Ch. Lyon-Caen au S. 1884, 1, 129 ; 1912, 1, 73 et 1913, 1, 177
[47] J-L. Halpérin, *La naissance de l'obligation de sécurité*, GP. 1997, 2, 1191. Voir toutefois l'approbation de Demogue, *Traité des obligations en général*, T.V 1925, n°1237, p.541, Lalou, *La responsabilité civile*, Dalloz 2ème éd. 1932, n°452, Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz 7ème éd. 1932, T.II, 650, et H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3ème éd. 1938, T.I, n°154 et s. ; et le ralliement tardif de Josserand, rapport sous Cic. 30 mai 1936, DP. 1936, 1, 91.
[48] Voir la note de Josserand sous Req. 1er août 1929, DP. 1930, 1, 25 ; Josserand, *De la responsabilité des choses inanimées*, 1897, 103.
[49] Civ. 21 novembre 1911, précité. En l'espèce, le voyageur avait été blessé au pied par la chute d'un tonneau mal arrimé.
[50] Civ. 27 janvier et 21 avril 1913, précité. La première espèce concernant un tamponnement, l'autre un déraillement de trains.

contrat n'est qu'accidentel. Pour cette raison elle est très critiquée par la doctrine. Deux séries arguments sont avancées.

En premier lieu, des considérations pragmatiques plaident en faveur d'une décontractualisation de l'obligation de sécurité. Tout d'abord, la rupture de l'égalité entre les victimes placées dans des situations de fait identiques est inadmissible car injuste. Lorsqu'une chose cause un dommage corporel, celui-ci sera souvent plus facilement indemnisé s'il n'existe pas de contrat entre le gardien de cette chose et la victime[51]. Ensuite, la jurisprudence[52] et la loi[53] tendent à transcender la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle pour assurer la sécurité des personnes[54], même si cette évolution ne va pas encore jusqu'à supprimer la distinction et les différences de régime qui en découlent. Enfin et surtout, la nature contractuelle de l'obligation de sécurité est source d'injustices lorsque la jurisprudence la qualifie, selon des critères flous et discutables, d'obligation de moyens, faisant ainsi peser le lourd fardeau de la preuve de la faute sur la victime alors que souvent elle aurait pu bénéficier de la responsabilité de plein droit du fait des choses (art. 1384 al. c.civ.)[55]. En raison de l'extension de l'obligation de sécurité à une multitude de contrats spéciaux, cette édulcoration de son régime jure avec l'objectif initial de ses promoteurs, à savoir l'amélioration du sort des victimes par la suppression de la condition de preuve d'une faute pour obtenir l'indemnisation des préjudices subis.

En second lieu, la contractualisation de l'obligation de sécurité se heurte à des arguments d'ordre dogmatique. Certains enseignent que la sécurité des personnes relève naturellement du domaine délictuel[56]. Le domaine du contrat serait réduit aux prestations économiques, les dommages corporels étant définitivement de la compétence des articles 1382 et s. du Code civil. Prolongeant cette idée, mais en la menant beaucoup plus loin, il a même été proposé de supprimer le « *faux concept* » de la responsabilité contractuelle[57]. Les articles 1147 et s. du code civil n'auraient pas pour fonction de réparer les dommages découlant de l'inexécution de l'obligation contractuelle, mais seulement d'assurer le payement forcé, l'exécution par équivalent. La décontractualisation de l'obligation de sécurité ne serait alors qu'une des nombreuses conséquences de ce bouleversement présenté comme un retour aux sources. Les contempteurs de cette proposition rétorquent que la responsabilité contractuelle existe en droit positif et que sa fonction d'indemnisation est incontestable. Il ne faudrait donc pas aller trop loin et se contenter de décontractualiser l'obligation de sécurité, notamment pour les

---

[51] Voir D. Mazeaud, *Le régime de l'obligation de sécurité*, GP. 1997, 2, 1201, n°5 et s.

[52] Civ. 1ère 17 janvier 1995 D. 1995, 350 note Jourdain. Mais la Cour de cassation n'entend pas, pour l'instant, abandonner la nature contractuelle de l'obligation de sécurité ; voir en ce sens les déclaration de M.Sargos in *La responsabilité du fait des choses*, Leduc et alii, Economica 1997, p.99 et s.

[53] Art. 1er Loi 5 juillet 1985 ; art. 1386-1 c.civ.

[54] Voir Lambert-Faivre, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, Dalloz 1994, Chron. 81.

[55] Voir Jourdain, *Le fondement de l'obligation de sécurité*, GP. 1997, 2, 1196 et D. Mazeaud, art. préc., p.1203, n°10.

[56] Carbonnier, *Droit civil*, T.4, *Les obligations*, PUF. 22ème éd. 2000, n°295. A la suite du célèbre passage qui attribue les tragédies à la compétence des art. 1382 et s. et qui limite la responsabilité contractuelle à « *l'obligation de procurer au créancier l'équivalent (pécuniaire) qu'il attendait du contrat* », l'auteur modère sa position en écrivant : « *il serait rationnel de limiter l'obligation de sécurité aux contrats dont l'objet direct est une prestation de vitesse, de dynamisme dangereux. Ailleurs, la sécurité des personnes serait placée sous les ailes de la responsabilité du fait des choses* ».

[57] Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD.civ. 1997, 323 ; Le Tourneau et Cadiet, op. cit., n°802 et s. ; contra : Jourdain, *Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6ème journées R. Savatier, PUF. 1998, p.65, Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, RTD. Civ. 1999, 1 ; Viney, *La responsabilité contractuelle en question*, in Etudes offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ. 2001, p.921.

personnes, en créant un régime autonome d'indemnisation lié à la responsabilité des professionnels[58]. Il n'est pas possible, dans le cadre de la présente étude, de prendre une position en faveur de l'une ou l'autre de ces positions doctrinales. Il suffit de constater que la tendance, en doctrine, est de considérer que l'obligation de sécurité, au moins pour les personnes, ne devrait pas ressortir au domaine du contrat. Ces discussions doctrinales ont également pour effet bénéfique de permettre de prendre conscience de l'imprécision des critères de distinction entre le contrat et le délit. Cette difficulté se retrouve à propos de l'obligation d'information, pour laquelle la contractualisation est insuffisante.

B – UNE CONTRACTUALISATION INSUFFISANTE

Au cours des dernières décennies du XXème siècle, la doctrine a noté un rapprochement entre les moments de conclusion et d'exécution des contrats. L'évolution moderne du droit positif tend vers l'idée selon laquelle le contrat *« achève de se former en s'exécutant »*[59]. C'est l'idée de M. Carbonnier qui propose de tenir compte davantage de l'exécution du contrat lorsque *« les forces économiques en présence sont inégales »*[60]. *« La doctrine civiliste, nourrie d'une philosophie libérale, individualiste, spiritualiste avait placé le centre de gravité des contrats dans le consentement. A notre époque, une réaction vigoureuse s'est dessinée contre cette conception. Mais elle s'est faite au nom de l'ordre public. Pour rétablir l'équilibre rompu par l'exagération de l'autonomie de la volonté, on n'a aperçu d'autre remède qu'une intervention accrue de l'Etat dans les conventions. Or, liberté contractuelle ou ordre public, la thèse et l'antithèse procèdent d'un même droit savant, d'un même droit de juriste. Si l'on avait voulu davantage prêter attention aux sentiments de la masse non technicienne, on aurait cherché ailleurs le retour à l'équilibre : dans une importance plus grande attribuée aux éléments réalistes, matérialistes du contrat. Le centre de gravité se serait alors déplacé de la formation à l'exécution »*[61].

C'est à l'aune de ces pénétrantes remarques qu'il faut envisager l'obligation d'information. En effet, *« d'une manière générale, l'obligation de renseignement relève à la fois de la formation et de l'exécution »* du contrat[62]. La jurisprudence des tuiles gélives est un bel exemple de l'artifice qu'il y a à distinguer de façon trop tranchée la formation et l'exécution du contrat. Un vendeur a livré les tuiles qui lui avaient été commandées. Il n'y avait donc pas défaut de délivrance. Mais ces tuiles étant employées en montagne, elles se sont révélées gélives. Le vendeur professionnel a été condamné, qui connaissait la destination de ces tuiles et qui était, dès lors, tenu *« d'un devoir de renseignements à l'égard des acquéreurs »*[63]. Pour M. Planqueel, ce devoir de renseignements est de nature contractuelle. Mais comme le fait remarquer M. Ghestin, le devoir se situe avant même la formation du contrat[64]. Comment

---

[58] Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ. 1995, n°244 ; Serlooten, *Vers une responsabilité professionnelles ?*, in Mélanges Hébraud, p.805 ; Jourdain, *La responsabilité professionnelle et les ordres de responsabilité civile*, Pet. Aff. 2001, n°137, p.63.

[59] Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in études Rodière, Dalloz, 1981, p.265, spéc., p.269. Contra, mais avec des nuances, Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, in mélanges Terré préc., p.645.

[60] J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ. 7ème éd. 1992, p.288 et 289.

[61] Op. cit., p.307.

[62] Malaurie et Aynès, *Obligations*, n°638.

[63] Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1977, G.P., 1978, 1, 262, note A. Planqueel.

[64] J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°595.

peut-il être, dans ces conditions, d'une nature autre que délictuelle ? C'est qu'il *« est très difficile, en pratique, de différencier les obligations pré-contractuelles et contractuelles de renseignements (...) »*[65]. D'ailleurs, dans certains cas, la jurisprudence ne s'embarrasse pas de cette subtile nuance en fondant l'obligation d'information préalable du client par son avocat, quant aux conditions de fixation des honoraires, sur l'art. 1147 du code civil[66]. Il est aussi possible de citer la jurisprudence suivant laquelle, ne pas révéler une servitude constitue une faute contractuelle[67]. Toutefois, des décisions qualifient d'extra-contractuelle la responsabilité consécutive à l'inexécution d'une obligation d'information précontractuelle[68].

Mme Fabre-Magnan a montré, après d'autres[69], l'inopportunité du critère chronologique et a suggéré l'utilisation d'un critère fonctionnel[70]. Mais ce critère n'est pas exempt, lui non plus, de critiques, car il présente l'inconvénient de faire pénétrer artificiellement le régime de la responsabilité civile délictuelle dans le contrat. Tant que le problème de l'obligation d'information sera posé exclusivement en termes d'intégrité du consentement, la doctrine et la jurisprudence se heurteront à l'impossibilité de distinguer précisément les domaines contractuel et extra-contractuel. Comme l'a opportunément souligné M. Huet, « *c'est une vue abstraite des choses que d'opposer radicalement ce qui se passe avant et ce qui se passe après la conclusion car le passé préjuge de l'avenir, le défaut de renseignement se prolongeant dans un défaut d'exécution* »[71]. L'alternative consiste à 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. Cette transmission est également nécessaire pour que la valeur de la prestation fournie soit équivalente au montant du prix payé. Inversement, un déséquilibre sera constaté en l'absence de transmission des informations nécessaires à l'utilisation correcte du bien vendu ou de la prestation de services fournie. Dans ce cas, le créancier de l'obligation non monétaire est lésé, car il verse à son cocontractant un prix qui n'a pas de contrepartie réelle. Il est donc préférable de faire entrer l'obligation d'information, quel que soit le moment où elle doit être exécutée, dans le champ contractuel, puisque ce qui importe c'est d'apprécier l'équilibre des prestations réciproques. La chronologie des opérations est indifférente : que l'obligation d'information prenne sa source avant la formation ou pendant l'exécution, elle devra nécessairement entrer dans le champ contractuel pour permettre le rééquilibrage des prestations.

En d'autres termes, le juge doit, s'il veut faire respecter le principe d'équité, vérifier qu'il n'existe pas de déséquilibre dans les prestations au moment de l'exécution. A la limite, le juge devra se placer juste après l'exécution pour comparer l'équivalence, ou le déséquilibre, des droits et obligations réciproques. S'agissant des obligations judiciairement créées, le pouvoir du juge d'imposer, à titre de sanction, l'exécution de l'information erronée transmise au créancier de l'obligation revient également à poser le problème au stade de l'exécution.

---

[65] Le Tourneau, *De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil*, Dalloz, 1987, chron. 101.
[66] Civ. 1ère 18 juillet 2000, RTD.civ. 2000, 828 obs. Mestre et Fages. Voir aussi Com. 25 juin 1980 Bull. civ. IV n°276 ; RTD.civ. 1981, 158 obs. Durry.
[67] Civ. 3ème 21 mars 2001, D. 2001, IR., 1220.
[68] Civ. 1ère 30 janvier 2001 JCP. 2001 IV 1527 qui, afin d'écarter la prescription biennale, considère que l'obligation particulière d'information et de conseil de l'assureur ne dérive pas du contrat d'assurance.
[69] Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse Paris 1978, n°236 et s.
[70] *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ. 1992, n°276 et s.
[71] Thèse précitée, n°292.

L'*« effet obligatoire »* de l'information, suggéré par Mme Fabre-Magnan, ne trouve que très difficilement un fondement juridique adéquat ; ni la théorie de l'apparence, ni la force obligatoire des conventions ne peuvent véritablement servir d'explication. En réalité, il s'agit d'une véritable révision du contrat, le juge s'octroyant le pouvoir de rééquilibrer la valeur des prestations réciproques. Or, dans le cadre de ce pouvoir de révision, il est parfaitement admissible d'exiger l'exécution en nature de l'obligation d'information. Si le contenu de celle-ci était erroné, le juge devrait pouvoir imposer l'exécution de la prestation initialement envisagée. Le rééquilibrage passe alors, comme le suggère Mme Fabre-Magnan, par la transmission des informations pertinentes et par un *« élargissement du champ contractuel »*[72].

Le fait que l'obligation d'information soit une création jurisprudentielle ou légale ne devrait-il pas conduire à lui dénier une nature contractuelle ? Certains auteurs le croient dans la mesure où l'obligation d'information, comme les autres obligations « découvertes » par le juge alors qu'elles n'étaient pas exprimées dans le contrat, ne peuvent se rattacher à la volonté implicite des parties contractantes[73]. Mais, cette conclusion n'est que le produit d'une conception volontariste du contrat. A partir du moment où le centre de gravité du contrat ne se situe pas dans l'échange des consentements mais dans l'échange économique, il n'y a pas de contradiction à qualifier de contractuelles des obligations dont l'origine est légale ou jurisprudentielle. Cette incorporation découle de l'article 1135 du code civil, qui consacre le phénomène d'enrichissement du contenu des conventions en dehors de la volonté des contractants.

La nature contractuelle de l'obligation d'information devrait être maintenue même si le créancier a obtenu l'annulation du contrat pour erreur ou dol. C'est la fameuse théorie de la *culpa in contrahendo* d'Ihering, suivant laquelle la responsabilité encourue lors de la phase précontractuelle doit être la même que celle encourue lors de l'exécution du contrat[74]. L'intérêt de cette solution est de tenir compte, pour déterminer la responsabilité de celui à qui l'annulation est imputable, des stipulations contractuelles et du critère de prévisibilité. « *L'appréciation de sa responsabilité ne saurait faire abstraction du lien de fait créé par cette convention, même nulle* »[75]. En effet, comme le rappelle Demogue, Ihering avait montré que « *nullité signifie non absence complète d'effets, mais seulement de certains effets* »[76]. Il est évident que les prestations réciproques doivent être restituées, mais pourquoi ne pas limiter les dommages-intérêts à ce qui a été prévu ou à ce que les parties ont pu prévoir lors du contrat ? Quel est l'argument rationnel qui conduirait à ne pas évaluer selon les mêmes critères les dommages-intérêts dus à la suite de l'inexécution d'une obligation d'un contrat résolu et ceux dus à la suite de l'inexécution d'une obligation d'un contrat annulé[77] ? A la réflexion, il n'en existe aucun. Il suffirait donc de ne pas radicaliser la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle pour admettre que, quel que soit le moment et le sort ultérieur de la convention, l'obligation d'information a une nature contractuelle et doit être appréhendée, en cas d'inexécution, à l'aide des articles 1147 et s. du code civil.

---

[72] Thèse précitée, n°642 et suiv.
[73] En ce sens : Viney et Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ. 2ème éd. 1998, n°515, p.434.
[74] Voir Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, LGDJ. 1914, 3ème éd, n°157.
[75] Starck, Roland et Boyer, *Les obligations*, 2, *Contrat*, Litec 6ème éd. 1998, n°2062. E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey 1937, p.194 et s.
[76] Demogue, *Traité des obligations en général*, T. V 1925, n°1240.
[77] Cela ne signifie toutefois pas qu'ils soient équivalents dans les deux situations. Voir la théorie du *Negative vertrags interesse* : Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, n°153.

C – UNE CONTRACTUALISATION LEGITIME

Les obligations de sécurité et d'information ont ouvert la voie à la prolifération des devoirs imposés aux contractants, en dehors de leur volonté expresse ou implicite. Ces « nouveaux » devoirs se sont placés sous l'égide de la bonne foi, pour assurer la police de l'exécution de certaines clauses sensibles, telles que les clauses résolutoires ou de mobilité[78]. Les déclinaisons consécutives à l'application de ce principe sont suffisamment connues pour ne pas insister. Ce sont les « *nouveaux rameaux* » dont Demogue prophétisait, il y a soixante dix ans, la naissance[79]. Abandonnant la conception figée, individualiste et simpliste du contrat, au profit d'un lien vivant, social et complexe, il a été l'un des premiers à envisager l'obligation dans son « *caractère mutuel* » : « *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 (...). Tout ceci se rattache à l'idée de la solidarité entre créancier et débiteur dans l'intérêt social, et au point de vue des textes cela découle de l'art. 1134 al.3. (...) Ceci vise le créancier comme le débiteur. L'idée de l'obligation de collaboration entre contractants n'est d'ailleurs qu'un aspect de l'idée plus générale qu'il ne doit pas y avoir d'abus dans l'exécution des contrats. Les prérogatives nées du contrat ne doivent être utilisées qu'avec mesure* »[80].

Depuis que ces lignes ont été écrites, la jurisprudence n'a cessé d'œuvrer à l'enrichissement de ce devoir de collaboration[81], au point que l'on voit poindre une obligation de préserver l'équilibre contractuel[82]. Ainsi, est prohibée, dans les contrats de distribution, la pratique de prix excessifs par rapport au marché[83], qui causerait un déséquilibre contractuel préjudiciable au contractant soumis à une obligation d'exclusivité. Dans le même ordre d'idées, une partie contractante doit, avant de résilier une convention, vérifier que sa décision ne cause pas un déséquilibre contractuel injuste en ne permettant pas l'amortissement des investissements contractuellement engagés[84]. La jurisprudence a aussi créé une obligation de réviser le contenu d'un contrat devenu déséquilibré lorsque l'un des contractants n'a plus la possibilité de pratiquer des prix concurrentiels[85]. Plus qu'une obligation de renégociation, qui n'impliquerait que l'obligation d'entrer sérieusement en pourparlers, il s'agit d'une obligation de proportionner les prix calculés suivant une clause contractuelle d'indexation à ceux du marché. Enfin, dernière illustration, la jurisprudence impose indirectement aux professionnels,

---

[78] Sur la question voir Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ. 1989 ; *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP 1998 I 3318.

[79] *Traité des obligations en général*, T. VI 1931, n°3. Voir aussi, mais dans une moindre mesure, Gény (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ. 2ème éd. 1919, T.II, n°172) qui considère que le rôle de la bonne foi, « *cet élément nouveau* », est de compléter la volonté des parties, selon la méthode de la libre recherche scientifique. Gény continue néanmoins a défendre le principe de l'autonomie de la volonté.

[80] Op. cit., T. VI, n°12.

[81] Voir Diesse, *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat*, APD. 1999, T.43, p.259.

[82] Sur laquelle voir : Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ. 3ème éd. 1993, n°276 et s. ; Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Grenoble II 1996, n°763 et s. et Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD.civ. 1997, 357 et spéc. P.379.

[83] Com. 28 mars 2000, Droit & Patrimoine 2000, n°86, p.101 obs. Chauvel.

[84] Com. 20 janvier 1998, D. 1998, 413 note Jamin ; JCP. 1999 II 10018 note Chazal.

[85] Com. 3 novembre 1992 JCP 1993 II 22164 note Virassamy ; RTD.civ. 1993, 124 obs. Mestre; Defrénois 1993, 1377 obs. Aubert ; Com. 24 novembre 1998, JCP 1999 II 10210 note Picod ; ibid I 143 n°6 obs. Jamin; Defrénois 1999, 371 obs. D. Mazeaud ; RTD.civ. 1999, 98 obs. Mestre ; ibid 646 obs. Gautier.

dans les contrats d'entreprise et de mandat, de proportionner leurs honoraires à la prestation fournie, sous peine de les voir réduire judiciairement s'ils se révèlent excessifs[86].

Sans remettre en cause l'utilité et la justice de ces « nouveaux » devoirs imposés aux contractants, certains auteurs nient leur nature contractuelle[87]. La bonne foi ne serait pas à proprement parler une obligation, mais un devoir général, une norme de comportement relevant de la responsabilité délictuelle, car l'objet du contrat « *ne consiste pas à créer des règles de comportement* »[88]. Pour M. Stoffel-Munck, « *dire que l'article 1134 al.3, dans son versant moral, n'est que la reprise in contractu de la règle de civilité posée par l'article 1382 c.civ., n'est (...) que redonner à ce texte l'exacte portée qu'il avait aux yeux des rédacteurs du code civil* »[89]. Curieusement, l'article 1134 al.3 s'ancrerait, selon l'auteur, dans l'ordre de responsabilité propre aux délits, cette disposition étant « *comme l'ambassade de la responsabilité délictuelle sur les terres du contrat* », qui impose, avec une intensité particulière, une norme de loyauté[90]. Cette opinion doctrinale s'appuie sur une double opposition. D'une part, il conviendrait d'opposer la loyauté contractuelle édictée par l'article 1135, qui obéit à un critère économique et matériel, et la loyauté du contractant prévue à l'article 1134 al.3 qui s'apprécie selon des critères moraux[91]. D'autre part, l'auteur oppose de manière radicale l'univers matériel de l'obligation, dans lequel règne l'utilité économique et qui relève de la responsabilité contractuelle, et l'univers moral du devoir, dans lequel on trouve la loyauté et qui relève de la responsabilité délictuelle[92]. De cette double opposition devrait se déduire la nature délictuelle de la responsabilité du contractant déloyal par son comportement.

Que penser de ces propositions ? Tout d'abord, il est peu probable que le système de M. Stoffel-Munck corresponde principalement, comme il l'affirme, à l'intention des rédacteurs du code civil. Pour eux, l'article 1134 al. 3 n'avait d'autre fin que de supprimer définitivement la distinction romaine entre les contrats conférant une action *stricti juris* et ceux accordant une action *bonae fidei*[93]. Les contrats de bonne foi " *étaient ceux où le juge pouvait rejeter tout ce qui blessait la raison, l'équité et l'intention fortement présumée des parties. Tous les contrats chez nous sont en même temps de droit étroit et de bonne foi. Il n'est pas permis de s'écarter du sens qu'ils présentent, à moins qu'il ne choque la raison et la justice ; alors on y en supplée un autre conforme à ces deux règles* "[94]. Par un incroyable renversement de perspective, la doctrine française a eu tendance, en exacerbant le rôle de la volonté des contractants dans l'explication du fondement de la force obligatoire des conventions, à considérer que tous les contrats étaient de droit strict. Ainsi, alors qu'il n'existe aucune contradiction entre l'article 1134 al. , d'une part, et les articles 1134 al.3 et 1135, d'autre part,[95] – tous étant inspirés des écrits de Domat – ces différentes dispositions sont devenues inconciliables à partir du moment où les deux dernières, après avoir été longtemps

[86] Voir par ex. : Civ. 1ère 3 mars 1998 II 10115 note Sainte-Rose.
[87] Viney, *Introduction à la responsabilité*, n°168 ; Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, op. cit., n°145 et s.
[88] Viney, op. cit., n°168, p.284.
[89] Op. cit., n°119.
[90] Op. cit., n°134.
[91] Op. cit., n°81 et s et 155 et s..
[92] Op. cit., n°177.
[93] Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, 1807, T.III, p.33 ; Toullier, *Le droit civil français*, 1821, T.6, n°195.
[94] Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V° *Contrat.* Voir aussi Boucher d'Argis in *L'Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, dir. Diderot et d'Alembert (1751 à 1772), V° *Droit étroit*.
[95] Voir la présentation qu'en fait Bigot-Préameneu, Locré, T.12, p.326. Pour plus de détails : chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 al.1er du Code civil*, RTD.civ. 2001, 265.

sous-estimées voire oblitérées, ont été invoquées par la jurisprudence et la doctrine pour justifier les pouvoirs de réfaction du juge. Or, l'article 1135 n'est que le prolongement de l'article 1134, celui-là n'étant ni moins moral ni plus économique que celui-ci. L'idée de ce binôme était simplement de conférer au juge le pouvoir de statuer, en matière contractuelle, *ex æquo et bono*, c'est à dire selon ce qui est équitable et bon. Alors que le juge était contraint de suivre les stipulations exprimées par les parties dans les contrats de droit strict, sans pouvoir y ajouter quoi que ce soit, il lui est permis de compléter ce qui est exprimé dans les contrats de bonne foi selon les suites que commande l'équité[96]. C'est grâce à ce large pouvoir judiciaire que la loyauté est devenue, pour les contractants, une norme éthique de comportement sanctionnée juridiquement, un véritable devoir contractuel. Mais, rechignant à avouer la création d'une telle norme, en dehors de la volonté des parties, la jurisprudence a préféré se fonder sur l'article 1134 al.3 et, en jouant sur la polysémie des mots, imposer la loyauté en la parant des atours de la bonne foi. C'est ainsi que la bonne foi est devenue le réceptacle accueillant tous les devoirs imposés par le juge aux contractants dans un souci d'équité et de justice, et notamment celui de loyauté.

Ensuite, il est tentant de souscrire à la remise en ordre sémantique proposée : l'obligation suppose un objet précis (*dare*, *facere*, *praestare*), tandis que le devoir ne prescrit qu'un comportement qui se greffe sur l'obligation. C'est ce qui explique que la bonne foi, au sens de loyauté, qui serait donc un devoir et non une obligation *stricto sensu*, pèse tant sur le créancier que sur le débiteur ; quoiqu'on puisse y voir une obligation de ne pas faire[97]. Mais, sorti de cette prémisse, on a du mal à adhérer aux conséquences juridiques extrêmes qui en sont déduites. Ainsi, l'opposition entre le matériel, l'utilité économique, le particulier et l'obligation, d'une part, et la morale, la loyauté, le général et le devoir, d'autre part, est exagérée. Certes, on conçoit que la finalité première du contrat est de fournir une satisfaction économique aux parties et que l'obligation représente une valeur patrimoniale. Mais c'est faire preuve d'esprit de système que d'opérer un cloisonnement entre l'obligation contractuelle et les règles morales. 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, comme d'ailleurs l'honnête ne peut véritablement entrer en conflit avec l'utile[98]. On imagine mal, en pratique, un contractant déloyal exécuter utilement son obligation au profit de la victime de son comportement malhonnête. En réalité, la bonne foi du contractant est, dans la plupart des cas, indissociable de la bonne foi contractuelle. 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. Et que dire de cet assureur hypocrite qui prolonge des pourparlers afin d'éviter que son client lui notifie un acte interruptif de prescription[99] ? Sa déloyauté n'est pas un acte purement moral, elle cause directement (et c'est bien là l'essentiel) une perte financière à l'assuré. Inversement, sanctionner par la nullité, sur le fondement de l'art. 1131 c.civ., un contrat économiquement déséquilibré n'est-ce pas aussi pour des considérations morales ? Il en est de même lorsque la jurisprudence répute non écrite une clause limitative de responsabilité qui contredit une obligation contractuelle essentielle. Où l'on perçoit que la

[96] Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, I, III, §.1 et §.12.
[97] « *L'obligation de bonne foi 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* », CA Paris 15ème Ch. A, 24 octobre 2000 D. 2001, 302 obs. Delpech.
[98] Ciceron, *De officiis*, III, VII et s.
[99] Civ. 1ère 27 mai 1975 RGAT. 1976, 67 note Besson, cité par Stoffel-Munck, op. cit., n°93.

morale et l'économie sont inextricablement imbriquées, de sorte qu'il est artificiel de les opposer juridiquement.

Enfin, même si l'on parvenait à isoler le devoir de loyauté de l'exécution des obligations contractuelles, il n'est pas sûr qu'il faille en sanctionner la violation par les règles de la responsabilité délictuelle. Certes, le devoir de loyauté n'étant pas une obligation *stricto sensu*, certains mécanismes contractuels ne lui sont pas techniquement applicables. Il en est ainsi pour la mise en demeure. D'autres, doivent être écartés pour des raisons d'opportunité, telles que l'exception d'inexécution (une partie ne pourrait suspendre son devoir de loyauté si l'autre s'est préalablement montrée déloyale), la clause pénale, ou la clause limitative de responsabilité[100]. Toutefois, ces arguments ne suffisent pas à écarter, par principe, l'application du régime de la responsabilité contractuelle à la déloyauté d'un contractant. D'une part, le fait que le devoir de loyauté se prête mal à l'exécution forcée en nature ne prouve rien, car ce mode d'exécution n'est certainement pas de l'essence de la responsabilité contractuelle (voir art. 1142 et s. c. civ.). Au surplus, même si elle ne peut porter sur le devoir de loyauté, du moins, l'exécution forcée en nature peut être ordonnée par le juge quant aux autres obligations contractuelles du débiteur déloyal. Ainsi, les effets d'un contrat d'assurance, résilié par un assureur déloyal, ont été prolongés par le juge des référés[101]. De même, ne peut-on pas imaginer que l'assureur hypocrite, dans le cas évoqué au paragraphe précédent, soit condamné à indemniser l'assuré malgré l'acquisition de la prescription[102] ? Le détour par la notion de dommages-intérêts est, à vrai dire, superfétatoire et, d'une certaine manière hypocrite … D'autre part, il semble que certaines dispositions du droit des contrats puissent trouver une heureuse application pour sanctionner une déloyauté. Par exemple, qu'est-ce qui empêcherait un juge d'ordonner la résolution d'un contrat, sur le fondement de l'art. 1184, en raison de la déloyauté d'une des parties[103] ? De même, il est difficile de comprendre pourquoi, une partie ne pourrait arguer de l'exception d'inexécution au vu de la déloyauté de son cocontractant, lorsque celle-ci est grave et manifeste. Il est vrai que ces mécanismes s'expliquent par l'idée de cause-contrepartie, et qu'il est délicat de peser sur une même balance une obligation à valeur économique et un devoir à valeur morale[104]. Mais, l'obligation n'est jamais une chose purement économique : la loyauté s'incorpore dans les obligations pour ne former qu'un avec elles, si tant est qu'elle n'en est pas une à part entière. Dès lors, les juges sont parfois amenés à tenir compte du comportement de l'une des parties pour ordonner la résolution d'une convention pour inexécution[105]. En outre, la règle qui étend les dommages-intérêts au-delà de ce qui était prévisible en cas de dol (art. 1150 c.civ.) montre que le jugement moral du comportement des contractants n'est pas économiquement indifférent.

D'un point de vue pragmatique, il existe des cas où il est opportun d'utiliser les sanctions contractuelles à l'encontre d'un contractant déloyal. M. D. Mazeaud[106] a justement souligné

[100] Stoffel-Munck, op. cit., n°159 et s.
[101] Civ. 1ère 7 novembre 2000, D. 2001, 256 note Billiau et Jamin ; ibid somm. 1137 obs. D. Mazeaud ; Defrénois 2001, art. 37339, p.437 obs. Savaux.
[102] Pour M. Stoffel-Munck, il faut sanctionner ce comportement uniquement par l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle.
[103] Voir en ce sens Ghestin, Jamin et Billiau, *Les effets du contrat*, LGDJ. 3ème éd. 2001, n°456, p.521 et s. et la jurisprudence citée.
[104] En ce sens, Stoffel-Munck, op. cit., n°161.
[105] Civ. 3ème 18 décembre 1991 Bull. civ. III n°331, où la résolution d'une vente d'immeuble est prononcée au motif que les acquéreurs, qui avaient suspendu le paiement du prix en raison de l'existence de malfaçons, n'avaient pas consigné la somme mise à leur charge par une première décision de justice.
[106] RTD.civ. 1999, 962.

que la mauvaise foi du débiteur d'une obligation conditionnelle, qui a empêché la réalisation de l'événement de sorte que la condition a défailli, est sanctionnée par l'art. 1178 c.civ., qui est un mécanisme contractuel. Autre exemple : voilà une société civile professionnelle d'avocats dont l'un des associés a conclu, avec un client, une convention annuelle de conseil et d'assistance juridique ; un autre associé, au mépris des règles déontologiques de la profession d'avocat, plaide contre ledit client dans un contentieux sans relation avec les prestations de conseil. Par hypothèse, la qualité et l'utilité des conseils prodigués à ce client n'en ont pas été affectées. Pourtant, il serait opportun que, compte tenu de cette indélicatesse, il puisse obtenir en justice la résolution du contrat de conseil et d'assistance juridique. Inversement, il n'est pas raisonnable de soutenir que le créancier d'une obligation a droit d'obtenir en justice l'exécution de celle-ci, quelle que soit la mauvaise foi dont il a fait preuve, la seule sanction possible étant l'octroi de dommages-intérêts au bénéfice de la victime. Voilà un voleur qui remet la chose volée à un tiers de bonne foi. Le dépositaire doit-il restituer la chose à son cocontractant ou au propriétaire qui la réclame ? Tryphonius répond en faveur de la seconde branche de l'alternative en disant que l'équité et la bonne foi ne sont pas restreintes aux parties mais regardent toutes les personnes, qu'elles soient ou non contractantes (D. 16, 3, 31, 1). Ici, la mauvaise foi du déposant lui interdit l'action en restitution, alors même que l'indélicatesse n'a pas été commise à l'encontre du dépositaire[107]. A fortiori, on doit admettre la même solution lorsque la déloyauté survient entre contractants. C'est ainsi qu'une « *clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier* »[108]. L'arrêt Macron[109] se rattache à la même philosophie. Certes, la Cour de cassation a préféré appliquer les règles de la responsabilité délictuelle à l'encontre de la banque, mais il ne faut pas s'y tromper, l'objectif était de réduire l'engagement de la caution compte tenu, d'une part, de la disproportion constatée entre son montant et le patrimoine de la caution et, d'autre part, de la mauvaise foi de la banque. Il serait plus clair d'affirmer ici un pouvoir judiciaire de réfaction du contrat, car c'est de cela qu'il s'agit.

Surtout, il ne faut pas oublier que les parties contractantes ne sont pas totalement étrangères l'une à l'autre, comme le sont une victime et l'auteur d'un fait dommageable[110]. C'est ce qui explique que les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution sont limités, sauf dol, à ce qui a été prévu ou qui a pu être prévu lors du contrat. Donc, les conséquences pécuniaires de l'abus par déloyauté d'un contractant, au sens de M. Stoffel-Munck (absence de franchise, incohérence, intempérance et indifférence), qui ne constitue pas forcément un dol ou une faute lourde, doivent être déterminées en fonction de ce critère de prévisibilité. Non que la prévision soit la clé du fondement et des contours de la force obligatoire ; ce qui conduit un auteur à limiter la responsabilité contractuelle à ce que les parties ont prévu (voulu ?)[111]. Il faut rappeler que le volontarisme n'est point à l'origine de l'art. 1150. Combinant deux distinctions élaborées par Dumoulin, dans son *Tractatus de eo quod interest*, pour interpréter une disposition du Codex de Justinien (C. 7, 47, un), Pothier a conçu la prévision comme un critère principalement objectif en distinguant le dommage causé à la chose objet de l'obligation (*propter ipsam rem non habitam*) et celui que le créancier de l'obligation

[107] Voir aussi le cas du refus de restituer l'arme confiée par une personne qui souhaite la reprendre pour s'en servir : Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II-II, Q.62 art.5.
[108] Civ. 1ère 31 janvier 1995 D. 1995, 389, note Jamin.
[109] Com. 17 juin 1997 JCP. E. 1997 II 1007 note Legeais ; D. 1998, 208 note Casey.
[110] Ce que M. Stoffel-Munck admet (op. cit., n°245 et s.). Il voit dans cette moindre altérité le critère d'aggravation des exigences de bonne foi.
[111] Les suites conférées aux obligations par l'art. 1135 devraient donc être sanctionnées par la responsabilité civile, puisqu'il s'agit d'obligations imposées aux parties par la loi ; Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, in mélanges Terré, op. cit., p.653.

inexécutée subit sur ses autres biens[112]. Demolombe a qualifié le premier de dommage intrinsèque et le second de dommage extrinsèque[113]. Bien que la volonté des parties exerce une influence sur la détermination de l'objet et de son étendue, elle n'est pas l'alpha et l'oméga du contrat. Elle ne fonde, en tous cas, pas la force obligatoire des conventions.

Paul Collinet[114] a bien montré que, pour les jurisconsultes romains, bonne foi, équité, droit naturel étaient des concepts équivalents. *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat* (la bonne foi qui est exigée dans les contrats, postule l'équité suprême) enseignait Tryphonius (D. 16, 3, 31). Les subtiles distinctions que les modernes ont introduites ne correspondent pas la fluidité et à la souplesse de la pensée juridique romaine. Pour Collinet, la bonne foi « *consiste en somme dans le juste équilibre des intérêts des deux parties* »[115], et renvoie donc à l'idée d'équité à laquelle elle est intimement liée. Loin de s'opposer, l'équilibre économique et la morale se rejoignent dans le contrat, de sorte qu'il est artificiel et vain de tenter de les séparer. « *Bonne foi est voisine d'équité, car ces deux notions ne sont que deux aspects similaires, deux nuances de la notion morale d'honnêteté* »[116]. Il faut se garder d'abuser de l'esprit de géométrie qui conduit, dans la science juridique, à bâtir des systèmes théoriques dont la qualité principale est esthétique, et à opérer des oppositions trop tranchées entre des domaines qui, en réalité, s'interpénètrent[117]. Les distinctions permettent, sans doute, de mieux comprendre et rendre compte de certains phénomènes juridiques, mais lorsqu'elles traitent les objets distingués comme des parcelles, des territoires qui se juxtaposent en s'excluant, la réalité, qui comprend toujours une part d'inclusion, est dénaturée, tronquée par une schématisation excessive. L'esprit de finesse, qui s'oppose chez Pascal à l'esprit de géométrie, est à même d'éviter que la science du droit ne se réduise à une espèce de cartographie juridique, à une taxinomie. Les distinctions et les classifications, qui ressortissent à la technique juridique, doivent être au service de la justice, et non l'inverse. Il est indispensable « *d'avoir des constructions techniques qui ne soient pas des machines logiques fournissant avec la même force les solutions raisonnables comme les plus bizarres. Il est nécessaire de se défier désormais de ces constructions toutes faites, que les esprits étroits ont pris au pied de la lettre, comme ils ont pris toutes les lois et dont ils ont tiré, avec une forte logique et une superbe indifférence, les conséquences les plus extraordinaires* »[118].

II – L'ECUEIL DE L'UTOPIE CONTRACTUELLE

[112] *Traité des obligations*, n°161 et s.
[113] *Cours de Code Napoléon*, T.24, 1877, n°579.
[114] *Répétitions écrites de Pandectes*, Cours DES 1936-1937, Fac. de droit de Paris, p.61.
[115] Op. cit., p.36.
[116] Collinet, op. cit., p.25.
[117] Ce à quoi le système conçu par M. Stoffel-Munck échappe par ses nuances.
[118] Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p.263. Pour une critique des abus des abstractions logiques voir aussi Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ. 2ème éd. 1919, T.I, n°60 et s.

Si le phénomène de création de « nouveaux » devoirs à la charge des contractants induit des difficultés de qualification, il pose aussi un problème de limite[119]. La question est donc de savoir si, à force de créer des devoirs contractuels de plus en plus rigoureux, le droit positif ne risque pas de s'échouer sur l'écueil de l'utopie contractuelle. Il ne fait de doute pour personne que l'évolution actuelle du droit des contrats, notamment sous l'impulsion de la jurisprudence, se traduit par une quête de justice[120]. L'équité et la bonne foi, qui ont donné naissance aux devoirs (ou obligations) de loyauté, d'informer, de collaborer, de préserver l'équilibre contractuel, sont des concepts qui participent de ce mouvement. Mais, ils sont loin de susciter l'unanimité doctrinale. D'éminents auteurs ont pris la plume pour dénoncer les excès du moralisme et du sentimentalisme contractuels. Ils concluent, à juste raison, au rejet de l'idée de fraternité ou de charité entre contractants pour ne pas verser dans l'utopie (A). Ce n'est pas tout, beaucoup s'alarment de l'insécurité juridique causée par la recherche constante et illusoire de la justice contractuelle. Cette crainte est-elle réelle et fondée ou phobique et surestimée ? Révèle-t-elle un ferment destructeur des conventions et de leur force obligatoire ou obéit-elle à une rhétorique masquant une conception philosophique du contrat (B) ? Enfin, on peut se demander si ce n'est pas la méthode de création des devoirs contractuels qui est susceptible d'encourir la critique en ce que d'elle sourdent des chimères de généralité et d'abstraction (C).

A – LE REJET DE LA FRATERNITE CONTRACTUELLE

Tout semble partir du très fameux passage de Demogue : « *les contrats forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler pour 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* »[121]. Sans doute, certains termes sont excessifs : 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[122]. Mais il est possible que cette formulation outrancière était nécessaire pour briser la monolithique conception volontariste et individualiste du contrat, qui dominait à l'époque, et assurer la primauté des idées solidaristes[123].

Toujours est-il que, transcendant l'idée de Demogue, quelques auteurs n'hésitent pas à parler d'amitié, de fraternité, voire d'amour entre les contractants. « *La bonne foi de l'article 1134 c'est, répétons-le, la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère* »[124]. Avec M. Carbonnier, force est de reconnaître que « *l'outrance peut perdre une idée*

[119] L. Leveneur, *Le forçage du contrat*, in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & Patrimoine n°58 mars 1998, p.76.
[120] Voir en dernier lieu : Cadiet, *Une justice contractuelle, l'autre*, in Etudes offertes à J. Ghestin, op. cit., p.177.
[121] *Traité des obligations en général*, T.VI, 1931, n°3.
[122] Terré, Simler et Lequette, op. cit., n°40-1.
[123] Voir Jamin, *Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal*, in Mélanges Terré, op. cit., p.125, spéc. p.136 et s.
[124] Sériaux, *Droit des obligations*, PUF. 2ème éd. 1998, n°55. Voir aussi Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation des contrats*, RTD.civ. 1997, 357, et spéc. p.382.

juste »[125]. Parler d'amour, d'amitié ou de fraternité à propos de rapports contractuels, c'est, d'une part, galvauder des sentiments nobles et élevés et, d'autre part, se méprendre sur la nature réelle des liens qui se nouent entre contractants. Comment de pas voir que « *contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires* »[126] ? Même si cela procède de bons sentiments, il est sur(in ?)humain d'imposer à une partie de considérer que son cocontractant est un frère pour elle. La fraternité suppose une affection qui n'est pas de mise dans les échanges économiques entre personnes qui n'appartiennent pas à la même famille. Quoique l'on dise, le dévouement fraternel va bien au-delà de la collaboration que l'on peut exiger de deux contractants. Et l'on a raison d'ironiser sur l'avènement d'un « *monde contractuel meilleur* »[127], lorsque la fraternité contractuelle est posée comme un « *souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain* »[128].

C'est le décalage entre les notions invoquées (fraternité, amitié, amour, générosité) et la réalité des relations contractuelles qui engendre l'utopie. La fraternité entre contractants, de part son irréalité, est à la fois inutile et perverse, au sens étymologique du mot. Imposer à un contractant le devoir de vérifier si la fourniture qu'il a reçue lui a été effectivement facturée par le distributeur[129], revient à mettre à sa charge un devoir de loyauté, voire une obligation de collaboration. Mais on n'est pas obligé pour cela de reconnaître un lien fraternel entre le distributeur d'eau et son client. Elle recèle également un effet pervers qui est de méconnaître une donnée primordiale que l'on retrouve dans beaucoup de contrats : le fait qu'une partie se trouve dans une situation d'infériorité économique dont son cocontractant risque fort de tirer profit en imposant un contrat manifestement et injustement déséquilibré. 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 brutale qu'ils n'en sont pas et n'en seront jamais ; chacun essayant de manœuvrer au mieux pour défendre ses intérêts et maximiser son avantage. Le plus souvent, les contractants ne sont pas dans un rapport d'amour, mais dans un rapport de force. Ni ennemis ni frères, ils s'inscrivent dans une « *coopération antagoniste* »[130]. L'important n'est d'ailleurs pas qu'ils s'aiment, mais que les intérêts égoïstes de l'un d'entre eux ne provoquent pas une injustice aux dépens de l'autre. Pour ce faire, nul besoin de sentimentalisme ou de moralisme. C'est en prenant conscience que le contrat est un lien conflictuel, et non un lien fraternel, que l'on pourra efficacement concevoir des moyens juridiques pour protéger certaines parties vulnérables sans toutefois scléroser le dynamisme économique.

Seule cette prise de conscience permet d'éviter l'écueil de l'utopie contractuelle. C'est parce que les contractants ne s'aiment pas comme des frères qu'il ne faut pas tenter de maintenir à tout prix le lien qui les unit. Ainsi, la continuation forcée du contrat ne devrait être admise que dans des cas très particuliers et rares, par exemple dans les contrats dans lesquels les obligations s'exécutent sans que le comportement d'une des parties puisse parasiter l'utilité de

---

[125] Carbonnier, *Les obligations*, PUF. 22ème éd. 2000, n°114.
[126] Terré, Simler et Lequette, op. cit., n°40-1.
[127] Terré, Simler et Lequette, op. cit., n°40.
[128] Thibierge-Guelfucci, art. préc., p.384.
[129] Civ. 1ère 25 janvier 1996 Dalloz 1997, 571 note Soustelle ; Defrénois 1996, 744 obs. Delebecque.
[130] Carbonnier, op. cit., n°114. Voir aussi Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 4ème éd. 1949, n°40 : « *A la condition de respecter les lois et les bonnes mœurs, les contractants ont le droit de débattre de leurs intérêts. C'est alors la lutte des volontés égoïstes, chacun s'efforçant d'obtenir le plus grand avantage moyennant le plus faible sacrifice. Lutte féconde, car elle est productrice d'énergies et conservatrice de richesse, lutte en tous cas fatale, car l'intérêt est le principal mobile des actions humaines, tout au moins, lorsqu'il s'agit de l'échange des produits et des services* ».

la prestation économique attendue. De même, il serait inopportun d'admettre un devoir de motiver la résiliation des contrats de distribution[131]. En premier lieu, il faudrait s'entendre sur le contenu de la motivation. Quels sont les motifs qui légitimeraient une résiliation du contrat indépendamment de toute inexécution ? Difficile à dire, mais la jurisprudence élaborée à propos du mandat d'intérêt commun laisse présager l'instauration d'une regrettable rigidité dans les réseaux de distribution, créant ainsi des rentes de situation. En second lieu, si l'on convient que les motifs qui animent l'auteur de la résiliation ne sont pas indifférents, ils ne forment pas le cœur du problème. En effet, le principal est de ne pas causer à son partenaire un préjudice insupportable en ne respectant pas un minimum d'équilibre économique. Or, pour l'appréciation d'un éventuel déséquilibre causé par la rupture ou le non renouvellement d'un contrat, la durée, en ce qu'elle permet de rentabiliser les investissements, est une valeur économique qu'il faut peser dans la balance des obligations et des droits réciproques. La commutativité (1104 c.civ.), la cause (1131 c.civ.) et l'équité (1135 c.civ.) sont donc les notions idoines pout sanctionner les déséquilibres injustes causés par la décision de rupture.

La fraternité contractuelle est certainement le produit d'une exaltation abusive, mais il faut se garder de conclure à l'inanité du devoir de loyauté, de l'obligation de collaboration, d'information ou encore de préservation de l'équilibre contractuel. Il n'est pas utopique d'exiger des contractants qu'ils se comportent loyalement, qu'ils s'informent en toute bonne foi, collaborent à la réalisation de l'objet contractuel et ne commettent pas d'abus de puissance économique en imposant la conclusion ou l'exécution d'un contrat manifestement déséquilibré. Il est vrai que le respect de ces devoirs contractuels nécessite l'immixtion du juge. Or celle-ci risque de bouleverser les prévisions des parties, ou au moins celles de la partie qui était en position de dicter sa loi, et du même coup de porter atteinte à la sécurité juridique.

B – LA RHETORIQUE DE LA SECURITE JURIDIQUE

La question du conflit entre la sécurité et la justice contractuelles n'est point technique, mais philosophique. Elle revient à réfléchir sur les fins du droit. Selon que l'on donne au droit pour finalité la sécurité ou la justice, la conception du contrat qui en découle restreint ou favorise l'intervention du juge, sacralise ou relativise le rôle de la volonté des parties, rigidifie ou assouplit la loi contractuelle. La sécurité juridique n'est pas en soi un argument suffisant pour bannir de la sphère contractuelle l'intervention du juge, la recherche de la justice et partant la création de devoirs imposés aux contractants. Le débat n'est pas clos par la seule invocation du spectre de l'insécurité ; il ne fait que commencer, car si la sécurité est, à l'évidence, une valeur dont le droit tient compte, il en existe d'autres avec lesquelles elle doit se concilier ou devant lesquelles elle doit céder. En somme, c'est la prétention de la sécurité juridique à l'hégémonie qu'il s'agit de combattre.

Pour Roubier, la sécurité juridique est « *la valeur la plus essentielle pour l'harmonie des rapports humains* ». « *Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre. Le droit cède la place à ce qu'un écrivain contemporain* [Carl Schmitt] *appelle «* le concept du politique *», c'est à dire à*

[131] Contra : Virassamy, *Les contrats de dépendance*, LGDJ. 1986, n°281 et s. ; Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Etudes offertes à J. Ghestin, op. cit., p.301.

de pures considérations d'opportunité. Le jurisconsulte n'a plus rien à dire : on entre dans un domaine, où il ne pourrait avancer, sans être saisi d'effroi »[132]. Et certains sont effectivement saisis d'effroi par l'intervention du juge dans le contrat. Ainsi, pour M. Malaurie : « *le contrôle judiciaire de la morale contractuelle (...) doit demeurer mesuré, à peine de ruiner la sécurité contractuelle, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et de constituer un « truc » pour gagner des procès* »[133]. Mieux vaudrait interdire au juge de se mêler du contenu des contrats pour procéder à sa révision en cas de déséquilibre, sous peine de déjouer les prévisions des parties, et cantonner son rôle à la sanction des comportements malhonnêtes. En effet, l'intervention du juge dans le contrat, par une espèce d'effraction, laisse craindre l'arbitraire « *au détriment de la sécurité des contractants* »[134].

L'avertissement doctrinal est dépourvu d'ambiguïté : « *Il faut prendre garde que la notion même de bonne foi est entachée d'une irréductible incertitude et d'un incompressible subjectivisme. Il convient donc d'éviter de lui donner une portée qu'il* (sic) *n'a pas, sous peine de consacrer de dangereuses dérives et la déstabilisation du contrat. L'exigence d'exécution de bonne foi n'est pas un moyen pour le juge de réécrire le contrat : elle doit servir à sanctionner les comportements contractuels malicieux – ceux qui tendent à détourner le contrat, ou certaines de ses stipulations, pour en tirer un profit anormal ; elle n'est pas destinée à permettre au juge de faire prévaloir l'équilibre contractuel qu'il estime juste* »[135]. En clair, la bonne foi se limiterait aux fonctions interprétative et limitative. Elle ne serait admise qu'au service de la volonté exprimée ou implicite des parties, « *dans le cadre dessiné de la loi* », ce qui traduirait l'avènement d'un « *volontarisme social* ». L'expression, pour le moins ambiguë, est nouvelle, mais l'idée ne l'est point. C'est, ni plus ni moins la reprise de la conception volontariste prônée par Aubry et Rau[136] et quelques autres, qui rattachaient les art. 1134 al.3 et 1135 c.civ. à l'interprétation des conventions et confondaient la bonne foi et l'équité avec l'intention des parties[137]. En dehors d'un rôle correctif marginal, le juge n'aurait pas à s'immiscer dans la loi des parties. Ce sont donc les devoirs qui ont pour finalité de sanctionner les déséquilibres contractuels qui sont ici visés, car ils causeraient la déstabilisation du contrat par la ruine de la sécurité juridique. Il y aurait trop de subjectivisme, d'incertitude et d'arbitraire dans cette notion d'équilibre contractuel. Comme si les notions de vices du consentement, de cause, d'ordre public, de bonnes mœurs, d'indivisibilité, de prévisibilité, de parties contractantes, d'interprétation étaient purement objectives et dépourvues d'incertitudes ! Curieuse méthode que de dénoncer dans l'équité ou la bonne foi ce que l'on accepte, volontiers ou contraint, pour la très grande majorité des autres notions juridiques.

---

[132] *Théorie générale du droit*, 2ème éd. 1951, p.333.
[133] Note sous Com. 27 février 1996 Dalloz 1996, 520.
[134] Flour, Aubert et Savaux, *Les obligations*, 1, *L'acte juridique*, A. Colin 9ème éd. 2000, n°67 et 119 ; Malaurie et Aynès, *Obligations*, Cujas n°622.
[135] Flour, Aubert et Savaux, op. cit., n°378.
[136] *Cours de droit civil français*, T.4, 5ème éd. 1902, §.346, p.563 : « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties, et au but en vue duquel elles ont été formées* ».
[137] Mais cette confusion n'est pas une constante au XIXè siècle ; voir Jurisp. Gén. T.33, 1860, V°*Obligation*, n°664 et s. où de substantiels développements sont consacrés à la bonne foi et l'équité. Ex. n°670 *in fine* : « *C'est une règle d'équité, toujours sous-entendue dans les conventions, que celui qui supporte les charges en retire les profits (...). Enfin, l'équité dit aussi que l'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui (...)* ».

Surtout, on n'a pas tout dit lorsqu'on a affirmé que la sécurité juridique doit être préservée. De quelle sécurité parle-t-on[138] ? Est-ce au sens où l'entendait Ripert, dans certains de ses écrits ? Alors la sécurité est synonyme d'intangibilité des conventions[139]. Mais dans ce cas, n'est-ce pas la sécurité de quelques uns qui est assurée, privilégiée ? Ceux dont la position sociale, la situation professionnelle ou la puissance économique leur permettent de faire prévaloir exclusivement leurs propres intérêts, au détriment de ceux de leur partenaire. Dans les relations contractuelles inégalitaires, cette sécurité là est, en réalité, la sécurité des économiquement puissants construite sur l'insécurité des économiquement faibles. Demogue l'avait compris : « *Il y a donc fatalement des cas où la loi et le juge doivent choisir entre la sécurité des uns et des autres* »[140]. La liberté des conventions est alors source d'une « *fausse sécurité* » [141]. Pour ceux qui n'ont pas de pouvoir de négociation, la sécurité-intangibilité est un asservissement qui rend leur situation précaire, instable et parfois profondément désavantageuse. A leur yeux, la sécurité juridique provient de l'intervention du législateur ou du juge qui a pour finalité la justice contractuelle et donc, sinon l'équilibre des obligations et droits réciproques, du moins la sanction des déséquilibres manifestes et injustes. Non que le législateur ou le juge doivent se substituer aux parties dans l'écriture des stipulations contractuelles, non qu'il faille espérer atteindre l'équilibre parfait dans tous les contrats, – ces prétentions pèchent par utopie – il s'agit plus modestement, mais aussi plus efficacement, de ne pas, sous prétexte d'appliquer le principe de la force obligatoire des conventions, tolérer l'exécution forcée d'un contrat manifestement déséquilibré ou l'application d'une clause abusive, ni accepter les conséquences parfois économiquement désastreuses d'une résiliation d'un contrat à durée indéterminée ou du refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée.

Notion ambiguë, la sécurité juridique peut se révéler sclérosante pour le contrat. Il est certain que la justice contractuelle, qui confère au juge un rôle allant au-delà de la simple interprétation de la volonté des parties, heurte la sécurité-intangibilité. Le juge n'est pas ce serviteur du contrat, cet esclave de la volonté des parties auquel on a trop voulu croire. Du coup, l'insécurité, qui découle du décalage pouvant exister entre la décision du juge et les prévisions des parties, s'accroît à mesure que ses pouvoirs s'étendent. Mais est-il pertinent d'affubler la loi contractuelle d'intangibilité, lorsqu'on sait que, dans certains cas, les parties contractantes ne l'ont pas conçue sur un pied d'égalité ? Est-il juste de présenter la sécurité-intangibilité comme un dogme conférant à la loi contractuelle l'immuabilité, sauf nouvel accord des parties, alors qu'il est irréaliste de vouloir situer le contrat hors du temps[142] ? Prétention insensée que de vouloir pétrifier la vie économique et sociale en tentant vainement de maîtriser l'avenir. Demogue avait, au début du XXème siècle, finement analysé le conflit entre la sécurité souhaitée et l'évolution nécessaire : « *Pour avoir la sécurité complète, il*

---

[138] Sur les soubassements philosophiques qui conditionnent le sens de ce mot, voir : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ. 2ème éd. 1993, V°*Sécurité juridique*, par A.J. Arnaud.

[139] Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ. 1949, n°59. A l'époque, Ripert voyait dans le législateur, et non dans le juge, la cause de l'insécurité juridique. Au surplus, sa pensée est plus complexe qu'il y paraît puisqu'il refuse que la liberté contractuelle serve de prétexte à un contractant pour abuser de sa supériorité (*La règle morale dans les obligations civiles*, n°40). La pensée de Josserand suit un cheminement analogue. Il dénonce l'insécurité juridique engendrée par les lois modernes qui affaiblissent la force obligatoire des contrats (*Le contrat dirigé*, art. préc.), mais il approuve la jurisprudence qui enrichit le contrat en créant des obligations d'information, de surveillance, de garantie, sur le fondement de la bonne foi et de l'équité (*L'essor moderne du concept contractuel*, art. préc., p.344 et 345).

[140] *Les notions fondamentales du droit privé*, p.78.

[141] Op. cit., p.79 : Il en est ainsi dans les contrats d'assurance dont les polices contiennent « *tant d'embûches à l'assuré* » qui se croit en sécurité alors qu'il ne l'est point.

[142] Voir Ost, *Temps et contrat : critique du pacte faustien*, in *La relativité du contrat*, Trav. Ass. H. Capitant, LGDJ. 1999, T.IV, p.137.

faudrait l'immobilité indéfinie de la société »[143]. La sécurité n'étant pas un principe absolu, les autres valeurs, dont le droit assure la promotion, ne doivent pas être sacrifiées sur son autel, sous peine de provoquer une très grave « *congélation du droit* » [144] autour de ce seul principe.

Est-ce à dire qu'une opposition radicale existe entre justice et sécurité ? Peut-être pas, car on peut concevoir la sécurité autrement que comme synonyme d'intangibilité. Un auteur a remarqué que depuis quelque temps, dans la formation des conventions, « *la sécurité recherchée change de nature : d'objective et source de protection de la partie la plus forte, le créancier, elle devient subjective et permet la protection du plus faible, du futur débiteur* »[145] ; tandis que dans l'exécution du contrat, « *l'irrévocabilité et l'intangibilité refluent, laissant place à l'impératif de justice contractuelle* ». De manière plus générale, on peut se demander si à la sécurité-intangibilité, qui par la rigidité qu'elle implique est source d'injustice, on ne peut pas opposer une sécurité plastique, qui épouse les différences et les changements de situation et se préoccupe de tous les intérêts antagonistes en présence, et pas seulement de ceux des dominants. Le conflit n'est donc pas tant entre la sécurité statique (protection des droits acquis) et sécurité dynamique (protection de l'acquisition des droits) comme le pensait Demogue[146], qu'entre la sécurité absolue, intransigeante, qui relève du fantasme, et la sécurité relative, flexible, qui est une conciliation. Conciliation difficile mais nécessaire entre des intérêts contradictoires, ce qui implique des choix, une hiérarchie de valeurs. La seule sécurité juridique admissible est donc celle qui se fond harmonieusement dans la justice.

Outre l'ambiguïté qui affecte la notion de sécurité, il faut souligner la part de sentiment phobique qu'elle contient. Un simple regard sur le droit comparé ou sur les principes du droit internationaux des contrats, issus d'UNIDROIT ou de la commission Lando, suffirait à rasséréner les plus anxieux. La lésion, la révision pour cause d'imprévision, la bonne foi, la loyauté n'ont pas déstabilisé le contrat, ruiné le commerce ou fait exploser l'économie mondiale. L'apaisement peut aussi provenir de la lecture du passage suivant : « *de même que la nullité pour lésion ne peut se comprendre si on ne voit pas dans la lésion l'injuste exploitation du débiteur par le créancier, de même la nullité, la prorogation ou la révision du contrat pour imprévision est inadmissible, si on ne la justifie pas par cette idée que le contractant ne peut user jusqu'à l'injustice du droit que, juridiquement, lui donne le contrat* ». L'auteur de ces lignes, qui n'est autre que Ripert[147], était pourtant soucieux d'ordre et de sécurité. Il n'en admet pas moins que le contrat est subordonné à la justice, au risque de perturber les prévisions des parties, ou plus exactement dans le but de déjouer les prévisions du contractant qui a abusé de sa force économique pour obtenir un avantage contractuel excessif. La convention n'engendre pas une norme intangible ; modelée par les parties elle ne saurait cependant entraver l'intervention du juge soucieux qu'elle ne soit pas un instrument d'abus et de déséquilibre injuste.

L'angoisse de l'insécurité relève, en vérité, plus du sentiment que de la réalité. Curieux retour des choses, car ce sont les partisans les plus acharnés de la sécurité-intangiblité qui dénoncent régulièrement le sentimentalisme qui présiderait à la quête de la justice contractuelle. Certes,

---

[143] Op. cit., p.86.
[144] Demogue, op.cit., p.236.
[145] Thibierge-Guelfucci, art. préc., p.376. Cette phrase appelle une double réserve : d'une part, l'opposition entre l'objectif et le subjectif est trop simpliste pour être pertinente et, d'autre part, le fort ne s'identifie pas au créancier, ni le faible au débiteur.
[146] *Les notions fondamentales du droit privé,* p.72. Sur les rapports entre l'autonomie de la volonté et les sécurités statique et dynamique, voir *Traité des obligations en général*, T.1, 1923, n°30.
[147] *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 4ème éd. 1949, n°86.

M. Delebecque a raison de marteler que le contrat « *n'est pas et ne doit pas être une œuvre de charité. (...) S'il faut réprimer les manœuvres déloyales, il n'est pas nécessaire d'encourager le sentimentalisme* »[148]. Mais, le sentimentalisme n'est peut-être pas là où les thuriféraires de la sécurité l'imaginent. D'une part, les adeptes de la justice ou du solidarisme contractuels récusent le sentimentalisme, le moralisme et l'insécurité chronique[149]. Personne, sauf erreur, ne plaide en faveur du chaos contractuel ou de l'arbitraire du juge. D'autre part, Demogue avait pertinemment souligné que la sécurité n'est pas qu'une réalité, c'est aussi « *un sentiment, chose subjective s'il en fut* »[150]. Il reconnaît, non sans lucidité, que « (…) *cette sécurité si importante, dont on fait volontiers la base du droit, est un idéal utopique dans une certaine mesure. (...) Ainsi tout sacrifier à la sécurité, c'est ne viser qu'à un but qu'il est impossible d'atteindre complètement* »[151].

Donc de deux choses l'une : ou bien le discours sécuritaire défend, consciemment ou non, les intérêts économiques dominants, et alors il faudrait le dire clairement ; ou bien il cède naïvement à l'utopie d'un monde contractuel figé et sclérosé par de trompeuses certitudes. La seconde branche de l'alternative pourrait tenter les esprits épris de solutions simples et de notions clairs. Mais, « l*a clarté des notions est plus un besoin de l'esprit affamé de sécurité qu'une traduction de la réalité complexe des choses* »[152]. Cette critique peut d'ailleurs se retourner contre les « nouveaux » devoirs imposés aux contractants, dans la mesure où leur élaboration privilégie la généralité et l'abstraction.

C – LES MEFAITS DE LA GENERALITE ET DE L'ABSTRACTION

La généralisation est utile à la science juridique. Mais elle engendre des effets nocifs lorsqu'on lui voue un culte et que l'abstraction, qui lui est inhérente, fait oublier la complexité de la réalité. Si un reproche doit être adressé aux devoirs ou obligations imposés par le législateur ou le juge aux contractants c'est celui de l'excès de généralité et d'abstraction. A vrai dire, lorsque la loi érige un devoir contractuel, celui-ci ne peut être que général et abstrait ; il emprunte les caractères de son support. La critique concerne donc essentiellement la jurisprudence qui, pour créer de nouveaux devoirs contractuels, utilise la méthode législative. Ce n'est pas le lieu de discuter de la pertinence du style législatif et la portée normative des arrêts de la Cour de cassation, magistralement mis en lumière par M. Zenati[153]. Après tout, n'est-ce pas un palliatif de l'incurie ordinaire du législateur moderne ? Pour l'heure, on se contentera de montrer que la généralité et l'abstraction nuisent aux devoirs contractuels d'origine jurisprudentielle. On ne peut qu'éprouver un malaise devant la proclamation prétorienne de devoirs tels que ceux de bonne foi et de loyauté. L'immensité de leur étendue donne le vertige à quiconque tente d'en déterminer les limites. Que signifie concrètement être de bonne foi et loyal ? Les obligations de collaboration et d'information, quant à elles, contiennent davantage de précision. Toutefois, il ne faut pas se fier aux

[148] Defrénois 1996, 1374.
[149] Voir D. Mazeaud, art. préc., in Mélanges Terré, p.624 et s. ; Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Etudes offertes à Ghestin, p.441.
[150] Op. cit., p.79.
[151] Op. cit., p.86.
[152] Demogue, op.cit., p.11.
[153] Sur la « *jurisprudence législative* » voir Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz 1991, p.177.

apparences ; affirmer l'existence d'une obligation ou de collaboration n'indique pas qui en est débiteur, quelle est l'intensité de son contenu, ni dans quelles circonstances elle s'impose.

Force est donc d'approfondir l'analyse et de se demander pourquoi le juge a-t-il, dans certains cas, éprouvé la nécessité de créer des devoirs à la charge des contractants ? S'agissant du devoir très général de loyauté, c'est évidemment pour sanctionner un comportement malhonnête. Mais qu'en est-il pour les obligations d'information, de collaboration ou de préservation de l'équilibre contractuel ? Toutes n'obéissent pas à la même logique. Ainsi, l'obligation de coopération, d'esprit « *naturellement bilatéral* »[154], se justifie par le seul souci d'assurer l'utilité économique de certaines prestations contractuelles, par exemple dans les contrats d'informatisation, de transfert de savoir-faire, de mise au point de brevet etc. En revanche, l'obligation de préserver l'équilibre contractuel, au besoin en révisant les clauses stipulées, ainsi que les obligations d'information et de conseil s'expliquent par un souci de protection de la partie en situation de vulnérabilité afin qu'elle bénéficie réellement de l'utilité économique légitimement attendue du contrat. Ces obligations ne sont donc pas naturellement bilatérales, mais unilatérales. Elles n'existent que si une relation d'inégalité est constatée, notamment un déséquilibre de puissance économique[155]. Par conséquent, toutes les obligations contractuelles créées par le juge, sur le fondement de l'art. 1135, ne découlent pas du devoir général de loyauté, généralement confondu avec la bonne foi, qui lui s'impose à tous.

Prenons le cas de l'arrêt Huard du 3 novembre 1992[156]. L'obligation mise à la charge de la compagnie pétrolière d'adapter au marché les prix fixés conformément à une clause d'indexation stipulée dans le contrat de distribution, qui est sanctionnée en l'espèce par l'octroi de dommages-intérêts, est en apparence fondée sur l'exigence de bonne foi, prise comme synonyme de loyauté. Pourtant, la solution aurait-elle été identique si, au lieu d'être supérieurs, les prix stipulés dans le contrat étaient devenus, en cours d'exécution, inférieurs à ceux du marché ? Dans cette hypothèse, la puissante compagnie pétrolière, aurait-elle pu obtenir la condamnation de son distributeur pour exécution de mauvaise foi du contrat et violation de l'obligation de renégociation ? A l'évidence, la réponse est négative. La bonne foi, au sens de loyauté, ne peut servir de fondement aux décisions qui sanctionnent les abus de puissance économique en restaurant l'équilibre contractuel. En effet, elle doit peser uniformément sur tous les contractants, avec la même intensité. Il n'est pas admissible qu'un contractant, fut-il économiquement faible, puisse être de moins bonne foi qu'un autre, plus déloyal qu'un autre... S'agissant d'une notion homogène et omniprésente en droit des obligations, tous les contractants doivent être égaux devant elle. Il est vrai qu'abuser de sa puissance économique c'est, en un sens, être déloyal. Mais, à elle seule, la notion de déloyauté n'explique rien en raison de sa trop grande généralité, de son abstraction.

Le même constat peut être dressé à propos de l'obligation d'information ou de conseil. Le principe demeure que chaque personne doit se renseigner et veiller à la défense de ses propres intérêts[157]. Toutefois, la jurisprudence a mis à la charge du sachant, le plus souvent un professionnel, une obligation d'information afin d'éclairer le profane, le plus souvent un consommateur ou un professionnel de spécialité différente. C'est bien de ce déséquilibre de

[154] Mestre, obs. RTD.civ.1986, 100.
[155] Pour plus de détails, voir Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Grenoble II 1996, n°751 et s ; où l'on a tenté de montrer que la puissance économique pouvait être source d'obligations.
[156] Précité note 85.
[157] Jourdain, *Le devoir de « se » renseigner*, D. 1983, Chron.139 ; Le Tourneau, *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D. 1987, Chron. 101.

compétences que naît l'obligation d'information ou de conseil. Dire que celui qui sait se comporte de manière déloyale, s'il ne renseigne pas le néophyte ou l'ignorant, n'apporte rien. Il importe d'apprécier concrètement les connaissances et les compétences des parties en présence pour savoir s'il est juste de mettre à la charge de l'une d'entre elles une obligation d'information ou de conseil. Cette obligation sera d'autant plus intense et rigoureuse que le déséquilibre informationnel sera important. Créer une obligation d'information ou de conseil sur la tête d'un contractant, sans constater un déséquilibre de compétences au détriment de son partenaire, c'est commettre une injustice en protégeant une personne qui n'en a nul besoin. Par exemple, il a été jugé que les compétences professionnelles d'un client ne dispense pas le notaire ou l'avocat de son obligation de conseil[158]. Cette règle jurisprudentielle générale et abstraite est source d'injustice car le client va pouvoir rechercher la responsabilité civile d'un professionnel, alors même qu'il maîtrise toutes les compétences pour décider et agir de manière avisée. Pour les mêmes raisons, il est permis de désapprouver, la jurisprudence qui maintient l'obligation de conseil du notaire lorsque le client profane est assisté d'un conseil compétent (ou présumé l'être), qui devrait seul supporter cette obligation. D'ailleurs, cette jurisprudence n'est ni constante[159], ni cohérente puisque, l'obligation d'information, habituellement considérée comme d'une moindre intensité que l'obligation de conseil, disparaît lorsque les contractants sont sur un pied d'égalité quant à leurs compétences[160]. Mieux vaudrait privilégier une appréciation particulière et concrète des compétences[161], comme le fait du reste la jurisprudence en matière de vente : à l'égard de l'acheteur professionnel, l'obligation d'information du fabricant n'existe 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 qui lui sont livrés[162].

Les méfaits de la généralité et de l'abstraction se retrouve dans l'arrêt Baldus[163]. Il n'est ni raisonnable ni réaliste d'affirmer péremptoirement « *qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur* ». Certes, on a pu remarquer que l'utilisation de l'imparfait (« *pesait* ») limite la généralité de la solution et ne remet pas en cause la jurisprudence antérieure qui sanctionnait, dans certains cas, la réticence de l'acheteur[164]. Possible, mais certains auteurs se sont néanmoins empressés de qualifier cette décision de « *coup d'arrêt* »[165] et de réécrire au présent de l'indicatif l'attendu suscité sous forme de règle générale : « *aucune obligation d'information ne pèse sur l'acheteur* »[166]. Nous aimerions donc pouvoir suivre M. Loiseau, lorsqu'il confère à l'imparfait du verbe la vertu de rapporter la règle énoncée aux faits de l'espèce. Mais alors il y a de quoi regretter la pauvreté de leur relation ! On ne sait rien sur le vendeur. Mme Boucher est-elle une amatrice d'art qui a collectionné des photographies de Baldus, sans toutefois connaître la très grande notoriété de l'artiste, et qui a souhaité s'en départir ou bien une vieille grand-mère qui a retrouvé au fur et à mesure du rangement de son grenier quelques clichés encombrant ? Quelle était sa situation financière, au jour de la vente ? Quel était son milieu social et culturel ? Pourquoi a-t-elle morcelé les ventes au lieu de céder toutes les photographies en une seule fois ? On ne sait rien non plus de l'acheteur. M.

[158] Civ. 1ère 28 novembre 1995 Defrénois 1996, p.361 obs. Aubert ; Civ. 3ème 7 juillet 1998 D. aff. 1998, p.1392.
[159] Civ. 3ème 12 juin 1996 JCP N. 1997 II p.241 note Nanzir ; Civ. 1ère 4 février 1997 D. aff. 1997, p.309.
[160] Civ. 1ère 2 juillet 1991 Bull. civ. I n°228.
[161] Contra : Jourdain, obs. RTD.civ. 1998, 912, qui invoque les impératifs de simplicité et de sécurité juridique.
[162] Civ. 1ère 3 juin 1998 Bull. civ. I n°198.
[163] Civ. 1ère 3 mai 2000, Defrénois 2000, art. 37237, p.1110, n° 64, obs. crit. D. Mazeaud et obs. approb. Delebecque ; Contrats, Conc., Consom. 2000, n°140 obs. approb. Leveneur ; RTD.civ. 2000, 566 obs. Mestre et Fages ; JCP. 2000 I 272, n°1 obs. approb. Loiseau ; ibid II 10510 note crit. Jamin.
[164] En ce sens Loiseau, obs. préc.
[165] Mestre et Fages, obs. préc.
[166] Delebecque, obs. préc.

Clin est-il un professionnel de la photographie artistique ? Avait-il déjà un acheteur ferme, pour un prix déterminé, avant d'acquérir la seconde série de photographies ? Enfin, on ne sait rien du cours des photographies de Baldus sur le marché de l'art. Y en a-t-il un ? Si oui, le prix du marché a-t-il augmenté entre 1986 et 1989 ? Correspond-il au prix de revente des photographies par M. Clin ou bien le sous-acquéreur les a-t-il, consciemment ou non, surpayées ? Ce dernier a-t-il été rencontré par hasard ou bien M. Clin avait-il un réseau de connaissances et de relations lui ayant permis, grâce au temps et à l'argent investis, de valoriser au mieux ces photographies ? Sans répondre à ces questions, il est impossible de motiver une décision ; motivation qui, dans l'arrêt Baldus, brille par son absence.

Du coup, la doctrine en est réduite aux conjectures quant à savoir si l'arrêt Baldus est compatible avec l'arrêt qui a jugé un acquéreur de titres sociaux, par ailleurs dirigeant de la société dont les titres étaient cédés, coupable de réticence dolosive pour ne pas avoir révélé au cessionnaire l'existence de négociations qu'il avait engagées pour un prix supérieur à celui convenu[167]. En outre, la règle générale posée par l'arrêt Baldus est d'ores et déjà inconciliable avec une décision rendue quelques mois plus tard[168]. En l'espèce, un dol a été admis à l'encontre de l'acquéreur d'une parcelle immobilière qui connaissait la richesse de la composition du sol et avait caché, par le biais d'une clause de substitution et en déclarant qu'il envisageait en usage mixte d'habitation et agricole, son projet d'exploitation d'une carrière. Les commentateurs ont essayé de concilier ces décisions en relevant soigneusement les différences factuelles. Sans se prononcer sur la possibilité d'une conciliation, il faut avouer qu'ils ont raison quant à la méthode mise en œuvre. Leurs analyses factuelles prouvent que la généralité et l'abstraction sont un leurre, le droit jaillissant des faits (*jus ex facto oritur*). Le débat sur l'obligation d'information devrait être avant tout conditionné par des considérations particulières et concrètes que l'on peut ainsi résumer : les parties étaient-elles dans une relation d'inégalité au moment de la conclusion de la convention ? Cette inégalité a-t-elle causé un déséquilibre manifeste au sein du contrat en raison de l'absence de communication, par la partie en situation dominante, d'une information primordiale pour son partenaire ? Ce n'est qu'en acceptant de se plonger dans la casuistique, et non en se contentant de formule expéditive, que l'on pourra déterminer, dans chaque cas particulier, la juste mesure. C'est ce à quoi invite Portalis, dont la prudence aurait pu servir de modèle de réflexion dans l'affaire Baldus : « *Il est sans doute naturel que l'on veuille vendre cher et acheter bon marché : c'est ce que les lois civiles de toutes les nations reconnaissent, lorsqu'elles déclarent qu'il est permis, jusqu'à un certain point, à un vendeur et à un acheteur de se circonvenir mutuellement* : esse invicem circumvenire, *pour tirer le meilleur parti possible de leur position respective. Mais il ne faut pas étendre trop loin cette sorte de permission ou de tolérance* »[169]. C'est donc une question de juste mesure, qui nécessite une appréciation concrète des cas.

Au lieu de se plier à cette méthode casuistique, seule apte à saisir la complexité du réel, la Cour de cassation se complait dans une espèce de « *césarisme judiciaire* »[170], par lequel elle ne prend plus la peine de poser les problèmes, de concevoir les questions et d'argumenter ses réponses. La jurisprudence perd ainsi en réalité ce qu'elle gagne en simplicité. Elle oublie que le droit est avant tout une science aporétique[171], axiologique et rhétorique, qui ne peut se

[167] Com. 27 février 1996 JCP 1996 II 22665 note Ghestin ; D. 1996, 518 note Malaurie et 591 note Ghestin.
[168] Civ. 3ème 15 novembre 2000 Contrats, Conc., Consom. 2001, n°23 obs. Leveneur ; Defrénois 2001, art. 37309, p.242 obs. Savaux.
[169] Locré, T.14, 170.
[170] Atias, *Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées*, RRJ. 2001-1, p.59, spéc. P.68.
[171] Atias, *Philosophie du droit*, PUF. 1999, p.243 et s.

construire sans dialectique. Or, par la généralité et l'abstraction de sa méthode, la Cour de cassation fait œuvre destructrice, non pas volontairement : un peu par tradition, beaucoup par manque de moyens. En généralisant à l'excès ses décisions, elle en obscurcit la portée ; en simplifiant les règles qu'elle édicte, elle les rend irréalistes ; en se délectant de principes, elle multiplie les exceptions. Selon un Haut conseiller[172], les principes généraux, créés par la jurisprudence de la Cour de cassation, sont les « *garde-fous des excès du droit* », prenons garde qu'ils ne caractérisent les excès d'un droit fou. A n'en pas douter, les règles et principes généraux ne doivent pas être bannis du droit, ne serait-ce parce qu'ils permettent une économie de moyens et de temps. Mais il ne faut pas qu'ils deviennent, par une économie de réflexion, des dogmes ou des espèces de formules magiques dont l'hermétisme dissimule la vacuité[173]. Et ce d'autant plus que les abstractions juridiques ne constituent nullement un rempart contre l'arbitraire des juges[174]. Il serait grand temps d'écouter les sages conseils de Demogue : il faut éviter que le juge prononce des solutions de portée générale, sur des questions nouvelles, en l'absence de doctrine[175] ; les arrêts doivent « *contenir un exposé des faits suffisant pour en établir complètement la portée* » et « *donner les motifs profonds de leurs solutions et non pas procéder par affirmations, comme ils tendent à le faire. Il doit ressortir très clairement de leurs termes que c'est pour telle ou telle raison que l'on s'est écarté dans telle affaire de la solution qui avait été précédemment proposée* »[176].

Pour tenter de répondre à la question posée dans l'intitulé de cette étude, on peut avancer l'idée que le droit positif n'est pas allé trop loin dans la création des devoirs ou obligations imposés aux contractants, indépendamment de leur volonté, par le juge ou le législateur. Il est même tentant de proposer la consécration franche d'un devoir contractuel, sous-jacent dans nombre de décisions, mais non encore officiellement proclamé : celui en vertu duquel une partie économiquement puissante est tenue de préserver l'équilibre contractuel ou alors d'indemniser son cocontractant, qui se trouve dans une situation d'infériorité, si ce dernier subit une lésion injuste en raison du déséquilibre causé à son détriment. Sans recourir à la fraternité, mais sans être tétanisé par le spectre de l'insécurité juridique, la jurisprudence doit continuer l'œuvre salutaire qu'elle a entreprise en imposant la justice dans la sphère du contrat. Dans cette conception commutative et équitable du contrat, d'aucuns diront solidariste, l'intervention du juge, qui peut venir perturber les prévisions des parties, ou du moins de celle qui a imposé sa loi, n'est pas un forçage, mais un impératif de justice. Le contrat n'est pas hypertrophié, mais mieux appréhendé[177]. En revanche, la méthode doit être profondément révisée. C'est d'une révolution méthodologique dont on à besoin si l'on veut répondre par l'affirmative à la question provocatrice, mais courageuse : « *le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ?* »[178]. Certains Hauts magistrats en sont d'ailleurs conscients et reconnaissent que la manière de juger de la Cour de cassation encourt le risque d'être contraire à l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de

---

[172] Sargos, *Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, JCP 2001 I 306.
[173] Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p.235 : *« En formulant des principes, la doctrine ou le législateur créent des idées forces. Et chacun ne réfléchissant pas toujours et même ne pouvant réfléchir à toutes les conséquences du principe qu'il applique, on en fait une sorte de dogme qu'on applique sans réserve. Or ce qui est souvent vrai ne l'est pas toujours* ».
[174] En ce sens, Gény, *Méthode d'interprétation …*, op.cit., T.I, n°75, p.170.
[175] *Les notions fondamentales du droit privé*, p.220.
[176] Op. cit., p.222. Voir aussi Touffait et Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, RTD.Civ. 1974, 487.
[177] Cette affirmation relève d'un choix philosophique qui ne doit pas être masqué par le vernis de la technique juridique, mais doit être assumé en tant que tel.
[178] Guinchard, in Mélanges Terré, op. cit., p.761.

l'homme[179]. La critique prend pour cible le cœur même de sa méthode suivant laquelle le contrôle n'est que de pur droit, ou prétendu tel. Mais, à vouloir séparer le fait du droit la Cour de cassation en vient à rendre des décisions sans substance juridique, car sans motivation. Ne finira-t-on pas par estimer qu'une décision non motivée ne peut pas être équitable et que l'exigence de motivation n'est pas satisfaite par la simple réponse formelle à des moyens de droit ? Proposons donc quelques jalons pour alimenter la réflexion : des décisions motivées en fait et en droit, des raisonnements étoffés et étayés par des considérations juridiques et extra-juridiques (ex : philosophiques, économiques, sociologiques), des analyses concrètes, une *ratio decidendi* explicitée dans la décision (et non dans des écrits périphériques, tels que rapports, conclusions, notes ou articles) et, pourquoi pas, la publication systématique des opinions divergentes des juges.

[179] Burgelin, *La Cour de cassation en question*, D. 2001, Point de vue, p.932.