

1. Le diagnostic pourrait inquiéter, pour ne pas dire alarmer : alors qu'en une déconcertante stabilité, les textes du droit commun n'ont presque pas changé depuis 1804 (1), le législateur et la jurisprudence multiplient les dispositions et solutions spéciales incompatibles avec la théorie générale du contrat, au point qu'on se demande « si à la longue, l'excès maladif de règles ne (la) tuera pas » (2), voire si, à force de se réduire comme une peau de chagrin, elle ne constitue pas aujourd'hui un « droit mort » (3). On nous avait déjà signalé que le contrat était en crise (4). Voilà que celle-ci affecte maintenant la théorie générale. Mais de quelle crise s'agit-il ? D'une crise de vieillesse, prélude à la mort, comme tendraient à le laisser penser les cris d'alarme précédemment évoqués... ou d'une crise de croissance qui obligerait la théorie générale à mourir à elle-même pour renaître à une vie élargie ?

Qu'on l'imagine un instant : au sortir d'une adolescence baignée d'individualisme (5), la théorie générale a connu une forte crise de croissance marquée par la remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté qui l'avait dominée et expliquée jusque-là. Et voilà que dans la déstabilisation de ce fondement perdu, apparaissent des droits jeunes pleins de vitalité et mus par une puissance naturelle d'expansion, comme les droits de la consommation ou de la concurrence, dont les règles malmènent pour le moins les principes classiques (6) de consensualisme, de liberté contractuelle et autre force obligatoire. Ces droits multiplient à grande échelle des atteintes que le droit contemporain avait déjà commencé à porter à la théorie générale (7) ; en outre, ils incarnent le droit au quotidien.

2. C'est un véritable défi auquel se trouve confrontée la théorie générale : transformer l'outrage de l'atteinte en un aiguillon d'évolution (8), afin d'entrer dans l'âge de la maturité avec une suffisante largeur de vues pour pouvoir expliquer et fédérer ce foisonnement de règles spéciales et guider les transformations à venir. Défi d'autant plus rude que les forces centrifuges de la spécialisation semblent aujourd'hui débridées (9), et d'autant plus profond que l'évolution nécessaire ne peut plus continuer à s'effectuer seulement par voie d'exception aux principes existants (10). Comme il a été observé « nombre d'auteurs appellent aujourd'hui de leurs vœux un approfondissement et un renouvellement de la théorie générale du contrat laquelle s'enrichirait de nouveaux principes déjà en germe dans certaines dispositions spéciales » (11). Cette prise de conscience a pu conduire certains d'entre eux à proposer une nouvelle approche du contrat, non plus en termes d'intérêts antagonistes, mais plutôt fondée sur la collaboration (12), sur une *affectio contractus* (13) qui permettrait de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires, empreints de plus de fraternité et de justice. Ainsi pour les contractants, d'adversaires devenir partenaires. C'est dans cette aspiration que s'inscrivent ces libres propos sur la transformation du contrat et sur ses répercussions sur la théorie générale.

Il ne s'agira pas ici d'en appeler à une modification législative du droit commun des contrats (14), qui sera distingué de la théorie générale elle-même (15) qui le chapeaute et l'explique, mais de rechercher des pistes d'évolution sous forme de principes, à la fois induits des règles spéciales et donc en prise avec la réalité des contrats d'aujourd'hui, et déduits d'aspirations supérieures, telles l'utilité sociale, la justice et la fraternité qui, de l'avis de plusieurs auteurs contemporains, sous-tendent notre droit commun (16). Pour parvenir à ces propositions, le constat de la transformation du contrat constituera un indispensable préalable (I), tant l'image que l'on s'en fait s'avère solidaire des principes qui le gouvernent. Et c'est le possible décalage entre le contrat d'aujourd'hui et la théorie générale qui conduira à envisager l'accueil que celle-ci peut réserver à la transformation du contrat (II).

I. - Le constat de la transformation du contrat

3. Traditionnellement, le contrat apparaît comme un moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté. Instrument de prévisibilité au service de la sécurité, il constitue une bulle protégée des influences extérieures, un monde clos sur la stabilité duquel les parties peuvent compter. Aujourd'hui, bien que l'on continue souvent à enseigner l'immutabilité de ses termes (17), son indifférence à l'imprévision (18) ou aux déséquilibres initiaux (19), se multiplient les signes qui invitent à le considérer autrement. Le contrat n'apparaît plus, en effet, comme un monde fermé, hermétiquement clos (20) ; il est soumis aux influences extérieures, entre en interaction avec l'ordre juridique qui l'accueille et le modèle (A). Notre croyance en son intangibilité peut s'en trouver malmenée, notre aspiration à la sécurité aussi ... sauf à voir dans cette nouvelle plasticité contractuelle la source d'une adaptabilité susceptible de doter le contrat d'une pérennité (B) qui pourrait lui conférer, dans notre monde en mutation, une force plus grande que celle de l'immobilisme.

A - Du bloc contractuel au lien contractuel

4. Quel regard un Troplong ou un Lerebours-Pigeonnière porteraient-ils sur le contrat d'aujourd'hui ? Certes, comme hier, le contrat demeure un accord de volontés en vue de produire des effets de droit, même si la notion s'est étoffée sous l'influence kelsennienne (21). Certes, par-delà l'évolution partielle de la notion, son régime ne s'est transformé que par touches successives, sans vision d'ensemble, au fil des évolutions économiques et sociales qui ont donné naissance au contrat d'adhésion, des solutions jurisprudentielles, au gré de la pratique aussi. Pourtant, en cette fin de XX^e siècle, c'est l'image du contrat lui-même qui s'est métamorphosée ; Troplong ne le démentirait pas ! Le contrat n'est plus vraiment ce qu'il était (22). Demogue déjà n'en disait-il pas « *le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale* » (23).

5. L'image traditionnelle du contrat pourrait s'exprimer dans la surprenante conjonction d'une bulle et d'un bloc. Une *bulle* d'abord, un monde fermé, protégé, imperméable aux influences extérieures ou intérieures - celles des parties - qui traverse le temps sans être affecté par les changements ; il fait fi de l'évolution des circonstances, ce qui le met à l'abri de la révision pour imprévision, fi des lois nouvelles, protégé par la survie de la loi ancienne qui va perdurer à son seul profit, malgré son abrogation, afin de ménager les prévisions des parties, fi des changements d'avis individuels des parties, la révocation unilatérale étant en principe impossible ou encore fi de l'illicéité même de ses buts, puisque dans la conception classique, le juge se refusait même au contrôle de la cause subjective. *Une fois conclu, le contrat apparaît comme une création statique s'imposant aux parties, à la volonté desquelles il échappe désormais, s'imposant au juge, en principe impuissant à le modifier, et au législateur dont la loi nouvelle ne peut produire sur lui aucun effet.*

Tel un îlot sorti du flux du temps et du changement, le contrat apparaît également comme un *bloc*. Plus précisément c'est un bloc cristallisé de droits et d'obligations constitué une fois pour toutes, indifférent à ses propres déséquilibres internes (24), qu'ils soient concomitants ou postérieurs à sa conclusion. Il puise sa force dans son immutabilité. Ses termes tiennent lieu de loi à ceux qui l'ont créé et il faudrait le cas extrême d'une contrariété avec l'ordre public ou les bonnes moeurs pour que le juge puisse interférer. La rencontre des volontés produit ainsi une sorte de cristallisation contractuelle qui leur échappe, conférant au contrat cette sécurité immobile, cette teneur immuable, cette imperméabilité presque absolue qui le préserve des mouvements et des contingences de la vie et du temps. Peut-on aujourd'hui encore tenir cette intangibilité pour la véritable force du contrat ?

6. La nouvelle physionomie du contrat telle qu'elle résulte de l'évolution législative, jurisprudentielle et pratique modifie en profondeur la représentation classique du contrat. *Le contrat apparaît aujourd'hui à la fois comme un lien entre les parties dont il est l'oeuvre commune, et comme une entité contractuelle* (25) constituée d'un ensemble de droits et d'obligations, potentiellement cessible, qui s'insère dans un ordre juridique avec lequel il est relié. Il en résulte une figure plus complexe, plus mouvante aussi, plus vivante et sensible à toutes sortes de variations, qu'elles soient externes comme celles de la loi applicable dans le temps ou internes comme les changements de situation de l'une des parties (26). Ainsi au cours de ce siècle se sont multipliées les lois nouvelles qui, par leur effet immédiat, modifient les contrats en cours, les possibilités pour le juge d'intervenir sur le contrat, afin d'en rééquilibrer les prestations (27), d'en éradiquer les clauses abusives, d'en changer les termes pour prendre en compte la situation délicate du débiteur (28), voire d'en compléter la teneur (29) en y ajoutant de nouvelles obligations.

Le contrat apparaît d'abord comme *un lien entre les contractants*. Le lien d'obligation qui unit les parties à un contrat jouit d'une vie propre, indépendante de la volonté des personnes qui lui ont donné naissance. En effet, lorsqu'elles se rencontrent les volontés se cristallisent en consentement (30) produisant un accord qui échappe à leur contrôle. La volonté des parties aurait beau évoluer, voire s'inverser (31), le lien n'en continuerait pas moins à exister et à produire ses effets. L'approche traditionnelle du contrat pousse à l'extrême cette logique de cristallisation du contrat qui, une fois conclu, devient irrévocable et intangible.

Aujourd'hui, alors que la terminologie même de *lien contractuel* tend à se généraliser (32), celui-ci s'apparente de plus en plus à un lien vivant (33) entre deux personnes en ce qu'il instaure entre elles une relation, ce qui suscite deux observations.

D'une part, *le lien contractuel tend peu à peu à substituer au conflit d'intérêts, l'union des intérêts*. On l'envisage en effet moins aujourd'hui comme le choc frontal de deux intérêts individuels antagonistes momentanément compatibles lors de l'échange des consentements, que comme la rencontre inscrite dans le temps de deux aspirations convergentes à collaborer, ce qui suppose une entente minimum entre les parties, sorte d'*affectio contractus* (34). Celle-ci ne peut se réduire à la seule volonté de contracter mais inclut également celle de maintenir le lien contractuel, de l'exécuter, de bonne foi, dans une convergence minimum d'intérêts avec l'autre partie, au service d'une oeuvre, d'une création commune. Cette exigence qualitative permet la sanction des abus et comportements déloyaux dans la conclusion et l'exécution du contrat ; elle transparait aussi dans l'esprit de solidarité, voire de fraternité qu'une partie de la doctrine, le juge et parfois la loi tendent à introduire dans le contrat (35).

D'autre part, la relation contractuelle, à l'image de la relation humaine, est soumise à une double polarité, prise entre des forces de cohésion, tendant à son maintien, donc à la pérennité du contrat, et des forces de changement tendant à l'évolution, voire à l'éclatement. La théorie générale a longtemps privilégié la première de ces polarités, dans une quête de sécurité contractuelle comprise comme le maintien de l'acte dans son état initial, grâce à l'immuabilité de ses termes. Certes, comme toute relation, celle issue du contrat comportait déjà une part d'aléatoire, d'imprévisible, mais le droit commun n'acceptait de la prendre en compte que dans les hypothèses les plus extrêmes de force majeure, par la théorie des risques, laissant aux parties le soin de prévoir elles-mêmes les autres éventualités, grâce notamment aux clauses d'adaptation.

Or cette part d'imprévisible contenue dans la relation contractuelle, liée aux évolutions de chaque partenaire, du droit positif et des circonstances, économiques ou autres, peut être appréhendée de diverses façons : soit le contrat ne peut l'intégrer, parfois au risque de l'inéquité et de l'inutilité (36), soit le lien contractuel s'avère assez flexible pour s'y adapter et traduire l'évolution, ce qui constitue alors pour lui un gage de survie. Toute la question consiste alors à savoir, non pas s'il est acceptable qu'il le fasse, mais dans quelle mesure cela est possible, afin de ne pas remettre en cause l'engagement contractuel et l'acte d'emprise sur l'avenir qu'il constitue.

7. *Si le lien contractuel devient plus plastique, plus souple, plus adaptable, il devient par là-même moins cassant*. Le droit contemporain des contrats en fournit nombre d'illustrations, jurisprudentielles ou légales : le développement de la régularisation propre à opérer une validation objective de l'acte initialement entaché d'irrégularité (37) ; la substitution d'une disposition régulière à une clause irrégulière (38) ; la généralisation de la sanction du réputé non-écrit (39), qui permet l'amputation des seules clauses illicites ; l'apparition de la subtile notion de dol incident, sanctionné par la seule responsabilité ; l'obligation pour une partie de faire évoluer le contrat avec les circonstances de son exécution (40) ; jusqu'à l'admission récente, par la Cour de cassation, de la validité de la détermination du prix par référence au tarif du vendeur (41), dans la seule limite de l'abus, sanctionné par des dommages-intérêts de préférence à la sanction radicale de l'ancienne nullité totale et absolue pour l'indétermination du prix. Autant d'exemples, que l'on pourrait multiplier (42), où la survie de l'acte régularisé, réparé, révisé, modifié, adapté, expurgé, suspendu, prévaut sur son anéantissement pur et simple.

Comme si le droit actuel des contrats tentait, en une savante et délicate alchimie, de combiner les forces de maintien de l'acte, exprimées dans l'aspiration grandissante à la pérennité du contrat (43), et les forces d'évolution axées sur son adaptation. Le fruit en est la *souplesse contractuelle* (44) qui permet à l'acte de survivre par sa capacité à s'adapter. Cette tendance transparait particulièrement dans la mutation du droit des sanctions : alors que traditionnellement le juge pratiquait une politique de « tout ou rien » (45), privilégiant fréquemment l'annulation totale pour sanctionner les irrégularités de l'acte, il tend aujourd'hui à préférer des sanctions qui conservent au contrat sa validité. Au point qu'on observe aujourd'hui une inversion de rapports entre la nullité totale et la nullité partielle. Elle se trouve clairement exprimée dans la législation récente sur les clauses abusives qui pose en principe le maintien de l'acte expurgé (46). De là à en induire un principe plus général de maintien du contrat lorsque seules certaines de ses clauses sont illicites, il n'y a qu'un pas que d'autres droits ont franchi (47) et qui présente l'avantage d'ajuster l'étendue de l'annulation - partielle - sur la stricte mesure de l'illicite (48).

8. La survie du contrat est également assurée par un autre aspect de sa nouvelle physionomie, en ce qu'il apparaît comme une *véritable entité contractuelle*, ensemble de droits et d'obligations et autres prérogatives (49). A ce titre, il est *susceptible de se détacher de la personne des contractants* ou de l'un d'eux, et d'être considéré de manière autonome, pour sa valeur économique, patrimoniale, ce qui pourrait permettre d'en admettre la cession dans son ensemble. Il y a là d'ailleurs un curieux paradoxe : alors que dans une approche classique, le contrat, tout en restant attaché à la personne des signataires, affirmait son autonomie dans ses effets puisqu'une fois conclu, il devenait irrévocable et intangible, dans sa physionomie actuelle, il s'avère tout aussi susceptible de se détacher de la personne des parties que de subir leur intervention ou celle du juge.

Cette tendance contemporaine à l'objectivisation du contrat trouve l'une de ses plus significatives manifestations dans l'analyse renouvelée de la nature juridique de la cession de contrat, envisagée, non plus de manière dualiste comme une double cession de créance et de dette, mais comme un « transfert unitaire et intégral de la qualité de contractant », « dont l'objet est d'assurer la continuation du contrat en dépit du changement de l'une des parties » (50). Que l'employeur vienne à changer, et par le jeu de la cession légale des contrats de travail, il sera remplacé par un autre qui revêtira à sa place la qualité de partie (51). Des impératifs supérieurs de continuité et d'utilité sociale contribuent ainsi à transformer le régime du contrat, soulignant ainsi un troisième trait du contrat contemporain.

9. Bien plus qu'au siècle passé, *le contrat s'avère relié au milieu juridique* (52) qui l'accueille et le façonne, où il rayonne ses effets et

développe des interactions croissantes sur différents plans. Pendant longtemps, le contrat a été envisagé en lui-même, dans un rapport minimum avec l'ordre juridique (53). La loi et le juge se devaient d'interférer le moins possible dans la sphère contractuelle, toute intervention faisant figure d'intrusion et étant considérée, *a priori*, comme un mal, comme une atteinte exceptionnelle au contrat. Cette lecture a pu se justifier par le dogme de l'autonomie de la volonté, qui faisait presque de la loi contractuelle une égale de la loi. On n'envisageait pas davantage ses relations avec les tiers, marginalisés car se situant hors de la bulle contractuelle, ou encore ses liens avec d'autres contrats.

De nos jours, on ne peut plus le présenter abstraction faite du contexte juridique dans lequel il se développe au point que les définitions qu'en donnent les auteurs en portent la marque : « contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit » (54) ; « l'accord de volontés ne produit des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci » (55). Et l'on sait la multiplication de ces limites, au gré du développement de l'ordre public. Le contrat, pour déployer valablement et efficacement ses effets doit donc se plier aux contraintes de tous ordres qui émanent de l'ordre juridique. Ce dernier peut en imposer la conclusion, en façonner ou en modifier le contenu, voire favoriser sa disparition.

10. Soumis à l'ordre juridique, le contrat n'y rayonne pas moins de manière croissante : évoquer le rayonnement du contrat, c'est s'attacher à son effet, à la fois obligatoire et relatif, voire d'opposabilité à divers degrés. Dans une approche classique, le contrat est doté d'un rayonnement très puissant, puisque sa force obligatoire s'entend de manière absolue, mais cependant limité en ce qu'il se cantonne aux seules obligations voulues et aux seules personnes des parties, en vertu du principe d'effet relatif. Le contrat d'aujourd'hui cadre mal avec cette approche. Son rayonnement obligatoire se révèle à la fois plus large et plus diffus. Que l'effet obligatoire s'exerce sur une plus grande assiette, cela se vérifie à deux égards : quant aux obligations qui s'imposent aux parties, les effets obligatoires du contrat n'incluent plus seulement les obligations voulues par les parties mais aussi celles greffées à l'acte par la loi ou par le juge ; ainsi englobe-t-il aujourd'hui des obligations de sécurité, d'information, et autres obligations de conseil, de coopération, de loyauté, jadis ignorées ; quant aux personnes également, l'effet obligatoire s'est étendu : peuvent désormais être liées par le contrat, non seulement les personnes qui l'ont conclu, mais également d'autres qui s'y sont adjointes ensuite (56). *Cet élargissement, matériel et personnel du rayonnement obligatoire du contrat est contrebalancé par sa graduation : plus rayonnante, la force obligatoire du contrat est aussi moins absolue.*

En effet, susceptible de rayonner plus largement dans l'ordre juridique, le contrat y a développé des interactions croissantes avec les tiers ou avec d'autres contrats. Le contrat est considéré, non plus seulement en lui-même, mais comme un fait social (57). Cette reliance du contrat avec le milieu juridique dans lequel il se déploie s'est accrue dans la seconde moitié de ce siècle, par l'émergence de deux phénomènes : d'une part, la systématisation de l'opposabilité du contrat à l'égard des tiers (58), qui illustre l'interaction par le double aspect de l'opposabilité, par et aux tiers, et d'autre part, l'apparition des groupes de contrats (59), qui traduisent également les liens qu'un contrat est susceptible d'entretenir avec d'autres, parfois subissant les vicissitudes de l'anéantissement d'un autre, parfois infligeant les siennes.

Alors qu'une jurisprudence traditionnelle niait tout lien entre un contrat conclu par un consommateur et le prêt destiné à le financer, la loi l'a établi (60). Depuis, le contrat de crédit est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu se trouve lui-même annulé ou résolu. La jurisprudence met en oeuvre semblable solution, lorsqu'elle décide que la résolution du contrat de vente entraîne la résiliation du contrat de crédit-bail participant de l'opération (61). Le lien avec d'autres contrats s'exprime notamment par les répercussions de sanction dans un ensemble contractuel et par l'octroi d'actions entre les contractants extrêmes d'une chaîne de contrats. Seule la prise en compte croissante de l'interdépendance du contrat avec le milieu juridique pouvait permettre de telles solutions.

Va-t-on pour autant regretter l'antan et s'inquiéter de ce que le contrat se trouve ainsi ouvert aux vents de toutes les influences et qu'il perde de son immuabilité ? ou envisager que la plasticité contractuelle puisse être le gage d'une autre solidité ? Auparavant il a pu se maintenir sans s'adapter au risque de l'inéquité (62) ou de l'anéantissement, brisé par l'imperfection (63). La force du chêne ne voit-on pas se substituer la flexibilité du roseau... tirant une force particulière de sa souplesse traduite, en termes contractuels, par l'adaptabilité du contrat.

B. - De l'immutabilité absolue à la souplesse contractuelle (64)

11. Que la stabilité du contrat, acte d'emprise sur l'avenir (65), soit indissociable de sa nature même, cela est indéniable. La sécurité juridique participe de la confiance entre les parties et plus largement de l'utilité sociale du contrat. Cette stabilité ne doit pas pour autant se confondre avec l'intangibilité, « elle impose en réalité une certaine souplesse contractuelle » (66). En outre, la sécurité juridique, aspiration essentielle de la théorie générale, ne constitue cependant pas l'unique priorité. Elle se combine avec un souci croissant de justice contractuelle. C'est pourquoi le contrat, lien vivant entre les parties, doit être susceptible d'évoluer dans la mesure où des impératifs supérieurs le commandent. Si, comme l'évoquait le doyen Ripert, « l'immutabilité du contrat apparaît comme un anachronisme » (67), son adaptabilité, au contraire est une force au service de sa pérennité. Cette capacité d'évolution du contrat se vérifie non seulement dans ses termes mêmes (1), mais aussi dans la personne des parties (2).

1. De l'intangibilité absolue à la possible adaptabilité des termes du contrat

12. C'est la portée du principe de force obligatoire qui est ici en question. Or on sait qu'un principe juridique doit recevoir toute la portée que commande son fondement. C'est donc aux fondements mêmes - moral, philosophico-juridique et économique - du principe qu'il convient de remonter. Et si les fondements ont changé, par contrecoup la portée du principe de force obligatoire s'en trouve elle aussi métamorphosée. Leur évolution semble en effet à même de donner une autre lecture du principe qu'ils sous-tendent.

- *La redécouverte de la souplesse du fondement moral.* L'immutabilité des termes contractuels était souvent présentée comme l'application de la règle du respect de la parole donnée. Une fois le sens de cette parole mis à jour, si besoin par le jeu de l'interprétation, le juge ne pouvait qu'en faire application, imposant aux parties la loi qu'elles s'étaient elles-mêmes donnée. Ce fondement d'origine religieuse - en concluant le contrat, c'était d'abord envers Dieu que l'on s'engageait - s'est laïcisé et exprimé par l'adage *pacta sunt servanda*, emportant pour le débiteur l'obligation d'accomplir les prestations par lui promises.

La redécouverte par la doctrine contemporaine (68) du sens véritable du respect de la parole donnée pour les canonistes conduit à réviser l'absolutisme de l'immutabilité (69) et plus largement de la force obligatoire. Sa portée s'avère bien plus nuancée et plus juste que sa présentation antérieure ne le laissait supposer. Il n'y a pas en effet de violation de la parole donnée lorsque l'une des parties ne remplit pas un engagement pris dans des circonstances qui se sont trouvées par la suite bouleversées. Saint-Thomas l'exprimait en écrivant que le contractant « n'est pas infidèle en ne remplissant pas sa promesse parce que les conditions ont changé » (70). Pour les canonistes, le respect de la parole donnée doit s'apprécier au regard des circonstances qui existaient lors de la conclusion ; si celles-ci viennent à être bouleversées, le consentement initial s'en trouve dénaturé, sorti de son contexte ; il n'y a plus alors de raison de maintenir telle quelle la convention.

• *Le remplacement du fondement volontariste* : plus radical a été le remplacement du fondement volontariste consécutivement à la remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté. L'idée est aujourd'hui communément admise que le contrat tire sa force obligatoire non pas de

la volonté des parties, mais du droit objectif qui la lui confère. (71). Si l'on admet que le droit objectif poursuit des finalités supérieures, tels l'utile et le juste, l'éclairage nouveau qui en résulte conduit à un principe de force obligatoire non pas absolu, recherché comme une fin en soi, mais comme un moyen au service de l'utilité et de la justice contractuelle. Or cette dernière commande parfois un rééquilibrage du contrat compatible avec la force obligatoire ainsi comprise.

• *Le recadrage du fondement économique* : c'est l'impératif d'utilité qui conduit à ce réexamen ; dans une approche traditionnelle, l'utilité est comprise de manière abstraite, résidant dans l'intangibilité du contrat, source de stabilité contractuelle, et donc de sécurité pour le créancier qui pouvait compter sur l'accomplissement de ses obligations par le débiteur quelles que soient les vicissitudes connues par ce dernier. *Utilité abstraite, générale et utilité unilatérale au service du seul créancier*. Aujourd'hui l'utilité recherchée n'est plus la même : le contrat est envisagé comme un instrument d'échange de richesses ou de services. C'est d'une *utilité concrète et réciproque* qu'il s'agit qui s'accommoderait mal du maintien du contrat ayant donné lieu à l'arrêt *Canal de Craponne*. Dans cette lecture renouvelée des trois fondements, la force obligatoire de ses termes initiaux ne serait plus justifiée.

13. L'assouplissement et la diversification des fondements du principe de force obligatoire du contrat emportent plusieurs *conséquences* : d'abord, des solutions qui pouvaient apparaître comme des atteintes à une force obligatoire absolue peuvent désormais être analysées comme des expressions d'une force obligatoire soumise au droit objectif, lui-même guidé par des aspirations supérieures, telles la recherche d'utilité concrète et réciproque, de justice voire de fraternité contractuelle. Si le contrat n'est obligatoire que dans la mesure où il le respecte, l'éradication d'une clause abusive ou la réduction d'honoraires ou d'une clause pénale manifestement excessive n'apparaissent que comme des applications du principe ainsi refondé. Dans cette perspective pourrait s'inscrire le *pouvoir du juge de modifier le contrat afin qu'il soit conforme à ces aspirations supérieures de la théorie générale du contrat*.

Ensuite, la force obligatoire des obligations greffées au contrat, par le juge ou par la loi, telles les obligations d'information, de sécurité, de bonne foi ou de conseil, que le fondement volontariste ne pouvait pas expliquer. (72), résulte des fondements objectifs d'utilité et de justice. Ces fondements semblent en effet à même de justifier le développement des pouvoirs du juge ou du législateur sur le contrat : l'étude du droit contemporain révèle qu'ils peuvent non seulement permettre de modifier le contrat, si des impératifs supérieurs à la volonté les y invitent, mais également de le compléter. Vu sous cet angle, lorsque le juge attache au contrat des obligations que les parties n'avaient pas prévues, il ne s'agit ni d'interprétation, ni de forçage, mais de l'exercice du *pouvoir de compléter le contrat* grâce à l'équité, l'usage ou la loi, comme les articles 1135 et 1160 du code civil l'y invitent.

Enfin, il en résulte qu'à une interprétation du contrat dominée par un principe subjectif tiré de la recherche de la commune intention des parties. (73), qui bien souvent n'existe pas, peut se substituer une interprétation qui combine la quête de la volonté, si elle a véritablement existé sur le point interprété, avec des éléments objectifs tirés d'impératifs supérieurs d'égalité, de justice, d'équilibre ou d'efficacité dont nombre de textes (74) et d'auteurs. (75) se font l'écho.

2. Les parties au contrat, une catégorie évolutive

14. Dans l'approche traditionnelle du contrat, la notion de partie, étroitement définie, comprend les personnes qui ont voulu et conclu le contrat, en vertu de l'idée que l'on ne peut être tenu d'une obligation contractuelle que si l'on y a consenti. La portée du principe de l'effet relatif se limitait donc au cercle restreint des personnes ayant conclu l'acte, cercle défini une fois pour toutes lors de la conclusion, même s'il est vrai que l'immutabilité des parties n'a jamais été considérée de manière aussi absolue. (76) que celle des termes de l'acte.

Puis peu à peu, le contrat n'est plus apparu comme un monde fermé et figé ne concernant que ses seuls signataires. Il n'est plus seulement la chose, l'affaire des parties. Monde ouvert, susceptible d'évolution, il entre en interaction avec l'ordre juridique dans lequel il s'insère. Et cette évolution du contrat a conduit la doctrine contemporaine au constat d'un élargissement de la notion de parties aux personnes liées par les effets obligatoires du contrat que ce soit pour l'avoir conclu ou y avoir été représentées lors de la conclusion, ou pour s'y être adjointes lors de l'exécution. Ainsi, par le jeu de la cession de contrat, une personne initialement tiers peut-elle revêtir ensuite la qualité de partie à l'acte et se trouver ainsi soumise à son effet obligatoire.

Le caractère évolutif de la catégorie des parties au contrat, souligné par certains auteurs. (77), a été systématisé récemment. (78) Il est à la fois l'expression du caractère évolutif du contrat lui-même et la manifestation de sa possible autonomie par rapport à la personne des parties qui l'ont conclu.

La période actuelle nous offre le spectacle de ce que d'aucuns ont appelé une crise du contrat et qui pourrait s'avérer être une formidable mutation de celui-ci : une fois dépouillé de sa nature de roc, de bloc cristallisé et imperméable, voilà qu'il se révèle un lien vivant susceptible d'évoluer, de s'adapter voire de se détacher de la personne des parties. *Quid* alors de la théorie générale du contrat ? Peut-elle sans se renier accueillir une telle transformation ?

II. - L'accueil de la transformation du contrat par la théorie générale

15. Si les textes du code civil qui régissent le contrat sont quasiment demeurés inchangés depuis 1804, la théorie générale, quant à elle, a considérablement évolué. Cette distinction entre des textes très peu modifiés et une théorie générale en pleine évolution permet une adaptation de cette dernière à la transformation du contrat, sans qu'une réforme des textes soit pour autant nécessaire. (79) Or il y a plusieurs manières pour la théorie générale de s'adapter à cette mutation du contrat. Pendant longtemps, cette adaptation s'est faite par exception. C'est ainsi que se sont multipliées les atteintes aux principes de la théorie générale du contrat (A). Aujourd'hui la fréquence et l'intensité de ces atteintes parvient à un seuil tel que c'est à une transformation d'une plus grande ampleur qu'elle est appelée (B).

A - Les insuffisances de la transformation de la théorie générale par exception

16. De manière générale, le changement peut emprunter différentes voies pour s'accomplir et constituer une remise en cause plus ou moins profonde : du changement par exception, léger, au changement par réaction, radical, en passant par le changement par expansion, profond sans être brutal.

Tant qu'il s'effectue par exception, le cadre référentiel demeure inchangé, subissant seulement quelques atteintes ponctuelles. C'est lui qui est à l'œuvre dans la pensée des auteurs qui écrivent que l'autonomie de la volonté demeure la règle, même si elle n'est plus absolue et connaît des atteintes. (80) ; c'est encore lui lorsqu'on évoque le principe de liberté contractuelle, avec pour conséquence la liberté de conclure ou non le contrat, qui connaît de multiples exceptions parmi lesquelles la loi ayant imposé l'assurance obligatoire aux automobilistes.

La pensée juridique ordonnant les règles autour de principes et d'exceptions participe de cette possible transformation du droit par exception. Or le changement par exception présente cet indéniable avantage de permettre d'accueillir une donnée non conforme au cadre habituel, en l'occurrence à la théorie générale ou à l'un de ses principes, sans pour autant obliger à réviser celui-ci. En cela, il convient bien à l'évolution du droit. (81), qui nécessite une suffisance continuité. Cependant lorsque les atteintes se multiplient au point de fragiliser les principes, le

changement par exception peut se révéler insuffisant à la nécessaire transformation du droit.

17. Or c'est désormais un lieu commun de constater la multiplication des atteintes à la théorie générale du contrat et plus particulièrement aux principes jadis déduits du dogme de l'autonomie de la volonté. Si bien que la présentation de ces principes se résume à quelques lignes suivies d'une kyrielle d'exceptions dont la positivité interroge sur celle desdits principes.

Ainsi, outre les atteintes à l'autonomie de la volonté enregistrées par les auteurs encore fidèles à ce principe, se multiplient les atteintes aux principes qui en étaient déduits ; la lecture absolue du principe de force obligatoire et de sa conséquence d'immutabilité du contrat a dû se nuancer devant l'extension du pouvoir du juge de modifier le contrat : réduire une clause pénale manifestement excessive ou les honoraires d'un mandataire, éradiquer une clause abusive, diminuer un taux d'intérêt ou remplacer une clause illégale par une autre, régulière... autant de manifestations susceptibles d'être lues comme des atteintes au principe de force obligatoire du contrat. Les atteintes consuméristes au principe du consensualisme n'en sont pas moins significatives : devant les exigences accrues du formalisme protecteur et informatif, la simple rencontre des volontés s'avère aujourd'hui impuissante à sceller le contrat de consommation. On pourrait multiplier les illustrations ; le phénomène s'est nettement amplifié avec l'émergence du droit de la consommation dont les règles contredisent très souvent les principes de la théorie générale. (82).

18. Si un changement plus profond ne s'opère pas, un double risque est encouru, clairement dénoncé par la doctrine : d'une part, le risque d'un dépérissement de la théorie générale qui peut finir par apparaître comme un droit mort (83) utilisé comme un lointain modèle de référence, pour mieux être remis en cause par les droits spéciaux incarnant le droit vivant ; or ces droits spéciaux ne cessent de se multiplier engendrant par là-même, d'autre part, un second risque, celui d'un éclatement du droit en de multiples spécialités. (84) que la théorie générale et ses principes seraient impuissants à fédérer, celui de la porte ouverte à un droit atomisé en une mosaïque de spécialités, un droit technicien ayant perdu son âme et sa cohérence, sans principes fédérateurs susceptibles de marquer l'unité dans sa diversité.

Face à ce risque de perte de cohérence du droit, à ce mouvement de spécialisation qui transforme les juristes en techniciens, on pourrait nourrir une nostalgie secrète du temps - pas si lointain mais révolu - où de grands juristes généralistes pouvaient, de leur pensée synthétique, embrasser les grandes évolutions du droit dans son ensemble, ou bien à l'inverse se réjouir de cette multiplication des droits spéciaux, signe d'un perfectionnement croissant de notre droit et de son adaptation à la complexité du monde contemporain. Mais qu'on la déplore ou qu'on s'en réjouisse, cette spécialisation croissante du droit, en l'occurrence du droit des contrats, existe comme un fait acquis. Force est donc de l'accepter et surtout de la contrebalancer, par une théorie générale renouvelée afin de remédier à ce double risque de perte de cohérence et de technicité sans âme.

19. Certes il serait vain de vouloir retrouver la simplicité du droit d'antan. Mais peut-être existe-t-il une autre simplicité, celle d'après la complexité (85), d'après la complexification croissante de notre droit. Pour le droit des contrats, rechercher cette seconde simplicité conduit les auteurs à se mettre en quête d'une vue d'ensemble irriguée par des valeurs supérieures ou des principes directeurs susceptibles d'englober, d'expliquer et d'innover la diversité des spécialités. Certes le défi est de taille ; mais il appartient à la doctrine de le relever afin de léguer aux générations à venir un droit qui ne soit pas une simple technique aussi sophistiquée soit-elle, un droit qui ne soit pas un maquis incohérent de règles disparates, bref un droit sans âme, mais un droit exprimant aussi une éthique qui transcende la diversité des spécialisations.

Notre droit a déjà connu pareil appel à l'unification. Aujourd'hui cependant, il ne s'agit plus d'une unification géographique mais d'une unification fondamentale. Cette nécessité conduit la doctrine à repenser les cadres vieillissants et trop étroits qui ne peuvent plus contenir et irriguer notre droit en pleine expansion. La théorie générale est de ceux-là. Nous atteignons un point tournant de l'évolution où le changement par exception de la théorie générale du contrat, tout sécurisant qu'il soit longtemps apparu, ne suffit plus. C'est un appel à une transformation plus profonde qui est lancé.

B. - La nécessité d'une transformation de la théorie générale en expansion

20. Cette profonde transformation nécessaire à l'évolution de la théorie générale devrait pouvoir lui permettre non seulement d'expliquer et de fédérer les règles contractuelles des droits spéciaux, mais aussi de guider les évolutions à venir. Cette expansion de la théorie générale du contrat doit s'accomplir tant sur le plan des fondements (1) et des impératifs (2) que sur celui des principes (3).

1. L'évolution des fondements de la théorie générale

21. Face aux insuffisances de l'évolution par voie d'exception (86) d'une théorie générale longtemps dominée par le fondement unique de l'autonomie de la volonté, la tentation d'un changement radical, par réaction, pouvait faire retentir ses sirènes. On la perçoit chez un auteur comme M. Ghestin qui, par-delà la critique du fondement, évoque « la substitution de l'utile et du juste au dogme de l'autonomie de la volonté » (87). Le changement par réaction, par le puissant mouvement de balancier qu'il provoque, suscite une transformation radicale. Son inconvénient, lorsqu'il est poussé à l'extrême (88), consiste à rejeter en bloc le cadre de référence antérieur, non seulement avec ses aspects critiquables ou obsolètes, mais aussi avec ses éléments positifs, acceptables, vecteurs de continuité (89).

C'est alors une autre forme de changement qui, moins qu'en une négation du passé s'analyse davantage en une véritable transformation en profondeur de celui-ci : un changement en expansion, susceptible d'élargir le cadre référentiel de la théorie générale pour lui permettre d'accueillir les règles contractuelles des droits spéciaux et de leur insuffler son esprit renouvelé. Il est d'ailleurs piquant d'observer qu'en partant d'un changement par exception pour M. Aubert (90), et d'un changement par réaction pour M. Ghestin (91), ces deux auteurs, après une évolution respective subtile, parviennent à des points de vue qui ne paraissent pas si éloignés sur le fond et qui participent tous deux à ce changement en expansion de la théorie générale du contrat (92). On constate en effet que tous deux combinent l'élément subjectif de la volonté et les éléments objectifs de l'utile et du juste dans un même rapport hiérarchique, la volonté étant soumise au droit objectif. Plusieurs auteurs contemporains partagent cette relative convergence de vues (93).

22. La réflexion sur l'évolution des *fondements* conduit à préciser les divers sens dans lesquels la doctrine emploie ce terme : il est utilisé à la fois de manière générale, comme *fondement de la théorie générale* tout entière, dont il fournirait une grille de lecture et, de manière spécifique, comme *fondement de la force obligatoire du contrat*. Ainsi, s'il ne se trouve plus personne pour affirmer que c'est de la volonté que le contrat tire sa force contraignante, les auteurs ayant généralement abandonné l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire, il est beaucoup plus fréquent en revanche, de manière plus globale et diffuse, de trouver des manifestations de cette même autonomie dans la théorie générale elle-même, dont elle constituerait toujours sinon le fondement, du moins en partie la trame. Ces manifestations sont les hypothèses où la volonté s'avère égale voire supérieure à la loi (94).

S'agissant du *fondement de la force obligatoire*, la formule elle-même n'est pas dénuée de l'ambiguïté inhérente à ce terme : en effet, pris dans son sens technique, ce fondement consiste dans la norme supérieure au contrat. A la question « pourquoi le contrat est-il obligatoire ? », il conduit à répondre « parce que l'article 1134 du code civil, le droit positif, l'autorité publique en décident ainsi ». Mais, pour peu que l'on ne s'en contente pas, cette réponse du positivisme se situe sur un plan qui ni ne contredit, ni n'interfère avec le second sens du terme « fondement », le

sens philosophique ou de politique juridique. *Le fondement désigne ici, non plus la norme supérieure, mais la justification du contenu de cette norme* (95). Pourquoi le droit positif confère-t-il force obligatoire au contrat ? Parce qu'il est conforme à des valeurs supérieures qu'il appartient à la doctrine de découvrir et de définir.

23. Autre distinction nécessaire, celle entre l'autonomie de la volonté et la volonté : *l'abandon du dogme de l'autonomie de la volonté en tant que fondement de la théorie générale du contrat ne signifie pas pour autant un refoulement du rôle de la volonté dans le droit des contrats* (96). Pour n'être pas autonome, au sens d'un pouvoir créateur de droit presque égal à celui de la loi, la volonté n'en conserve pas moins un rôle majeur dans le contrat et son régime. Elle fournit non seulement le critère du contrat (97), mais constitue un élément qui sous-tend toute la théorie générale, *non pas à l'égal de la loi, comme une fin en soi, mais comme un moyen, un instrument au service d'un droit contractuel animé de valeurs supérieures* (98). Alors que son expression et sa qualité conditionnent la formation de l'acte, sa recherche fournit un élément de son interprétation et sa disparition peut entraîner celle du contrat, s'il existe une clause de dédit ou un droit de repentir, pour ne prendre que ces exemples (99).

L'utilité économique, la justice sociale et la solidarité contractuelle participent de ces valeurs (100), finalités du droit des contrats, servies par la liberté et la volonté qui en constituent les instruments. Dans ce rapport hiérarchique, la volonté, pour être porteuse d'effets, doit s'objectiver dans des consentements dont l'expression, l'accord et les effets devront être conformes à cet idéal supérieur. Par conséquent, après le remaniement des fondements qu'a opérés une grande partie de la doctrine contemporaine, *la recherche et le respect de la volonté n'apparaissent plus comme une priorité absolue dans le régime du contrat, mais comme une quête subordonnée au respect de valeurs objectives supérieures*. Cet élargissement et ce réagencement des fondements de la théorie générale reflète l'évolution des aspirations qui l'animent.

2. L'évolution des impératifs de la théorie générale

24. La transformation contemporaine du droit des contrats reflète une évolution des aspirations exprimées par la théorie générale. Au XIX^e siècle, la liberté contractuelle et la sécurité procurée par une force obligatoire entendue de manière absolue (101) fournissaient les axes du droit du contrat, la liberté se déployant jusque dans la conclusion, et la sécurité prenant le relais dans les effets de l'acte. Les transformations économiques et sociales ont révélé que cette liberté et cette sécurité ne profitaient pas à tous les contractants : la liberté du plus fort engendrait la soumission du plus faible, particulièrement caractéristique dans les contrats d'adhésion ; quant à la sécurité contractuelle, elle bénéficiait au créancier, se transformant parfois en injustice pour l'autre (102). D'un monde du chacun pour soi où chaque contractant était responsable de la défense de ses propres intérêts au détriment de ceux de l'autre, l'évolution du droit a peu à peu conduit à la prise en compte de l'autre, au souci de ses intérêts (103).

Dans une approche classique du contrat, liberté et sécurité contractuelles prédominent successivement : dans la formation, c'est la liberté qui prévaut, se manifestant par la libre révocabilité de l'offre, la libre détermination du contenu contractuel ou le libre choix du cocontractant ; dans l'exécution, la liberté reflue au profit de la sécurité : pas de liberté de révoquer unilatéralement le contrat, ni de liberté d'en demander la modification au juge. Le contrat, soumis à la toute puissance des volontés lors de la conclusion, échappe alors aux parties pour s'imposer à elles. Intangible et irrévocable, expression d'une loi contractuelle rigide, il est désormais soumis à l'impératif de sécurité contractuelle. *Si dans l'esprit du code, la liberté existe pour entrer dans le contrat, non pour en sortir, la formule pourrait presque s'inverser aujourd'hui*.

25. Dans l'approche contemporaine en effet, on observe à la fois l'interversion et la transmutation de ces impératifs : *la liberté reflue de la conclusion pour réapparaître après, cependant que la sécurité opère exactement le mouvement inverse* : avant la conclusion du contrat, la liberté des précontractants est réduite, pour ne pas dire corsetée : la révocation de l'offre est impossible dans un délai raisonnable, la procédure du consentement est de plus en plus imposée et détaillée par la loi, la détermination du contenu contractuel échappe partiellement aux parties. *Le souci de sécurité, jadis attaché aux effets du contrat, à sa force obligatoire, se reporte sur la phase de formation de l'acte. Ce faisant, la sécurité recherchée change de nature : d'objective et source de protection de la partie la plus forte, créancière, elle devient subjective et permet la protection du plus faible, du futur débiteur. C'est aussi restreindre la liberté du plus fort pour plus d'égalité contractuelle*. Après la conclusion du contrat, au contraire, la sécurité contractuelle n'apparaît plus comme le seul impératif. L'irrévocabilité et l'intangibilité refluent laissant place à l'impératif de justice contractuelle. Et corrélativement, cela réintroduit plus de liberté et de volonté dans les effets du contrat : l'accroissement de la liberté de chacune des parties de sortir unilatéralement de l'acte (104) ou d'en demander la modification, se double de celle du législateur ou du juge d'intervenir sur le contrat si des impératifs supérieurs le commandent.

Dans ce contexte, *l'impératif de justice contractuelle* a pu se déployer et continue de le faire. C'est un souci d'ordre principalement quantitatif qui tend vers la recherche d'une plus grande égalité entre les contractants et d'un équilibre dans le contrat, au nom de la justice commutative. Cette aspiration à la justice entre en conflit avec les aspirations traditionnelles à la liberté et à la sécurité. C'est pourquoi la doctrine a, dans un premier temps, rangé ses manifestations au rang d'exceptions aux principes de liberté contractuelle et de force obligatoire. Mais elle prend aujourd'hui une telle ampleur, qu'elle en est devenue une priorité à part entière au même titre que les priorités plus traditionnelles. Alors que l'utile correspond davantage aux valeurs classiques de la théorie générale, même si la notion d'utilité a elle aussi évolué, le juste quant à lui incarne des aspirations grandissantes à l'égalité et à l'équilibre dans le contrat. Il s'agit alors de combiner cette double aspiration afin d'en dépasser la contradiction.

26. Mais l'évolution, dans son incessant mouvement, amène maintenant le droit des contrats vers plus d'exigence encore. *Par delà la nécessité quantitative d'un relatif équilibre des prestations et d'une quête d'égalité réelle des parties, se dessine aujourd'hui une aspiration qualitative qui conduit à se soucier de l'autre et de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence d'une sorte de solidarité, voire de fraternité contractuelle*. Le souci n'est plus seulement d'être juste ; il est aussi d'être altruiste (105), fût-ce sur l'ordre du juge. Le bond est de taille qui pousse au-delà de la sphère de l'équivalence vers celle de la surabondance.

Alors que dans l'approche classique du contrat, chaque partie n'était légitimement préoccupée que de ses seuls intérêts, le contrat étant conçu comme la résultante « d'intérêts antagonistes, librement et àprement négociés » (106), l'approche contemporaine a vu poindre l'idée de collaboration entre les parties (107), voire d'amitié (108). Un peu en deçà de l'amitié, l'exigence solidaire et fraternelle est susceptible d'expliquer et de fédérer nombre d'obligations de conseil, d'assistance, et autres obligations de coopération et de collaboration qui se développent actuellement.

3. L'émergence de nouveaux principes

27. Il s'agit de traduire dans les principes de la théorie générale, l'évolution de ses fondements. Plutôt que de continuer à exposer les principes existants assortis d'une liste d'atteintes si riche et si constamment nourrie par les lois et les solutions jurisprudentielles récentes, l'induction de principes nouveaux, latents dans le droit positif et complémentaires des anciens, permet, en une approche dialectique (109), de les combiner entre eux et de leur conférer à chacun un domaine propre.

La théorie générale a déjà utilisé pareille approche pour s'élargir et accueillir des solutions qui remettaient en cause un principe existant : ainsi, celui de l'effet relatif du contrat a-t-il été présenté comme subissant tant d'atteintes qu'il ne s'agissait plus que d'un « prétendu principe » (110), jusqu'au moment où a été mis en lumière le principe d'opposabilité du contrat à l'égard des tiers, propre à expliquer nombre de solutions précédemment présentées comme des exceptions à l'effet relatif. Aujourd'hui les principes d'effet relatif et d'opposabilité coexistent de manière complémentaire, ce qui a permis à la théorie générale de se déployer et d'accroître sa capacité à expliquer de nouvelles solutions.

Ala fois déduits de valeurs supérieures, telles que l'utilité ou la justice contractuelle, et induits des règles du droit commun des contrats ou de droits spéciaux, de nouveaux principes peuvent être proposés. Ils élargissent doublement la théorie générale du contrat en permettant d'expliquer des règles en contradiction avec les principes classiques et de déduire de nouvelles applications propres à favoriser l'évolution du droit des contrats : il s'agit des principes d'égalité, d'équilibre et de fraternité contractuels. Dans leurs manifestations les plus récentes (111), ils tendent tous trois à une plus grande adaptabilité du contrat aux besoins des parties, à l'évolution des circonstances, et oeuvrent ainsi pour la pérennité de l'acte.

a) Le principe d'égalité contractuelle

28. Plus ancien dans ses manifestations en droit positif que celui d'équilibre, il concerne les contractants, voire les précontractants et trouve son fondement dans l'absence d'égalité naturelle, abstraite et automatique entre les parties, reflet d'une aspiration à une égalité dans les faits, non pas postulée et absolue, mais concrète et relative au contrat conclu. *Ce principe d'égalité contractuelle permet de sanctionner l'inégalité ou de rétablir l'égalité entre les parties dans la formation et dans l'exécution du contrat conclu, afin que la partie en situation d'infériorité - technique, économique... (112) - puisse contracter et exécuter en connaissance de cause et que l'autre ne puisse pas abuser de sa position de force.* Cette sanction peut s'appliquer indépendamment de tout déséquilibre dans l'acte (113).

Dans ses manifestations en droit positif, le principe d'égalité des contractants exige notamment que leurs deux consentements soient pareillement libres et éclairés dans la conclusion du contrat. Si tel n'a pas été le cas, cette inégalité de la qualité des consentements pourra être rétablie *a priori* en compensant l'inégalité, si l'acte n'est pas encore conclu, ou sanctionnée après coup, par l'anéantissement du contrat.

- la sanction de l'inégalité constitue l'expression la plus traditionnelle du principe d'égalité contractuelle : grâce à une interprétation évolutive et extensive des vices du consentement prévus par les textes du code civil demeurés inchangés, la jurisprudence a contribué à développer une plus grande égalité entre les parties. Ainsi l'extension du vice d'erreur sur la substance de la chose comprise en son sens objectif et matériel, à une erreur sur les qualités substantielles, subjective et plus large ; ou encore l'extension progressive de la notion de dol caractérisé par un double inflexionnement des solutions classiques, aussi indulgentes pour le vendeur qu'elles s'avéraient exigeantes pour l'acheteur (114) : d'une part la régression du *dolus bonus* (115) traduit un accroissement des exigences du droit positif à l'égard du vendeur, celui qui sait ; d'autre part l'admission du dol par réticence, qui a substitué à la liberté de se taire (116) et à la responsabilisation de chaque contractant pour défendre ses propres intérêts, expressions de la philosophie individualiste postulant une égalité naturelle des parties, une obligation de parler, d'informer, de renseigner, révélatrice d'une conception où l'égalité recherchée est non plus postulée mais réelle.

- le rétablissement de l'égalité dans la conclusion du contrat est obtenu de deux manières : *l'égalité peut être rétablie par l'information de la partie en situation d'infériorité relativement au contrat conclu.* L'ancêtre du consommateur a ainsi vu son sort s'améliorer peu à peu. La règle s'est inversée : de « l'acheteur doit être curieux », qui lui laissait l'initiative de se renseigner et de questionner, elle est devenue « le vendeur doit être loyal ». Le principe d'égalité transparait ici dans le considérable développement de l'obligation de renseignement, jurisprudentielle et légale, et dans la consécration d'une obligation générale d'information par le code de la consommation (117). *L'égalité peut également être restaurée par la réflexion sur l'opportunité de conclure le contrat* (délai de réflexion) *ou de le maintenir* (délai de rétractation). Le droit de la consommation a ainsi élargi la voie de la quête d'une égalité vraie même si seulement relative au contrat conclu ; en induire un principe général d'égalité, c'est, comme y invite un auteur, « débusquer le général de demain sous spécial d'aujourd'hui » (118).

Dans l'interprétation du contrat également, le souci de réduire l'inégalité entre les parties a conduit les juges à s'appuyer sur des textes du code civil (119) pour interpréter le contrat en faveur de la partie en situation d'infériorité dans le contrat d'adhésion (120) ce qui permet de réintroduire *a posteriori* une égalité rompue lors de la conclusion. Cette tendance jurisprudentielle a été consacrée et amplifiée par le droit de la consommation qui prévoit, en cas de doute, une interprétation dans le sens le plus favorable au consommateur (121). Le principe d'égalité bien compris pourrait conduire à une généralisation par induction de cette règle d'interprétation *in favorem* de la partie en situation d'infériorité dans le contrat, règle en germe dans le code civil, étendue au contrat d'adhésion par la jurisprudence et au contrat de consommation par la loi. D'autres généralisations par induction, du droit de la consommation vers la théorie générale, pourraient s'effectuer, non seulement dans une quête de rapports plus égalitaires entre les parties, mais aussi dans celle de plus d'équilibre dans le contrat.

b) Le principe d'équilibre contractuel

29. Il concerne non la personne des contractants mais le contrat lui-même. *En vertu de ce principe, le contrat, dans sa formation et son exécution, doit respecter un équilibre entre les prestations et un équilibre global entre les droits et les obligations des parties et entre les clauses (122).* Chaque partie doit donc non seulement recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne, mais aussi ne pas se trouver soumise à des obligations disproportionnées au regard de celles de l'autre, dans l'économie globale de l'acte. En droit positif, l'équilibre recherché est, non un idéal, mais un minimum qui ne s'accommode pas des proportions significatives. Si donc un déséquilibre significatif existe, le principe d'équilibre peut ainsi permettre au juge, à la demande de l'une des parties ou des deux, soit d'établir un équilibre contractuel là où il faisait défaut, soit de le rétablir s'il a été rompu. Peu importe ici la situation égalitaire des parties. En effet, si souvent l'égalité entre les personnes peut apparaître comme un vecteur d'équilibre dans le contrat, le lien n'a rien de systématique entre les deux principes (123).

Ce principe d'équilibre trouve son fondement dans la justice commutative et participe de l'aspiration grandissante à la justice contractuelle (124). Le synallagmatisme lui offre un terrain d'élection, l'exigence d'une contrepartie sérieuse garantissant l'équilibre contractuel. Exprimé parfois explicitement par la doctrine (125), il l'est généralement implicitement par la loi (126) et la jurisprudence.

Le droit positif fournit diverses illustrations du principe d'équilibre contractuel en remédiant au déséquilibre initial ou postérieur du contrat. Le *déséquilibre initial du contrat*, pris ponctuellement en compte dans les quelques cas de lésion admis par le code civil pour permettre la rescision, ouvre désormais une possibilité au juge de rééquilibrer certains contrats, soit que des lois postérieures l'y autorisent, soit qu'il en ait lui-même pris l'initiative afin de réduire le prix excessif de certaines prestations de service. Ce pouvoir de rééquilibrage du contrat par le juge s'est étendu par le biais de dispositions plus générales qui lui confèrent le pouvoir de réduire les clauses pénales *manifestement excessives* (127) ou d'éradiquer les clauses abusives, c'est-à-dire celles qui engendrent un « *déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* » (128). Il est également loisible au juge d'annuler un contrat déséquilibré par l'absence de cause. Il apparaît en effet « conforme aux exigences de la justice commutative de faire de l'existence d'une contrepartie une condition de validité de l'engagement » (129). Et ce qui vaut ici pour la cause, vaut également pour l'objet.

Face à un déséquilibre initial entre les prestations, les clauses ou dans l'économie globale du contrat, le droit positif met en oeuvre une palette variée de réactions, de la nullité radicale de l'acte à la révision de la prestation par le juge, en passant par le réputé non-écrit d'une clause, privilégiant généralement, dans ses dispositions postérieures au code civil les rééquilibrages, donc le maintien de l'acte. Cette exigence d'équilibre contractuel perdure après la conclusion.

Reste le *déséquilibre du contrat survenu postérieurement à sa conclusion* : conférant à la cause, outre sa nature de condition de validité, la nature d'une sorte de condition de pérennité de l'acte, la jurisprudence a admis de sanctionner la disparition de la cause lors de l'exécution du contrat (130). Il en irait de même si l'objet du contrat était déclaré illicite en cours d'exécution. La sanction qui en résulterait serait le fruit du déséquilibre survenu. Quant à la révision du contrat pour imprévision, si la Cour de cassation en a fermement refusé la possibilité au juge, dans l'arrêt plus que centenaire du *Canal de Craponne* (131), la loi et la jurisprudence postérieures y ont apporté des tempéraments (132), au point qu'un auteur a pu écrire que « la voie de la révision du contrat pour imprévision est sans doute maintenant dégagée » (133). Enfin n'est-ce pas encore le souci d'équilibre qui permet à l'une des parties d'opposer l'exception d'inexécution, voire d'obtenir la résolution, face à celle qui refuserait de fournir sa propre prestation ?

30. Les évolutions du droit positif traduisent un souci croissant de l'équilibre contractuel, si bien que son principe même, induit de ces manifestations positives, gagnerait à être reconnu afin d'en pouvoir déduire d'autres solutions plus générales. Les solutions qui, hier, s'alignaient au rang des exceptions aux principes classiques du droit des contrats (134), aujourd'hui s'avèrent être l'expression de ce nouveau principe. Sa reconnaissance permettrait des évolutions souhaitées par la doctrine pour plus de justice contractuelle dans la théorie générale du contrat.

Pour les déséquilibres contemporains de la conclusion du contrat, sans aller peut-être jusqu'à admettre la lésion comme une cause générale d'annulation (135), l'existence d'un déséquilibre important entre les prestations devrait au moins permettre au juge une révision du contrat, en application du principe d'équilibre ; les cas où le juge y procède d'ores et déjà n'apparaîtraient plus comme des cas exceptionnels. Ce serait là une manière de revoir le fondement du refus de principe de prendre en compte la lésion, à la lumière de l'abandon du dogme de l'autonomie de la volonté. En effet, on a longtemps refusé au juge la possibilité d'effectuer un contrôle objectif de l'équivalence des prestations, parce que le contrat était supposé équilibré du seul fait qu'il avait été voulu. C'était le sens de la fameuse formule de Fouillée « qui dit contractuel dit juste », donc équilibré. Les parties n'ont pas pu vouloir un contrat déséquilibré en leur défaveur. L'évolution du droit et de la doctrine a démontré depuis longtemps l'inexactitude de ce postulat, réservant une place grandissante à l'aspiration à la justice contractuelle dont l'équilibre du contrat constitue une manifestation.

Quant aux déséquilibres survenus après la conclusion de l'acte, l'admission du principe d'équilibre contractuel pourrait permettre la révision du contrat pour imprévision que nombre d'auteurs appellent de leurs vœux (136). L'injustice, l'inéquité qui peuvent résulter d'une application trop rigide de la force obligatoire serait alors tempérée par le possible rééquilibrage du contrat par le juge. La sécurité juridique serait ainsi conciliée avec la justice contractuelle.

Un tel principe aurait également le mérite de permettre une extension de l'éradication des clauses abusives à d'autres contrats (137) que ceux conclus entre professionnels et consommateurs, sans pour autant étendre à l'excès cette dernière notion. En effet, une clause abusive entame l'équilibre du contrat et porte atteinte à la justice contractuelle quels que soient la qualité des parties et le type du contrat qui la contient (138). Le simple fait qu'elle s'y trouve atteste l'impossibilité de s'en défendre du cocontractant qui la subit, fût-il particulier comme son cocontractant ou professionnel de la même spécialité que lui. En application du principe d'équilibre contractuel, ce serait le déséquilibre objectif qui guiderait l'action du juge et non des supputations sur les compétences subjectives des parties.

C'est donc le déséquilibre objectif et significatif des prestations, des droits et obligations des parties, ou de l'économie globale du contrat qui justifierait l'intervention du juge, à la demande de l'une des parties. La sécurité juridique de l'une, créancière, se mesurerait à l'aune de la justice contractuelle pour l'autre, débitrice, parfois renforcée par une sollicitude contractuelle qui ne cesse de se déployer au point de faire émerger un troisième principe.

c) Le principe de fraternité contractuelle

31. *En vertu de ce principe de fraternité contractuelle* (139), *chacun des contractants est tenu de prendre en compte, par-delà son propre intérêt, l'intérêt du contrat et celui de l'autre partie, en se déployant à leur service, voire en acceptant certains sacrifices, afin de favoriser la conclusion, l'exécution et le maintien du contrat compris comme la base d'une collaboration* (140), de la réalisation d'une affaire commune, d'une union des intérêts. Ce principe fait naître une exigence à la fois réciproque et proportionnée, d'autant plus forte que l'une des parties est en situation de force, de supériorité. Il participe d'une aspiration qualitative d'altruisme et de solidarité qui n'est cependant pas dépourvue d'intérêt pour la partie qui s'y trouve soumise, puisqu'il favorise la pérennité du contrat.

Les manifestations de l'exigence de fraternité contractuelle vont se renforçant et se multipliant. La jurisprudence, relayée par la loi a d'abord obligé la partie susceptible de le faire à renseigner l'autre afin de l'éclairer dans la conclusion, puis dans l'exécution du contrat, allant même jusqu'à lui imposer de se renseigner afin de renseigner. Puis dépassant cette exigence d'une information objective, pourvoyeuse d'égalité dans le rapport contractuel, elle développe depuis quelque temps le *devoir de conseil* (141), consistant à éclairer l'autre partie sur l'opportunité - financière (142) ou technique - à conclure le contrat ou à ne pas le conclure, et pouvant conduire à donner des armes contre ses propres intérêts, en une sorte d'*empathie juridique*, caractéristique de la fraternité contractuelle. Le même devoir de conseil, appliqué à l'exécution du contrat, oblige le débiteur à exécuter ses obligations en satisfaisant au mieux les intérêts de son créancier. Corrélativement, les *obligations de loyauté* (143), de *coopération*, de *collaboration* (144) et de *renégociation* (145) font aussi leur chemin en doctrine et en jurisprudence, expressions d'une nécessaire « *solidarité contractuelle* » (146) et d'une *affectio contractus* qui n'a peut-être pas encore dévoilé tous ses possibles.

Si la méconnaissance de ces obligations donne généralement lieu à responsabilité, il arrive que l'exigence de fraternité contractuelle permette au juge de modifier les termes du contrat afin de prendre en compte la situation difficile de la partie débitrice, que ce soit par l'octroi de délai de grâce, expression d'une compassion (147) imposée au créancier, ou par la réduction du taux des intérêts d'un contrat de crédit, voire par leur suppression (148).

32. L'admission du principe de fraternité contractuelle permettrait d'accueillir les nouvelles obligations que la jurisprudence ne cesse d'étendre en les ordonnant autour du souci du contrat et de l'autre partie. *Le cadre de la fraternité présente en outre le mérite d'être plus large que celui de la bonne foi*, souvent utilisée pour fédérer les obligations qualitatives qui incombent aux parties (149) ; être de bonne foi est un état d'être traduit en actes ou en paroles et justifiant l'obligation de loyauté. Être solidaire, voire fraternel envers l'autre partie, c'est plus encore : c'est centrer son attention non plus seulement sur soi, mais également sur l'autre, afin de rechercher et servir l'intérêt de ce dernier, de lui faciliter l'exécution du contrat, de ne pas alourdir voire d'alléger son obligation pécuniaire (150), de favoriser l'exécution de son obligation de faire (151) ou de veiller à l'adaptation du contrat à ses besoins (152) ou à ses revenus (153) ; l'exigence de bonne foi, sauf à être étirée jusqu'à

la déformation (154), ne suffit ni à justifier les obligations de conseil, d'assistance, de collaboration et de coopération, ni à fonder les facilités accordées au débiteur, sous la forme de réduction de taux d'intérêt ou de délais de grâce. La fraternité contractuelle, en revanche, constitue un cadre assez large pour les englober et les justifier.

Ce principe de fraternité traduit enfin la possibilité d'un dépassement d'une conception plus individualiste et antagoniste du contrat, où chacun veillait à la seule défense de ses propres intérêts. Cette aspiration fraternelle a eu jadis ses précurseurs isolés (155) ; aujourd'hui il est heureux qu'elle se déploie dans le droit des contrats grâce aux auteurs et aux juges, en un souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain (156).

Conclusion

33. Même assouplis, relativisés, élargis, revisités dans leurs fondements, les principes actuels de la théorie générale ne relèvent pas de la même inspiration que les nouveaux principes. Les divers ordres d'aspiration qu'ils traduisent, la liberté et la sécurité pour les uns, la justice et la fraternité pour les autres, peuvent paraître contradictoires sauf à reconnaître leur utilité respective et donc la nécessité de les concilier entre eux.

En effet, développés à l'extrême dans leur lecture traditionnelle, les principes de liberté contractuelle et de force obligatoire aboutissent à la négation des nouveaux principes induits du droit positif, commun et spécial, des contrats, et déduits de valeurs supérieures qui le fondent. L'évolution contemporaine a démontré en effet comment une liberté contractuelle totale conduit inévitablement à l'inégalité contractuelle ou encore comment le principe de force obligatoire entendu dans un sens absolu peut conférer à la loi contractuelle une rigidité qui la rend indifférente à ses déséquilibres. Ces tensions entre la liberté et l'égalité, entre la sécurité et la justice doivent-elles nécessairement s'analyser en termes conflictuels où les unes devraient l'emporter sur les autres ou peut-on tenter plutôt de les combiner, en faisant le pari d'une possible et indispensable conciliation ?

Garder le souci de l'individu, de sa liberté tout en développant le souci de l'autre, du contrat et de l'ordre juridique ; garantir la sécurité du contrat sans pour autant sacrifier la justice contractuelle, c'est dépasser la contradiction pour entrer dans la complémentarité de ces aspirations faites principes. Plutôt que de déployer l'un d'eux jusqu'à l'absolu au mépris des autres, il conviendrait, dans une harmonie dialectique, de donner à chacun sa juste place parmi les autres (157). Aussi est-il vital que ces nouveaux principes soient compris avec rigueur, souplesse et discernement, comme susceptibles de compenser inégalités, déséquilibres et conflits d'intérêts, non pas *in abstracto* de manière théorique (158), mais *in concreto*, en s'ajustant aux possibles évolutions du contrat (159), lui-même considéré comme chose vivante (160).

Depuis longtemps, les temps ne sont plus à l'absolutisme des principes, au monolithisme du fondement, à la rigidité de la loi contractuelle ou à la radicalité des solutions... Peut-être sont-ils aux principes à géométrie variable (161), à la combinaison d'impératifs complémentaires, à la conciliation des fondements, à la souplesse du lien contractuel et aux palettes de sanctions variées.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Généralités * Principe d'égalité contractuelle * Principe d'équilibre contractuel

(1) Le constat doctrinal en est très répandu : G. Cornu, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général (Essai de lecture d'un titre du code), *Les cours de droit*, 1976-1977, p. 3, n° 1 ; L. Cadiet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p. 7, n° 1 ; et récemment, P. Jestaz, Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, cette *Revue* 1996.299, spéc. p. 311.

(2) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, éd. 1996, n° 12, à propos du droit des obligations en général ; également G. Morin, La désagrégation de la théorie générale du code, *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 7.

(3) L. Cadiet, article préc. n° 29, p. 27.

(4) La crise du contrat, *Archives de philosophie du droit*, 1968.

(5) Au sens philosophique du terme.

(6) Ainsi de nombreuses lois protectrices du consommateur imposent-elles des mentions informatives, ce qui suppose, implicitement, la rédaction d'un écrit. Ces dispositions dérogent doublement à la théorie générale : elles portent en effet atteinte au principe de liberté contractuelle qui permet la libre détermination du contenu du contrat, et au principe du consensualisme selon lequel celui-ci se forme valablement par le seul accord des volontés, sans particulière condition de forme, qu'il s'agisse d'écrit, de mentions obligatoires ou autres. Certaines règles du droit de la consommation permettent également au consommateur de revenir sur son consentement par l'exercice d'un droit de repentir, ou autorisent le juge à éradiquer d'un contrat une clause abusive. Ces règles contredisent le principe de force obligatoire dans ces deux conséquences d'irrévocabilité et d'intangibilité du contrat.

(7) A titre d'exemples, parmi tant d'autres, la loi du 29 juin 1935 qui impose au vendeur de fond de commerce l'insertion, dans l'acte de cession, de certaines mentions obligatoires concernant notamment le chiffre d'affaire et les bénéfices, portait déjà atteinte à la libre détermination du contenu de l'acte, donc au principe de liberté contractuelle.

(8) J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, cette *Revue* 1994.239, spéc. p. 240 : « les innovations apportées (en droit des contrats) par le droit de la consommation peuvent être considérées comme des facteurs d'évolution du droit civil ».

(9) F. Grua, Les divisions du droit, cette *Revue* 1993.59, spéc. p. 71, n° 31.

(10) A propos de l'insuffisance du changement par exception appliqué à la théorie générale du contrat, V. *infra* n° 16 et s.

(11) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 41.

(12) Le contrat pourrait alors être perçu comme une « union d'intérêts équilibrés, un instrument de coopération loyale, oeuvre de mutuelle confiance » (Demogue, *Traité des obligations*, t. III, 1931, n° 3 ; P. Remy, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in *L'évolution contemporaine des contrats, Journées Savatier*, 1985, p. 279-280, n° 29-30), comme « un point d'équilibre nécessaire voire même comme la base d'une collaboration souhaitable entre contractants » (J. Mestre, L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier*, 1985, p. 41).

(13) Inspirée de l'*affectio societatis* du droit des sociétés : J. Mestre, article préc. p. 51 ; Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP* 1988.I.3318, n° 8 ; C. Prieto, *La société contractante*, th. Aix, 1995.

(14) Tel est le remède préconisé par certains auteurs : L. Cadiet, article préc. n° 4, n° 5 et n° 47 ; B. Houin-Berlioz et G. Berlioz, Le droit des contrats face à l'évolution économique, *Etudes Houin*, 1985, p. 3, et spéc. p. 33.

(15) Pour la distinction du droit commun des contrats et de la théorie générale, V. la thèse de M. Eric Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, th. dactyl. Paris I, 1993, p. 28 et s., qui propose de « réserver la formule droit commun des contrats à l'ensemble des règles positives ayant vocation à trancher les problèmes juridiques généraux du contrat, au droit commun positif, et celle de théorie générale à l'activité déployée par la doctrine à l'occasion de l'étude de ces règles générales, au droit commun savant » (p. 289 *bis*, note 2).

(16) En tant que « principes directeurs », « cadre » ou « valeurs supérieures », selon les auteurs, respectivement, J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, n° 156 et s. et not. n° 172 et s. ; J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, éd. Colin, n° 128 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 33. Cela vaut pour l'utilité et la justice. Quant à la fraternité dans le contrat, elle commence à s'y déployer, V. n° 31.

(17) Présentée comme une conséquence du principe de force obligatoire tiré de l'art. 1134 c. civ.

(18) Exprimée par le plus que centenaire arrêt *Canal de Craponne*, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, n° 94.

(19) La lésion n'étant pas, en principe, une cause d'annulation du contrat.

(20) Pour reprendre l'expression de M. Aubert, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, cette *Revue* 1993.263, n° 1.

(21) M. Ghestin le définit exactement comme « un accord de volontés en vue de produire des effets de droit et auquel le droit objectif fait produire de tels effets », in La notion de contrat, *Revue Droits* n° 12, 1990, p. 7 et s., et not. p. 24, « l'accord de volontés ne produisant des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci ».

(22) Il est à la fois moins et plus, comme, par exemple, moins d'intangibilité pour plus de plasticité, moins de liberté dans la conclusion pour plus de liberté dans les effets, moins d'individualisme pour plus de fraternité.

(23) R. Demogue, *op. cit.* n° 637.

(24) La lésion n'étant pas, en droit français, une cause de nullité, le contrôle de l'équilibre objectif des prestations par le juge n'est pas admis, en principe.

(25) L'expression se trouve sous la plume de M. Mestre, dans son article préc. p. 56.

(26) Ainsi, depuis la loi n° 89.1010 du 31 déc. 1989, dite loi Neiertz, si les difficultés du débiteur le justifient, le juge peut modifier les termes du contrat, qu'il s'agisse de l'étalement des remboursements ou de la réduction du taux d'intérêt.

(27) Comme la jurisprudence le fait déjà depuis longtemps pour les honoraires des mandataires ; V. sur ce point, J. Ghestin, *op. cit.* n° 551.

(28) Cf. l'avant-dernière note.

(29) Sur les pouvoirs du juge de modifier et de compléter le contrat, V. *infra* n° 13.

(30) M-A Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, cette *Revue* 1995.573 : « le consentement est un objet, conséquence de la volonté, mais distinct de la volonté [...] » (n° 2), envisagée comme une « matrice du consentement » (n° 10).

(31) Sauf l'hypothèse de révocation d'un commun accord, prévue par l'art. 1134 al. 2 c. civ.

(32) V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* qui utilisent l'expression dans les intitulés de chapitres sur les effets du contrats : « *La vigueur du lien contractuel* », p. 318, et « *le rayonnement du lien contractuel* », p. 352 ; A. Seriaux, *Droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, dont le chapitre II comporte deux sections portant respectivement sur « *Le lien contractuel en compréhension* » et « *Le lien contractuel en extension* » ; également la thèse de M^{me} Pancrazi-Tian, sur *La protection du lien contractuel*, th. Aix, 1994, sous la dir. de M. Mestre, PU Aix-Marseille, 1996.

(33) Sur le contrat, *chose vivante* : G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, p. 304.

(34) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 41.

(35) V. *infra*, le principe de fraternité contractuelle que l'on en peut induire.

(36) L'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Canal de Craponne* en fournit un très clair exemple.

(37) La théorie classique des nullités ne connaissait que la confirmation, renonciation au droit d'agir en nullité, dont l'effet, subjectif, ne concernait que le titulaire de l'action et non l'acte lui-même. Sur la distinction entre la confirmation et la régularisation, C. Thibierge-Guelfucci, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th. LGDJ 1992, t. 218, n° 584.

(38) J. Ghestin, *op. cit.* n° 905, en général, et n° 906, pour le remplacement par le juge d'une clause d'indexation illicite par un indice licite.

(39) J. Kullmann, Remarques sur les clauses réputées non-écrites, *D.* 1993.*Chron.*59 ; Y. Cottureau, La clause réputée non-écrite, *JCP* 1993.I.3691.

(40) Soc. 25 févr. 1992, cette *Revue* 1992.760, J. Mestre : « l'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi ».

(41) Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, *JCP* 1996.II.22565 (4 arrêts), concl. M. Jeol et note J. Ghestin.

(42) Pour d'autres illustrations, telle la particulière faveur que connaît la suspension du contrat, J. Mestre, article préc. p. 57-58 ; M-E. Pancrazi-Tian, th. préc.

(43) M. Mestre évoque un « *impératif de pérennité contractuelle* ».

(44) Sur ce thème, V. *infra* n° 11 et s.

(45) P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.* n° 301 : « Les règles (du droit des contrats) deviennent relatives : un contrat est maintenant plus ou moins obligatoire, plus ou moins opposable, plus ou moins synallagmatique ou plus ou moins aléatoire ; une nullité ou une résolution est plus ou moins étendue ».

(46) Art. L. 132.1 al. 8 c. consommation, issu de la loi du 1^{er} févr. 1995, sur les clauses abusives, qui précise que « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

(47) Art. 20 al. 2 du code suisse des obligations : « Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces dernières sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles ». S'il pose le même principe de maintien de l'acte, et donc d'annulation partielle des seules clauses illicites, l'art. L. 132-1 al. 8 c. consommation va cependant au-delà : *abandonnant le critère volontariste* - les parties auraient-elles ou non conclu le contrat sans la clause ? - il y *substitue un critère objectif d'indivisibilité* - le contrat peut-il se maintenir sans la clause ou en est-il indivisible ?

(48) Sur ce point, C. Thibierge-Guelfucci, th. préc. n° 509.

(49) ... attachées à la qualité de parties, tels les droits potestatifs d'agir en résiliation ou d'obtenir le renouvellement, P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.* n° 789.

(50) L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, th. 1984, *Economica*, n° 3, p. 11.

(51) Art. L. 122-12 c. trav. : « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, [...], tous les contrats de travail en cours au jour de la modification *subsistent* entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

(52) L'expression est ici comprise en un sens large et non strictement technique.

(53) On cite à cet égard deux textes du code civil, porteurs des seules exigences de l'époque : l'art. 6 et l'art. 1133.

(54) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 27.

(55) J. Ghestin, La notion de contrat, article préc. p. 24

(56) Dans l'ordre de parution, J. Ghestin, La distinction des parties et des tiers au contrat, *JCP* 1992.I.3628 ; C. Thibierge-Guelfucci, De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif, cette *Revue* 1994.275, n° 23 et s. ; J. Ghestin, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, cette *Revue* 1994.777.

(57) G. Marty et P. Raynaud, *Les sources*, t. 1, n° 44.

(58) P. Duclos, L'opposabilité, essai d'une théorie générale, th. LGDJ, 1984.

(59) Cette figure juridique a été mise en évidence par M. Teyssié, *Les groupes de contrats*, th. LGDJ 1975 ; elle réunit des contrats, qui tout en conservant leur individualité, sont liés entre eux, par identité d'objet ou de cause.

(60) Art. 9, al. 2 L. du 10 janv. 1978, devenu l'art. L. 311-21 c. consommation ; la solution est la même en matière de crédit immobilier (ancien art. 9 al. 1 L. du 13 juill. 1979) : Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1993, *Defrénois*, 1994.823, D. Mazeaud et *JCP* 1994.II.22325, C. Jamin.

(61) Ch. mixte 23 nov. 1990 (3 arrêts), *D.* 1991.121, note C. Larroumet.

(62) V. la motivation et la solution de l'arrêt *Canal de Craponne* préc.

(63) Cf. l'ancienne solution jurisprudentielle de l'annulation pour indétermination du prix.

(64) La formule « *Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain* » constitue le sous-titre du mémoire de M. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, publié au PU Aix-Marseille, en 1994.

(65) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 84, p. 151.

(66) R. Bout, préface de *Regards sur la théorie de l'imprévision*, préc.

(67) R. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, p. 304.

(68) P. Stoffel-Munck, *op. cit.* ; J. Ghestin, *Effets*, n° 265.

(69) Les termes d'immuabilité ou d'intangibilité du contrat paraissent d'ailleurs moins employés par la doctrine. Au chapitre de la force obligatoire, certains auteurs évoquent « la vigueur du lien contractuel » (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 413, p. 319), « la modification des contrats » (n° 438, p. 337).

(70) Cité par M. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 8.

(71) A la suite de H. Kelsen, La théorie juridique de la convention, *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33, n° 13 : « la convention est obligatoire [...] dans la mesure [...] où une norme d'un degré supérieur autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur ».

(72) Sauf à recourir à des pirouettes « divinatoires » de volontés tacites, J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.* n° 407.

(73) Principe déduit par la doctrine classique de l'art. 1156 c. civ.

(74) Art. 1158 c. civ. pour l'efficacité ; art. 1162 c. civ. et L. 133-2 c. consommation, pour l'égalité.

(75) B. Houin-Berlioz et G. Berlioz, article préc. p. 20 ; F.-X. Testu, Le juge et le contrat d'adhésion, *JCP* 1993.I.3673.

(76) En effet, même si traditionnellement, seuls revêtaient la qualité de parties ceux qui avaient conclu le contrat, s'y ajoutaient d'autres personnes, tels les ayants cause universels ou à titre universel.

(77) P. Malaurie et L. Aynès, n° 658, qui consacrent un développement aux « tiers devenus parties » ; G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.* n° 262, pour qui « le cercle des parties n'est pas définitivement fixé au moment de la formation du contrat ».

(78) J. Ghestin, article préc. *JCP* 1992.I.3628.

(79) Les principes de base de la théorie générale du contrat n'apparaissent généralement pas directement dans le code civil : tel est le cas des principes de liberté contractuelle et de consensualisme, et même du principe de force obligatoire, simplement induit de l'al. 1^{er} de l'art. 1134.

(80) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, Thémis : « malgré des restrictions considérablement accrues, l'autonomie de la volonté conserve pas moins, même aujourd'hui, valeur de principe » ; J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.* n° 128.

(81) La question se pose en d'autres termes pour les scientifiques ; l'existence même d'une donnée qui ne peut être expliquée par le cadre référentiel admis peut conduire à sa remise en cause et à l'émergence d'un nouveau paradigme.

(82) V. les exemples précédemment donnés en note 6.

(83) L. Cadiet, article préc. n° 29, p. 27 ; B. Houin-Berlitz et G. Berlitz, article préc. p. 33.

(84) Ce risque a été mis en lumière, de manière générale, par l'article de M. Grua, sur Les divisions du droit, préc.

(85) Je voudrais rendre ici hommage à un très cher ami astronome, Robert Changeux, décédé il y a peu, qui se plaisait à dire qu'il y avait deux simplicités : celle d'avant la complexité et celle d'après. Peut-être une simplicité de l'ignorance - celle de celui qui n'a pas encore plongé dans la complexité - et une simplicité de la conscience, de celui qui ayant traversé la complexité l'a dépassée.

(86) V. *supra* n° 16 et s.

(87) J. Ghestin, *Le contrat : formation*, n° 174.

(88) Ce qui n'est pas le cas du propos de M. Ghestin qui combine, tout au long de son étude du contrat, l'élément subjectif de la volonté avec les éléments objectifs de l'utile et du juste ; V. à titre d'exemples, pour l'interprétation du contrat, *Formation*, n° 47 et n° 48, et pour la nullité partielle, n° 880.

(89) C'est le reproche que lui adresse M. Aubert lorsqu'il constate que « cette proposition [...] ne peut pas être retenue : elle ignore de façon tout à fait excessive l'acte de volonté qui se trouve irréductiblement à la base du contrat » (*op. cit.* n° 128). M. Ghestin s'est employé à donner plus de place à la volonté : alors que dans son article sur L'utile et le juste dans les contrats, *D.* 1982.*Chron.*1, il écrivait, à propos de la volonté, « qu'elle n'est qu'un instrument au service du droit objectif et, à ce titre, elle n'est qu'un simple élément, important certes, mais non essentiel, dont le droit tient compte », dans un article ultérieur consacré à La notion de contrat, *Revue Droits* n° 12, 1990, p. 7, il précise que « l'accord des volontés reste le critère du contrat. Il est une procédure spécifique de création d'effets juridiques ».

(90) Pour M. Aubert, l'autonomie de la volonté demeure le principe, mais à deux nuances très importantes : 1) La première est qu'elle ne signifie plus ce qu'elle signifiait pour les tenants de la théorie pure de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire un pouvoir créateur de droit à la fois autonome et initial. Elle est seulement un pouvoir délégué et comme tel réglementé : « la loi définit, à la lumière de l'intérêt social (où se trouvent assurément l'utile et le juste) l'étendue et les modalités du pouvoir qu'elle laisse aux individus. La volonté n'en reste pas moins un pouvoir que détient chaque sujet de droit dont il peut faire usage de façon autonome dans le cadre dessiné par la loi » ; le terme d'autonomie est conservé, en une forme de fidélité terminologique, mais il ne revêt plus du tout la même acception que dans son sens originel, de pouvoir souverain égal à celui du législateur ; 2) La seconde nuance est que, pour cet auteur, « l'utile et le juste fixent le cadre de la mise en oeuvre de l'autonomie de la volonté ».

(91) Pour M. Ghestin, il s'est opéré « une substitution de l'utile et du juste au dogme de l'autonomie de la volonté » (*Le contrat : formation*, n° 174) ; ils constituent désormais les principes directeurs fondamentaux de la théorie générale. Mais la volonté n'en conserve pas moins un rôle essentiel - celui de critère du contrat - dans la phase de formation.

(92) Pour un constat similaire, V. E. Savaux, th. dactyl. préc. p. 226, note 8 ; ce changement en expansion est un changement de paradigme, pour reprendre une terminologie empruntée aux scientifiques : Thomas Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, 1962, qui définit le paradigme comme un schéma tenu pour vrai par la communauté scientifique.

(93) G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.* n° 72 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.* n° 116 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 27.

(94) Qu'il s'agisse de la recherche de la volonté pour l'interprétation du contrat, lorsqu'elle est considérée comme le principe alors que les considérations objectives ne sont admises qu'à titre subsidiaire ; qu'il s'agisse encore du critère de l'étendue de la nullité, tiré de la volonté, grâce au caractère plus ou moins déterminant d'une clause illicite ; qu'il s'agisse enfin du respect de la volonté fut-elle contredite par la loi nouvelle, grâce à la règle contractuelle de la survie de la loi ancienne.

(95) De manière plus générale, il y a une ambiguïté à présenter sous le même intitulé de « fondements du droit », les théories positivistes et jus naturalistes, qui ne confèrent pas le même sens à ce terme.

(96) L'observation vaut pareillement pour la liberté : *l'abandon de l'autonomie de la volonté ne signifie pas celui de la liberté contractuelle* : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, obligations*, t. 2, n° 31 ; G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.* n° 72 : « on peut parfaitement admettre la liberté des conventions sans prendre parti sur l'autonomie de la volonté. La théorie de l'autonomie de la volonté est une théorie philosophique, la règle de la liberté des conventions est une règle technique que le législateur peut consacrer pour des raisons d'opportunité ou de simplicité ou parce qu'elle paraît économiquement utile ou moralement juste » ; *contra* A. Benabent, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, n° 25.

(97) Sur l'accord de volontés, critère du contrat, J. Ghestin, *La notion de contrat*, préc. p. 8.

(98) H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.* n° 116 : « un rôle important doit donc être reconnu à la *volonté*, mais seulement comme un moyen au service du droit, comme un *instrument du bien commun* ».

(99) Cette distinction entre volonté et autonomie de la volonté permet une lecture volontariste des lois Scrivener qui, de délais de réflexion en droits de repentir favorisent une meilleure adéquation entre la volonté réelle et le consentement, sans pour autant en faire une manifestation de l'autonomie de la volonté. Comp. N. Chardin, *L'autonomie de la volonté et le contrat de consommation*, th. LGDJ.

(100) On observera que si l'utile et le juste sont invoqués par plusieurs auteurs contemporains, ils ne le sont pas toujours au même titre : alors que M. Ghestin les évoque à la fois comme le fondement de la théorie générale du contrat dont ils sont des principes directeurs, et comme le fondement de la force obligatoire - le contrat n'étant obligatoire que s'il est utile et parce qu'il est juste, MM. Terré, Simler, Lequette et Aubert les considèrent dans le cadre des fondements de la théorie générale, respectivement comme des valeurs supérieures (*op. cit.* n° 33) ou comme un cadre (*op. cit.* n° 128).

(101) Civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, n° 94.

(102) V. la motivation de l'arrêt cité à la note précédente, rejetant la solution équitable au profit de la règle absolue de l'art. 1134 c. civ.

(103) Ainsi, par exemple, a-t-on vu la liberté de se taire dans la conclusion du contrat se transformer en une obligation de parler, d'informer l'autre, concrétisée par la sanction du dol par réticence.

(104) Cette liberté s'est notamment développée dans le droit de la consommation, avec les facultés de rétractation ; sur la généralisation du phénomène dans le droit contemporain, R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, th. LGDJ, 1996, t. 254.

(105) A propos d'un *devoir de faire le bien*, participant de la bonne foi, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 146.

(106) J. Mestre, article préc. ; également Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution des contrats, *JCP* 1988.I.3318, n° 1.

(107) Pour la première manifestation doctrinale, Demogue, *op. cit.* t. I, 1923, n° 29.

(108) Pour l'utilisation de ce terme, V. G. Cornu, cours de DEA, préc. n° 280 ; A. Seriaux, *op. cit.* ; D. Mazeaud, *Defrénois*, 1996, art. 36381, n° 98.

(109) E. Bertrand, Le rôle de la dialectique en droit privé positif, *D.* 1951.151.

(110) R. Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, cette *Revue* 1934.525.

(111) Ils sont en effet tous les trois en germe dans le code civil.

(112) Sur les différentes sortes d'inégalités, de besoin, économiques ou de connaissances : J.-L. Aubert, Les relations entre bailleurs et locataires en droit français, p. 168, n° 7, et sur l'hétérogénéité de la notion de « partie faible » : M. Fontaine, Rapport de synthèse, p. 64, *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, sous la dir. de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, t. 261.

(113) Par exemple, une inégalité d'information entre les parties n'engendre pas nécessairement de déséquilibre dans l'acte lui-même ; l'exemple classique de Cicéron, de la fausse pêche miraculeuse destinée à obtenir le consentement de l'acquéreur éventuel d'une propriété,

est à cet égard significatif. A l'inverse, le dol incident marque le lien entre l'inégalité et le déséquilibre.

(114) La jurisprudence lui reprochait facilement sa légèreté et son imprudence, Req. 7 janv. 1901, *D.* 1901.I.128.

(115) L'évolution contemporaine du droit, très protectrice du consommateur, ne laisse que peu de place au *dolus bonus*. Sur cette question, J. Ghestin, *Le contrat : formation, op. cit.* n° 429 *in fine*.

(116) « Qui ne parle pas, ne trompe pas ».

(117) Art. L. 111-1.

(118) L. Cadiet article préc. p. 28, n° 30 *in fine*.

(119) Art. 1162 et 1602 al.2.

(120) F.-X. Testu, article préc. n° 15.

(121) Art. L. 133-2 al. 2 c. consommation, issu de la loi n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995, *JCP* 1995. III.67286.

(122) Pour la recherche de cet équilibre entre les clauses : J. Calais-Auloy, article préc. cette *Revue* 1994.245 .

(123) Ainsi l'imprévision est-elle la source d'un déséquilibre contractuel sans lien avec la situation, égalitaire ou non, des parties à l'acte.

(124) A propos de l'accroissement contemporain des exigences de la justice contractuelle, J. Ghestin, *Le contrat : formation*, n° 182.

(125) J. Ghestin, *Le contrat : formation*, n° 182, qui inclut cette quête d'équilibre du contrat dans un principe de justice contractuelle, au même titre que l'égalité des parties ; pour une manifestation récente, D. Boulanger, *L'indétermination de l'objet pécuniaire du contrat engendrant une vente de marchandises*, th. Lille, 1994, qui partant du constat d'un « équilibre compromis » explore les voies d'un « équilibre possible ».

(126) Pour une évocation explicite récente, V. L. n° 96-588 du 1^{er} juill. 1996, sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, *D.* 1996.III.295.

(127) Art. 1152 al. 2 c. civ.

(128) Art. L. 132-1 al. 1 c. consommation.

(129) P. Esmein, note S. 1934.1.1.

(130) Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, cette *Revue* 1987.750 ; Civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *JCP* 1995.I.3849, n° 4.

(131) Civ. 6 mars 1876, préc.

(132) V. tout particulièrement la loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989, dite loi Neiertz, sur le surendettement, qui autorise le juge à réviser les contrats de crédit ; et plus généralement, sur ces tempéraments, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 442 et n° 443.

(133) J. Mestre, cette *Revue* 1993.124 , not. p. 127.

(134) Il s'agit plus particulièrement ici de la règle selon laquelle la lésion n'est pas une cause générale de nullité, et du principe de force obligatoire entendu de manière absolue avec sa conséquence de rejet de la révision pour imprévision.

(135) Encore que certaines législations aient osé franchir ce pas ; cela supposerait une intervention législative.

(136) Invoquant à l'appui de cette nouvelle solution le droit comparé, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 446 ; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n° 313.

(137) Cette généralisation de la lutte contre les clauses abusives existe dans d'autres législations ; V. le code civil du Québec, en son art. 1437,

qui dispose : « *la clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle réductible* ».

(138) En ce sens également, D. Mazeaud, *D.* 1995.Somm.81 : « la notion de clause abusive est indépendante de la qualité du contractant à qui elle a été imposée ».

(139) Cette expression de fraternité contractuelle a été utilisée, lors d'une discussion amicale, par M. Denis Mazeaud ; du même auteur, sur ce point, V. les obs. sous Civ. 1^{re}, 11 juin 1996, *Defrénois*, 1996, art. 36381, n° 98, « la jurisprudence exige, de la part de chaque contractant, un comportement altruiste minimum qui doit épouser les attentes légitimes de son partenaire et pourfend l'individualisme contractuel exacerbé [...] ». En somme, le commandement qu'(elle) énonce [...] à (leur) intention c'est « *Aidez-vous les uns les autres* ».

(140) J. Mestre, article préc. p. 45.

(141) A propos de l'ampleur grandissante de ce devoir, J. Mestre, cette *Revue* 1996.384 ; V. à titre d'exemple, à propos de la moralisation des contrats de distribution, l'al. 1^{er} de l'art. 1^{er} de la loi du 31 déc. 1989, dite loi Doubin.

(142) Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, *Defrénois*, 1995, art. 36210, n° 149, D. Mazeaud.

(143) Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. LGDJ, 1989, t. 208.

(144) J. Mestre, cette *Revue* 1986.101 et s. : « *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration* ».

(145) P. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 245 et n° 267.

(146) Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP* 1988.I.3318, n° 3 ; adde R. Demogue, cette *Revue* 1907.246 : « *Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine* ».

(147) Sur l'idée de compassion juridique, J.-J. Daigre et D. Martin, La lettre tue et l'esprit vivifie, *D.* 1996.Chron.238 ; A. Seriaux, Avant-propos de l'ouvrage de M. Stoffel-Munck, préc., pour qui il s'agit non plus du domaine du droit mais de celui de la grâce ; sur les limites de la compassion, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 76.

(148) V. la loi Neiertz du 31 déc. 1989.

(149) V. en sens, G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, cours de DEA de droit privé, Paris II, 1976-77 et J. Ghestin, *Le contrat : formation*, n° 185, pour lesquels l'indétermination de la bonne foi peut en faire le fondement général d'un devoir d'assistance, de collaboration, de coopération, d'aide mutuelle et à la limite, d'amitié et de fraternité ; A. Seriaux, *op. cit.* n° 55 : « la bonne foi de l'article 1134, c'est [...] 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 ».

(150) En recherchant le branchement le plus court, le trajet le plus avantageux (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, n° 415), en lui indiquant, en cours d'exécution du contrat, la création d'un tarif moins onéreux (Civ. 1^{re}, 11 juin 1996, *Defrénois*, 1996, art. n° 36381, n° 98, obs. D. Mazeaud).

(151) En se pliant aux essayages pour le client du tailleur, ou en fournissant les documents nécessaires à la douane pour celui du transporteur ; pour ces exemples et d'autres encore, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 416.

(152) V. l'obligation de conseil dans les contrats relatifs à l'installation d'un système informatique.

(153) Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, *Defrénois*, 1995, art. 36210, n° 149, sur le devoir de conseil du banquier lorsque « les charges (d'un contrat de) prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur ».

(154) Sur l'interprétation amplifiante de l'art. 1134 al. 3, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 414 ; le mérite de ce texte et de l'art. 1135 est de fournir des supports textuels à l'accroissement de obligations mises à la charge des parties et plus largement à l'évolution du droit des contrats.

(155) R. Demogue, *op. cit.* n° 3.

(156) C'est prendre en compte un certain réalisme sur la nature humaine (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 41) tout en nourrissant une confiance sur sa capacité à s'amender, fût-ce par la stimulation du droit. Adde : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité », art. 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'ONU, en 1948.

(157) Par exemple, si le contrat est équilibré, au sens de l'équilibre minimum évoqué précédemment, le principe de force obligatoire s'applique ; la sécurité contractuelle prime. Mais qu'un déséquilibre significatif l'affecte dès sa formation ou survienne en cours d'exécution et le principe d'équilibre contractuel prend le relais ; le souci de justice fera alors reculer celui de sécurité mais dans la seule mesure nécessaire à son expression.

(158) La surprotection qui pourrait résulter d'un trop grand systématisme peut en effet conduire « à la modification des rapports de force, créant parfois une classe de « nouveaux forts » qui s'empressent d'abuser à leur tour de leur position », M. Fontaine, rapport de synthèse in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, comparaisons franco-belges, LGDJ, 1996, t. 261, p. 652. Si le propos vise ici des catégories spéciales de contractants, comme les locataires ou les consommateurs, il est transposable plus généralement aux débiteurs.

(159) M. Fontaine, Rapport de synthèse, *op. cit.* p. 649, n° 52.

(160) R. Demogue, *op. cit.* n° 637 ; G. Ripert, *op. cit.* p. 304.

(161) Pour une application récente de l'approche dialectique en droit commercial, V. la thèse de M. Garaud, *La transparence en droit commercial*, th. Limoges, 1995, qui combine le *principe directeur* de transparence avec le *principe correcteur* de secret.