

**Le droit des contrats en mutation : la prise en considération de l'intérêt du
cocontractant**

Guillaume Maire

Docteur en droit

Citation de l'article : G. Maire, « Le droit des contrats en mutation : la prise en considération de l'intérêt du cocontractant », D^{oc} Publication, Les Editions de l'Immatériel, 2018, pp. 14-23.

Résumé :

L'analyse des diverses évolutions qu'a connues le droit des contrats révèle une profonde mutation qui réside dans l'obligation pour un contractant de prendre en considération l'intérêt de son cocontractant. Hier, préoccupation exceptionnelle du droit, la prise en considération de l'intérêt du cocontractant est aujourd'hui une préoccupation principale du droit. Introduit par la jurisprudence sur le fondement de mécanismes correcteurs, tels que la loyauté ou l'abus de droit, ce glissement a été consacré et renforcé par la réforme du droit des obligations en 2016. Il ne s'agit cependant pas d'angélisme contractuel. La prise en considération par un contractant des intérêts de son cocontractant ne saurait se réaliser au détriment des propres intérêts de celui-là, ce qui nécessite une balance des intérêts. La mutation substantielle se double ainsi d'une mutation méthodologique.

Abstract :

Changes in Contract Law: when the contractor's interest is taken into account
The analysis of the various evolutions of contract law discloses a profound change, lying in the obligation of the contractor to take the other party's interest into account. This concern, for long overlooked, is now the primary concern of the law. The change was first recognized in caselaw, by way of corrective mechanisms such as the duty of loyalty or the abuse of rights, before being enshrined and strengthened by the Contract Law Reform (2016). One should not consider this shift naively. When the contractor takes into account the interests of the other party, he or she expects this not to be at his or her detriment. This situation entails a balance of interests requiring the substantial change to be combined with a methodological change.

Article :

Le droit des contrats n'est pas le plus concerné par le fléau de l'inflation législative. En témoigne la modification, par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contratsⁱ, de dispositions qui pour la majorité datent de 1804ⁱⁱ. Il n'en demeure pas moins que la matière a connu de nombreuses évolutions. Celles-ci proviennent notammentⁱⁱⁱ de la jurisprudence qui a adapté le droit commun des obligations à l'évolution des mœurs, des technologies et des pratiques. L'objectif de notre contribution ne consiste cependant pas à dresser le bilan des différentes transformations qui ont modelé le droit des contrats ces dernières décennies^{iv}. Il s'agit, de manière moins exhaustive, de constater une mutation plus profonde du droit des contrats provenant desdites évolutions. Celle-là réside dans la consécration d'une obligation à la charge d'un contractant de prendre en considération les intérêts de son cocontractant.

Cette conception du contrat tranche avec le modèle classique selon lequel le contrat est conçu comme un outil de réalisation par chacun de son propre intérêt. Le principe était que le droit, ne se préoccupant que de la rencontre de deux volontés librement consenties, se désintéresse de l'intérêt des parties. Ce n'est pas dire que l'intérêt des parties ne joue aucun rôle dans le contrat, ce dernier se présentant au contraire comme un antagonisme d'intérêts. Selon cette acception, il revient toutefois à chacun le soin de préserver son propre intérêt. Cette mutation substantielle s'analyse comme un glissement du libéralisme contractuel, en vertu duquel chaque cocontractant est maître de la défense de ses propres intérêts, vers le solidarisme contractuel dont les partisans prônent une intervention accrue du juge afin de sauvegarder une certaine justice contractuelle.

Il est aujourd'hui communément admis que l'autonomie de la volonté constitue un mythe^v. Il résulte de l'analyse de diverses évolutions du droit des contrats que la volonté des parties doit désormais être conciliée avec la prise en considération des intérêts de chacun, ce qui invite le juge à pondérer les intérêts en présence. Ce glissement conceptuel constitue une mutation substantielle **(I)** qui se double d'un aspect méthodologique **(II)**.

I. Une mutation substantielle

La prise en considération de l'intérêt de son cocontractant a, tout d'abord, été naturellement présentée comme une exigence préventive et corrective du danger que constitue l'introduction de l'unilatéralisme dans le contrat^{vi}. L'immixtion de l'unilatéralisme dans la

sphère contractuelle, qui n'en constitue pas son espace naturel, crée un danger lors de la mise en œuvre de la prérogative unilatérale. Celui-ci provient du placement de l'une des parties dans un état de sujétion vis-à-vis du titulaire de la faculté unilatérale. Et une éventuelle origine contractuelle de cette faculté ne saurait automatiquement en légitimer l'exercice dans la mesure où le pouvoir de l'une des parties, même s'il émane de l'accord des volontés, « *se manifeste dans un acte unilatéral, détachable du contrat* »^{vii}.

Il s'agit alors d'éviter l'exercice abusif du droit unilatéral qui risque de perturber l'équilibre contractuel initial. Judith ROCHFELD a proposé « *une directive spécifique à cette intrusion de la puissance : la prise en considération de l'intérêt d'autrui, en l'occurrence, du cocontractant* »^{viii}, seule à même de garantir l'équilibre entre les intérêts initialement voulu par les parties. La non-considération de l'intérêt de son cocontractant lors de la prise de décision apparaît ainsi comme un critère de l'abus dans l'exercice de la prérogative unilatérale, ce que confirme l'analyse de la jurisprudence. Le contrôle de l'exercice du droit de rompre les négociations contractuelles^{ix} ou le contrat lui-même^x en constitue une illustration. Le défaut de prise en considération de l'intérêt de son partenaire, notamment en trahissant la confiance légitime fondée sur son propre comportement, est avancé par les juges pour engager la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture ainsi qualifiée d'abusive. Ce critère est de même utilisé lors de l'appréciation de l'abus du droit de fixer unilatéralement le prix à la suite d'un contrat-cadre^{xi}.

L'évolution vers l'exigence d'une prise en considération de l'intérêt du cocontractant ne s'est ensuite pas réalisée sans réticence d'une partie de la doctrine. Cette opposition a semblé être confortée par plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation qui a cantonné le rôle de la bonne foi et de l'abus de droit à la sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle^{xii}, entendue comme un « *“pouvoir d'essence unilatérale” accordé à une partie* »^{xiii}. Partant, l'exigence de prise en considération de l'intérêt d'autrui, critère de l'abus, paraît ne concerner que le contrôle de l'unilatéralisme dans le contrat.

Finalement, cette mutation s'est néanmoins affirmée indépendamment de l'hypothèse de l'usage abusif ou déloyal d'une prérogative, notamment à la suite de la réforme du droit des contrats^{xiv}. D'une part, le rapport remis au Président de la République précise expressément la nécessité de « *préserver les intérêts de la partie la plus faible* »^{xv}. D'autre part, des dispositions de l'ordonnance consacrent l'obligation de la prise en considération de l'intérêt du cocontractant. Cette obligation apparaît tant au stade de la formation du contrat qu'à celui de

son exécution. Dans la phase de formation, la prise en considération de l'intérêt du cocontractant prend par exemple la forme d'une obligation d'information à l'égard de celui disposant d'un élément dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre^{xvi}. Dans la période d'exécution du contrat, cette exigence limite par exemple le droit à l'exécution forcée du créancier. Celui-ci peut en effet, soit exiger du juge qu'il prononce cette sanction mais à la condition qu'il n'existe pas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier^{xvii}, soit faire exécuter lui-même l'obligation, mais après mise en demeure, dans un délai et à un coût raisonnables^{xviii}.

C'est ainsi l'ensemble^{xix} du droit des contrats qui semble désormais être orienté par cette obligation de prise en considération de l'intérêt de l'autre partie, qu'elle soit directement consacrée ou qu'elle soit fondée sur l'abus de droit ou la loyauté. Il ne s'agit cependant pas d'exiger d'une partie qu'elle sacrifie son propre intérêt au profit de celui d'autrui, ce qui nécessite de réaliser une balance des intérêts engendrant un changement méthodologique.

II. Une mutation méthodologique

La portée de l'obligation pour un contractant de prendre en considération l'intérêt de son cocontractant ne doit pas être exagérée. Il ne s'agit pas de prôner une « *vision qui relève de l'angélisme contractuel* »^{xx} en exigeant d'une partie qu'elle privilégie l'intérêt de l'autre au détriment du sien. Il est légitime que chacun poursuive son propre intérêt, mais « *la réalisation concrète de son intérêt par chacun doit se faire compte tenu de ce que cet intérêt a partie liée avec celui du contractant* »^{xxi}. Il ne s'agit plus pour le juge de s'en tenir uniquement à la volonté des parties en s'assurant que celle-ci soit libre et éclairée. Il doit en outre vérifier que la décision prise par l'un, tant au moment de la conclusion du contrat que lors de son exécution, ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'autre au regard de l'intérêt que le premier tire de sa propre décision. Cette pesée des intérêts entraîne un changement méthodologique en ce qu'elle sous-tend un raisonnement plus concret et pratique basé sur un contrôle de proportionnalité. Par une appréciation plus fine et individualisée de chaque espèce, ce dernier participe à la préservation de la justice contractuelle. En contrepartie, cette avancée engendre cependant un risque d'insécurité juridique, objet de l'essentiel des critiques^{xxii}. Ses contempteurs craignent en effet qu'un tel rôle octroyé au juge interdise toute prévisibilité.

Ce grief n'entrave pas le développement de cette technique. En réalité, la pondération des intérêts n'est pas une nouveauté^{xxiii}. Elle était déjà à l'œuvre, à l'initiative de la jurisprudence, lors de l'appréciation du caractère abusif d'un droit^{xxiv}, l'exercice d'un droit étant jugé abusif lorsque « *contre toute raison, il inflige à des intérêts légitimes un sacrifice manifestement disproportionné avec la satisfaction qu'en retire son titulaire* »^{xxv}. L'évolution procède de la tendance à la généralisation de cette balance des intérêts, quittant le statut de l'exception correctrice pour devenir le principe.

Cette orientation est, en premier lieu, confirmée par la réforme du droit des contrats qui multiplie les hypothèses de recours au contrôle de proportionnalité. Ce dernier est tout d'abord sous-entendu lors de la référence à des standards juridiques, tels que le « raisonnable », qui nécessitent la réalisation d'une pesée des intérêts^{xxvi}. Il est ensuite directement instauré par certaines dispositions. Le débiteur d'une obligation d'information précontractuelle n'y est par exemple tenu qu'à la condition que le créancier ignore légitimement cette information ou fasse légitimement confiance au débiteur, ce qui suppose que le juge doive « *doser l'équilibre des intérêts en présence, en fonction des circonstances* »^{xxvii}. Le juge devra de même se livrer à une mise en balance des intérêts lors de l'appréciation de la limite au droit à l'exécution forcée tenant à une « *disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* »^{xxviii}.

Controversée au motif qu'elle favoriserait l'insécurité juridique, cette évolution n'en demeure pas moins acceptable dans la mesure où elle s'inscrit dans un cadre législatif. La méthode de la mise en balance des intérêts est critiquée avec davantage de vigueur par une partie de la doctrine lorsqu'elle aboutit à l'éviction de l'application d'une loi claire et précise à une situation concrète^{xxix}. C'est, en second lieu, dans cette voie que se dirige la Cour de cassation sous l'impulsion de son Premier Président^{xxx} dès lors qu'une liberté ou un droit fondamental est en cause. La protection de ceux-ci nécessite que le juge s'assure, au terme d'un contrôle de proportionnalité, que l'application d'une loi à un cas d'espèce ne constitue pas une atteinte excessive aux libertés et droits fondamentaux de l'une des parties. Leur intrusion dans la sphère contractuelle invite la Cour de cassation à opérer régulièrement ce contrôle de proportionnalité *in concreto*, tel qu'en témoignent plusieurs arrêts récents qui s'inscrivent dans ce mouvement^{xxxi}. Le changement méthodologique ainsi opéré est fondamental dans la mesure où la pesée des intérêts implique la prise en considération des faits, ce qui modifie la règle du syllogisme. La conclusion ne résulte plus de l'application de la prémisse majeure, constituée par la seule règle de droit, à la mineure résidant dans les faits qualifiés. Ces derniers ont en effet

« vocation à s'intégrer à la majeure »^{xxxii} puisque c'est en tenant compte de telle ou telle circonstance que le juge décidera d'appliquer, ou non, la règle de droit.

Pour conclure, cette double mutation substantielle et méthodologique rejoint la conclusion à laquelle aboutit un auteur, après s'être questionné sur la philosophie de la réforme du droit des contrats, à propos de l'évolution de la perception de la volonté : cette dernière apparaît dès lors « moins abstraite que traditionnellement : une telle évolution s'inscrit dans un mouvement tendant à faire une part plus grande qu'auparavant, dans la mise en œuvre des mécanismes juridiques, aux données issues des situations concrètes qu'elles régissent »^{xxxiii}.

ⁱ JORF du 11 février 2016, texte n° 26.

ⁱⁱ Tout au plus peut-on évoquer quelques articles modifiés aux termes de lois telles que la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale, elle-même modifiée par la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 relative à la clause pénale, la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme du droit des procédures civiles d'exécution ou la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

ⁱⁱⁱ Le législateur est essentiellement intervenu hors du Code civil en développant des droits spéciaux concurrents.

^{iv} Sur les changements consacrés, voire introduits par la réforme du droit des contrats, v. not. D. MAZEAUD, « Le changement en droit des contrats », *Revue de droit d'Assas* 2015, p. 81.

^v Sur ce point, v. F. CHENEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *Annales de l'Institut Michel VILLEY*, vol. 4, 2012, p. 155.

^{vi} En ce sens, v. J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, éd. LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2015, p. 747.

^{vii} J. ROCHFELD, art. préc. – L. AYNES, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), coll. « Études juridiques », Économica, 1999, p. 53, spéc. n° 8.

^{viii} J. ROCHFELD, art. préc., n° 13 et n°s 18 et s. Et l'auteur de préciser : « parce qu'il exerce une puissance, le détenteur du droit commettra un abus quand il n'aura pas, lors de sa décision, tenu compte de l'intérêt de son partenaire » (n° 18).

^{ix} Sanctionnant le partenaire qui rompt les pourparlers sans prendre en considération l'intérêt de son partenaire, soit en l'exposant à des frais inutiles en le laissant croire que le contrat sera conclu tout en sachant que cela ne sera pas le cas, soit en rompant brutalement, unilatéralement et sans motif légitime des négociations très engagées : Com., 22 avril 1997, n° 94-18.953 – Com., 18 juin 2002, n° 99-16.448 – Com., 25 février 2003, n° 01-12.660 – Com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617.

^x Sanctionnant le contractant qui a laissé son cocontractant réaliser d'importants efforts d'investissement et de publicité alors qu'il savait qu'il romprait la relation contractuelle : Com., 5 avril 1994, n° 92-17.278 : *Bull. civ. IV*, n° 149 – Com., 7 octobre 1997, n° 95-14.158 : *Bull. civ. IV*, n° 252 – Com., 23 mai 2000, n° 97.10.553 – Com., 5 octobre 2004, n° 02-17.338 : *Bull. civ. IV*, n° 181. Rapp. Com., 8 décembre 2009, n° 08-17.749 : *Bull. civ. IV*, n° 159.

^{xi} En ce sens, v. Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), coll. « Études juridiques », Économica, 1999, p. 31, spéc. n° 15, qui constate l'érection « en obligation contractuelle [de] la prise en compte, par l'auteur du prix, de l'intérêt de l'autre contractant ».

^{xii} Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768 : *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *GAJC*, t. 2, 12^e éd., 2008, n° 164 – Civ. 3^e, 9 décembre 2009, n° 04-19.923 : *Bull. civ. III*, n° 275 – Com., 15 mars 2011, n° 09-13.299 – Civ. 3^e, 26 mars 2013, n° 12-14.870 – Civ. 3^e, 25 juin 2013, n° 11-27.904 – Civ. 3^e, 2 décembre 2014, n° 13-23.988 – Civ. 3^e, 15 décembre 2016, n° 15-22.844.

^{xiii} F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, coll. « Précis droit privé », 11^e éd., 2013, n° 440.

^{xiv} Comp. en matière de responsabilité civile, le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 qui prévoit notamment de consacrer l'obligation pour la victime de minimiser son dommage (art. 1263) ou de conditionner le prononcé de la réparation en nature à l'absence de disproportion manifeste entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime (art. 1261).

^{xv} *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

^{xvi} Art. 1112-1 C. civ. Pour un autre exemple, v. art. 1166 C. civ. qui fait référence à la notion d'« *attentes légitimes des parties* » pour déterminer la qualité de la prestation qui n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat.

^{xvii} Art. 1221 C. civ.

^{xviii} Art. 1222 C. civ.

Sur d'autres manifestations de l'obligation de prise en considération de l'intérêt du cocontractant lors de l'exercice du droit de sanctionner l'inexécution de la part du débiteur, v. G. MAIRE, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, N. DAMAS et L. PERREAU-SAUSSINE (dir.), th. dactyl. Université de Lorraine, 2016.

^{xix} Comp. : Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre », *RDC* 2004, p. 579, qui estime que « *l'obligation faite à un contractant de prendre en compte l'intérêt de l'autre ne peut jouer que dans les relations dans lesquelles une inégalité structurelle de puissance entre contractants est (et doit être) admise* ».

^{xx} Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul DIDIER. Études de droit privé*, *Économica*, 2008, p. 247, spéc. n° 11.

^{xxi} F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale. Quasi-contrats*, coll. « droit fondamental », PUF, 2014, n° 170.

^{xxii} Sur ce débat, v. récemment V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123.

^{xxiii} V. déjà : F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 1^{re} éd., Chevalier-Marescq, 1899, n° 173, estimant que la question « *du rôle et des limites à assigner à l'autonomie de la volonté, dans la création des droits individuels, se montre dominée par un principe général [...] qu'on peut appeler principe de l'équilibre des intérêts en présence* » (souligné par l'auteur).

^{xxiv} J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 804, considérant que la pesée des intérêts est « *inhérente à l'application jurisprudentielle de la théorie de l'abus de droit* ».

^{xxv} G. CORNU, « Réflexions sur une hypothétique révision du titre préliminaire du Code civil », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1035, spéc. p. 1039.

^{xxvi} F. VINEY, « L'expansion du "raisonnable" dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? », *D.* 2016, p. 1940, spéc. n° 10.

^{xxvii} O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaires article par article*, LexisNexis, 2016, p. 81-82.

Adde : l'article 1166 précité qui, en utilisant la notion d'attente légitime des parties, « *bilatéralise les attentes* » et invite à réaliser une balance entre « *ce que le créancier peut espérer recevoir [et] ce que le débiteur peut imaginer devoir fournir* » (É. SAVAUX, « Le contenu du contrat », *JCP G* 2015, suppl. au n° 21, p. 20, spéc. n° 11).

^{xxviii} Art. 1221 C. civ.

^{xxix} V. not. P.-Y. GAUTIER, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189 – A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 131 – F. CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 – P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016, p. 70

^{xxx} B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 – *Id.*, « Allocution d'ouverture », *JCP G* 2016, suppl. au n° 1-2, p. 4.

^{xxxi} Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066 : *Bull. civ.* I, n° 234 – Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 – Civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612 : *Bull. civ.* III, à paraître – Civ. 3^e, 17 décembre 2015, n° 14-22.095 : *Bull. civ.* III, à paraître – Civ. 3^e, 21 janvier 2016, n° 15-10.566 : *Bull. civ.* III, à paraître – Civ. 1^{re}, 8 décembre 2016, n° 15-27.201 : *Bull. civ.* I, à paraître (la Cour de cassation poursuit vers la voie du contrôle de proportionnalité *in concreto*, mais sans aboutir à l'éviction de la loi au cas d'espèce). *Adde* : CE Ass., 31 mai 2016, n° 396848.

^{xxxii} Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

Adde : P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme. Libres propos », *JCP G* 2015, p. 902 – H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 565.

^{xxxiii} Th. REVET, « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016, n° Hors-série, Actes du colloque du 16 février 2016 « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », p. 3.