

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : AJUSTEMENT NÉCESSAIRE DU VOLONTARISME CONTRACTUEL : DU
VOLONTARISME AU SOLIDARISME?

Auteur(s) : Ghislain TABI TABI

Revue : *RDUS*, 2014, volume 44, numéro 1

Pages : 71-125

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9931>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9931>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

AJUSTEMENT NÉCESSAIRE DU VOLONTARISME CONTRACTUEL : DU VOLONTARISME AU SOLIDARISME?

par Ghislain TABI TABI*

Les mutations contractuelles contemporaines ne justifieraient-elles pas un ajustement épistémologique des relations obligationnelles allant du volontarisme individualiste au volontarisme solidariste? L'autonomie de la volonté ne peut plus être considérée comme l'unique paradigme de gouvernance des relations contractuelles. Plusieurs fois défini, le solidarisme contractuel se traduit en termes de lisibilité du rapport d'obligations. Cette vision novatrice consiste en l'abandon des rapports basés sur la division fort/faible, au profit de l'émergence des relations contractuelles reposant sur la distinction partie en position de force/partie en situation de vulnérabilité. Aujourd'hui, il n'est plus uniquement question d'établir ou de restaurer l'équilibre contractuel en considération de l'appartenance à un groupe donné, plutôt de remettre à chacun ce qui lui revient conformément à la justice commutative. De la logique de la coexistence des intérêts, parvenir à leur conciliation, tel est l'objectif que se fixe la doctrine du solidarisme contractuel.

Can contemporary contractual changes justify an epistemological adjustment of contractual relationships from « individualistic voluntarism » to « solidaristic voluntarism »? Autonomy of the will can no longer be the sole paradigm in the management of contractual relationships. Although defined in various ways, contractual solidarism can be described as the « lisibility » of such obligational relationships. This innovative vision is based on the abandonment of the strong/weak demarcation in favor of the emergence of contractual relationships based on the party in a position of strength versus the party in a situation of vulnerability distinction. Nowadays, it's no longer only a question of establishing or restoring contractual equilibrium in favor of those belonging to a particular group, but rather of affording to each person that to which he or she is entitled in accordance with commutative justice. From the logic of the coexistence of interests, achieving their conciliation is the goal of contractual solidarism.

* . L.L.D., Chargé de cours : Faculté de droit, Université Laval; Faculté de droit et Faculté de l'éducation permanente, Université de Montréal. Assistant, Faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Yaoundé II. J'adresse mes remerciements à M. André Bélanger, professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université Laval pour ses précieux conseils.

SOMMAIRE

1.	Compréhension appropriée du paradigme de solidarisme contractuel dans les relations obligationnelles	75
1.1	L'analyse de l'utopie du volontarisme contractuel et de l'utopie du solidarisme contractuel	75
1.2	Esquisse de gradation des utopies du volontarisme contractuel et du solidarisme contractuel	79
1.3	L'option du solidarisme contractuel en faveur de la conciliation des intérêts des contractants	80
1.4	La résurgence contemporaine du solidarisme contractuel	84
2.	Les définitions contemporaines du solidarisme contractuel	87
2.1	Les définitions contemporaines du solidarisme contractuel : fraternité, prise en compte ou prise en charge des attentes légitimes du cocontractant?	87
2.2	Le solidarisme contractuel : nécessaire lisibilité du lien obligationnel.....	95
3.	Le solidarisme contractuel : pour une théorie générale du contrat basée sur les inégalités?	104
3.1	La reconnaissance affirmée de la justice distributive dans les relations contractuelles	105
3.2	L'émergence souhaitée de la justice commutative	115
Conclusion		124

Né du vaste mouvement solidariste qui embrase la France à la fin du XIX^e siècle¹, le solidarisme contractuel est l'œuvre de Demogue². Il s'agit d'une doctrine qui place les vulnérabilités respectives des individus au centre du débat contractuel. Elle prend le contre-pied de la philosophie libérale en soutenant que dans une relation contractuelle, chacune des parties œuvre à la satisfaction des attentes légitimes de l'autre. Les vulnérabilités respectives des parties au contrat ne peuvent être ignorées. Nul ne doit utiliser les faiblesses de l'autre pour tirer injustement un avantage quelconque de la relation contractuelle. Le climat social dans lequel naît la doctrine du solidarisme est particulier. Nous sommes dans la deuxième moitié du XIX^e siècle à une période où le développement industriel est en plein essor. La croissance de l'économie capitaliste a pour conséquence le délaissement de la classe ouvrière. Celle-ci se trouve en situation d'impuissance. La ruée des individus de cette classe vers les entreprises et usines des opérateurs économiques est telle que l'on constate à l'époque que de nombreux contrats ne sont pas négociés. Il s'en suit une multiplication des accidents industriels dont l'indemnisation se heurte à l'inadaptation du système juridique en vigueur. En effet, le climat intellectuel qui prévaut au moment de la survenance de ces différends est dominé par la méthode de l'exégèse³. Conformément à la trilogie des conditions de mise en application de la responsabilité civile : la faute, le dommage et le lien de causalité, aucune indemnisation ne peut être accordée si l'un de ces éléments fait défaut. Or, au regard des réalités pratiques, on ne peut plus continuer à soutenir l'autonomie de la volonté pour ce qu'elle est, pas plus qu'on ne saurait maintenir intact un système de responsabilité fondé sur la faute qui est difficile à prouver⁴. De là, éclatent en France des troubles importants qui menacent la

-
1. Christophe JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, 159 et 161.
 2. Philippe RÉMY, « La genèse du solidarisme », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Id.*, 3 et 8.
 3. Christophe JAMIN, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », (2006) 56 *R.I.E.J.* 5, 6-7.
 4. *Id.*, p. 13-14.

crédibilité même des institutions étatiques. Naît alors la question sociale qui est définie comme étant un déficit de réalité sociale dans l’imaginaire politique de la république⁵. La situation économique désastreuse de la classe ouvrière contraste avec l’égale souveraineté politique de tous, matérialisée par le droit de vote⁶.

Les juristes civilistes s’activent dès lors à trouver des solutions aux réclamations de la classe ouvrière en s’intéressant désormais à l’étude des sources du droit. Aux côtés de la loi, la jurisprudence qui a pour mission de dire le droit devrait désormais jouer un rôle important dans la compréhension concrète des situations conflictuelles⁷. Qu’ils soient de droite, les libéraux, ou de gauche, les socialistes, ou encore au centre de l’échiquier politique, les solidaristes, tous semblent s’accorder sur une certitude : l’impossibilité pour la philosophie libérale et individualiste à assurer en l’état l’harmonie sociale et donc, en matière contractuelle, l’équilibre⁸.

Un tel constat caractérise alors la remise en question de l’utopie volontariste des relations contractuelles, ce qui permet l’émergence de l’utopie solidariste dans le domaine obligationnel. Il nous faut alors procéder à une analyse discursive du solidarisme contractuel, afin d’apprécier de manière adéquate sa nécessaire collaboration avec le volontarisme contractuel (1). D’une meilleure définition du paradigme de solidarisme contractuel (2), pourrait alors découler une lecture appropriée de sa mission dans la réalité obligationnelle contemporaine : l’instauration d’un droit des relations contractuelles inégalitaires (3).

-
5. Jacques DONZELOT, *L’invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1994, p. 33.
 6. *Id.*, p. 67-68; Christophe JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d’introduction », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 8.
 7. C. JAMIN, préc., note 3, p. 13.
 8. *Id.*, p. 14.

1. Compréhension appropriée du paradigme de solidarisme contractuel dans les relations obligationnelles

Une compréhension adéquate de l'émergence du solidarisme contractuel dans les relations obligationnelles requiert l'analyse des utopies volontariste et solidariste des rapports d'obligations (1.1), une esquisse de gradation de ces deux utopies (1.2), l'appréciation de la conciliation des intérêts que le solidarisme contractuel incarne (1.3), et les raisons de sa résurgence contemporaine (1.4).

1.1 L'analyse de l'utopie du volontarisme contractuel et de l'utopie du solidarisme contractuel

Que signifient ces deux utopies? Qu'est-ce qui caractérise chacune d'elles? La réponse à ces questions nécessite l'étude de l'utopie volontariste d'une part (1.1.1), et l'analyse de l'utopie solidariste d'autre part (1.1.2), des relations contractuelles.

1.1.1 L'utopie volontariste des relations contractuelles

Des auteurs pensent que la vie des individus est caractérisée par des intérêts complexes et des luttes d'influences⁹. Dans cet univers, les personnes naturellement plus fortes ne connaissent pas la notion de propriété privée. Leur désir d'épanouissement personnel les conduit à abuser des plus faibles en les soumettant ou en les asservissant¹⁰. Excédés par leurs propres contradictions, les individus vont quitter l'*état de nature* pour se retrouver dans l'*état civil* ou *de société* marqué par l'avènement d'un ordre rationnel. Cet ordre protège à la fois les intérêts individuels et collectifs des membres indépendamment de leurs forces ou de leurs faiblesses. Chaque individu aliène sa force

9. Voir : Anne STAQUET, *La ruse du Léviathan*, Paris, Hermann, 2013; Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social. Présentation, notes, bibliographie et chronologie* par Bruno BERNADI, Paris, Flammarion, 2001; Thomas HOBBS, *L'ordre et la liberté*, par Norbert CAMPAGNA, Paris, Michalon, 2000.

10. Bruno BERNADI, *Id*, p. 49.

ou sa puissance au profit de l'ensemble du groupe, sous la direction de la *volonté générale* qui veille à ce qu'aucun acteur du corps social ne soit l'objet d'asservissement des autres. L'accord ainsi passé entre les individus est qualifié de *contrat social*¹¹. Celui-ci semble être la source principale de laquelle l'utopie de volontarisme contractuel justifie son existence. En effet, cette philosophie individualiste de l'école du droit naturel soutient que la base de toute relation contractuelle n'est pas dans la loi qui est issue du contrat social, plutôt dans la volonté qui constitue le socle essentiel et qui est à l'origine de ce contrat social. La volonté autonome demeure alors l'énergie créatrice de tout contrat, tandis que la loi intervient dans la relation contractuelle pour aider à l'accomplissement effectif de cette volonté. La loi n'est donc pas le principe fondamental du rapport obligationnel. Le contrat est considéré comme étant juste par le seul fait de la volonté des parties. Personne ne peut vouloir pour elle-même un rapport d'obligations qui ne protège pas ses intérêts¹². L'on estime qu'à l'image du *contrat social*, le contrat est un accord de volontés librement et également voulu. Nul ne pourra alors se plaindre du déficit, du manque ou de la perte de l'intérêt contractuel. Au nom de la sécurité juridique des transactions et de la prévisibilité contractuelle, le contrat doit être respecté.

Il est difficile de justifier l'opérationnalité des principes de liberté et d'égalité naturelles des individus. Comment peut-on concrètement démontrer que nous sommes autonomes également, quelles sont les unités de mesure de cette autonomie? La conclusion selon laquelle les individus sont naturellement libres et égaux manque de pertinence. Les pratiques contractuelles actuelles qui sont essentiellement

-
11. *Id.*, p. 55-57; Lelia Pezzillo, *Rousseau et le contrat social*, Paris, P.U.F., 2000, p. 73.
 12. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 56; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 35; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.1, Paris, Rousseau, 1923, n° 10, p. 19.

dominées par l'unilatéralisme et les pouvoirs contractuels contestent cette affirmation.

1.1.2 L'utopie solidariste des relations contractuelles

Des auteurs soutiennent qu'en naissant, les individus trouvent une société qui les précède. Les nécessités de l'existence, l'interdépendance des faits économiques et sociaux s'imposent à ceux-ci, sans qu'ils aient préalablement discuté les conditions du rapport d'obligations qui doit intervenir entre eux. L'on retrouve une infinité de causes que la volonté autonome n'a pas créées, mais qui provoquent des obligations que celle-ci doit assumer. Il est alors nécessaire qu'en faveur de la protection des intérêts tant individuels que collectifs des membres d'une communauté donnée, les obligations auxquelles ils doivent satisfaire soient analysées sous le prisme d'un contrat rétroactivement consenti. L'approche consiste à détecter ce que la volonté aurait voulu si elle avait eu la possibilité de discuter des termes du rapport obligationnel. La présomption selon laquelle les volontés libres et égales auraient exprimé leur consentement, est regardée comme étant le seul fondement du droit ou de leur engagement. C'est dans ce sens que l'on parle de contrat rétroactivement consenti, de quasi-contrat¹³. De la naissance à l'émancipation, les individus reçoivent tout ce dont ils ont besoin de la société. Celle-ci les préserve du mal social qui se présente sous la forme d'altérité. Généralement, l'on pense que le mal se situe dans autrui qui risque d'être un frein à notre épanouissement. Au contact de l'autre, on découvre aussi nos propres défaillances, nos limites, notre imperfection. On parle alors de l'altérité par rapport à soi-même. De ces deux assertions, on peut déduire que le mal social se situe dans les relations humaines. La meilleure façon de l'éliminer consiste alors à quitter le combat individuel qui a pour

13. Léon BOURGEOIS et Alfred CROISSET, *Essai d'une philosophie de la solidarité. Conférences et discussions présidées par M.M. Léon Bourgeois et Alfred Croiset*, Paris, F. Alcan, 1907, p. 109-110; Léon Victor Auguste BOURGEOIS, « Solidarité (1896) », Université du Québec à Rimouski, en ligne : <http://classiques.uqac.ca/classiques/bourgeois_leon/solidarite/solidarite.html> (Page consultée le 06 janvier 2014).

base les intérêts égoïstes, pour unir nos forces dans le sens des initiatives solidaires. C'est le moyen par lequel les individus pourront atteindre leur plein épanouissement dans la société¹⁴. Cette société qui les accueille leur procure les conditions de possibilité de leur autonomie. Du fait de la prise en charge qu'elle leur offre, elle les rend débiteurs envers elle. Ils doivent alors participer activement à la construction et au maintien du lien social. Ce qui signifie qu'ils doivent veiller à la satisfaction des intérêts légitimes tant individuels que collectifs des membres de la société. Ainsi, la supériorité des uns ne doit pas être utilisée comme un moyen de domination sur les autres qui se trouvent en position de vulnérabilité. La responsabilité des parties à une relation obligationnelle ne doit pas être perçue sous le prisme d'une logique d'*accusation* et de *défense* qui caractérise les solitudes contractuelles. Elle doit plutôt conduire chaque contractant à participer activement aux relations d'interdépendance qu'impose la lutte contre le mal social, c'est-à-dire la nécessaire collaboration. Le quasi-contrat acquiert ainsi une base juridique et devient la condition de la liberté¹⁵.

Cette utopie n'échappe pas à la critique. Il y a une contradiction entre l'affirmation selon laquelle il existe une association qui précède la naissance des individus et dont ils ne peuvent se dégager, et le fait de considérer ces personnes comme étant liées par un contrat. Dans la première assertion, on peut retenir la réalité d'une dépendance naturelle de laquelle on peut aisément concevoir l'existence d'une solidarité tout aussi naturelle. Dans la deuxième articulation par contre, il est question d'une obligation juridique résultant d'un accord libre qui est le contrat. Il semble alors difficile de partir de la solidarité innée pour justifier l'idée d'une solidarité contractuelle sans préalablement démontrer l'existence du contrat¹⁶. Le promoteur du paradigme de

14. François EDWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 360.

15. Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Litec, 2006, p. 4-6.

16. Eugène D'EICHTAL, *La solidarité sociale, ses nouvelles formules*, Paris, Alphonse Picard et fils, 1903, p. 9-10, cité par Pierre MAZET, « Le courant solidariste », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1.

solidarisme contractuel a lui-même fait écho de cette critique¹⁷. Le quasi-contrat ne saurait être l'équivalent du contrat social qui est établi en présence des individus.

L'utopie solidariste des relations contractuelles repose sur des présupposés difficilement vérifiables. Il s'agit d'un postulat qui ne s'appuie sur aucun fait matériellement appréciable et susceptible de légitimer son existence. Faut-il pour autant conclure à son inefficacité pratique dans la protection de l'équilibre contractuel?

1.2 Esquisse de gradation des utopies du volontarisme contractuel et du solidarisme contractuel

Que l'on soit convaincu de la plausibilité de l'utopie volontariste ou de l'utopie solidariste, il n'en demeure pas moins que ces deux conceptions reposent sur la dogmatique. Tous ceux qui s'y intéressent réfléchissent en « dogmaticiens ». Toutefois, dans une sorte de gradation des utopies, nous pensons que si l'utopie volontariste reste malgré tout la matrice des relations d'obligations, l'utopie solidariste, quant à elle, a substantiellement de bonnes raisons d'être aujourd'hui celle dont l'application justifiera le respect de l'autonomie de la volonté, au moyen du maintien du lien social¹⁸. La contractualisation de masse de la société sur laquelle reposent l'unilatéralisme et les pouvoirs contractuels semble vider de sens l'exigence de l'intégrité du consentement. Pourtant, entre les nécessités économiques contemporaines qui sont caractérisées par la célérité, la standardisation et la recherche effrénée de l'efficacité économique, et le besoin de protection et de réalisation des attentes légitimes de la partie qui se trouve en situation de vulnérabilité, il est nécessaire de procéder à la conciliation des intérêts. Le solidarisme contractuel pourrait jouer un rôle décisif dans cette recherche de l'équilibre contractuel. Mais de quelle manière?

17. René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2001, p. 158-160.

18. C. JAMIN, préc., note 1, p.166.

1.3 L'option du solidarisme contractuel en faveur de la conciliation des intérêts des contractants

Dans sa présentation de la structure matérielle du solidarisme contractuel, Courdier affirme d'abord l'existence d'un lien de solidarité entre les cocontractants. Cette solidarité est consubstantielle au contrat, en ce sens que les parties qui s'engagent acceptent d'œuvrer à la réalisation des attentes légitimes de chacune d'entre elles. Le contrat est alors perçu comme un moyen d'atteindre l'épanouissement juridique individuel par la satisfaction que nous procurons à l'autre partie en lui permettant de réaliser ses objectifs¹⁹. Cette satisfaction se répercute sur la société tout entière. Le deuxième critère matériel de définition du solidarisme contractuel est la conciliation des intérêts. Elle obéit à deux principes : les principes de proportionnalité et de cohérence, qui interviennent au niveau de la conception du contenu obligationnel²⁰. À l'étape de l'exécution et de l'extinction du contrat, ces principes se transforment en devoirs de proportionnalité et de cohérence²¹. Courdier soutient qu'en ce qui concerne la protection de l'équilibre, le solidarisme contractuel va plus loin que la vision libérale du contrat, en ce qu'il permet l'arrivée de deux autres devoirs : le devoir de tolérance vis-à-vis du contractant qui éprouve des difficultés à exécuter ses prestations contractuelles, et celui d'adaptation du contrat soumis au changement de circonstances qui lui sont extérieures. Il s'agit d'un ensemble de mesures de collaboration qui permettent de concevoir et de préserver l'équilibre contractuel.

À cet effet, Demogue estime que :

[l]es contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but

19. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 151, p. 86.

20. Voir : Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2011, p. 179 et suiv. Pour la même thèse de doctorat : en ligne <<http://www.theses.ulaval.ca/2011/28300/>> (Consulté le 06 janvier 2014).

21. *Id.*

commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut aussi avoir un devoir de collaboration²².

Il ajoute :

L'état d'obligé peut-il être considéré comme exceptionnel? Les civilistes le disent volontiers. D'après eux l'état de liberté est l'état naturel de l'homme. Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature, est tout à fait inexacte. L'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure. L'obligation acte libre doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération sociale²³.

Toujours selon Demogue :

La base de l'énergie créatrice de la volonté ne peut donc être ni dans ce fait de la réunion de plusieurs volontés, ni dans ce fait que le but a été rationnellement voulu, ni davantage dans la correction interne de l'engagement venant d'une liberté exempte de dol ou d'erreur et d'une personne capable. Il faut encore sonder davantage et la base se trouve dans le côté à la fois social et individuel de la volonté : dans la satisfaction qu'elle donne à l'individu si elle se réalise, dans la nécessité que cette volonté manifestée donne la sécurité aux tiers et enfin dans l'espoir que la volonté s'étant normalement développée est d'accord avec le développement des intérêts généraux²⁴.

22. René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau, 1931, n° 3, p. 9.

23. R. DEMOGUE, préc., note 12, n° 10, p. 19.

24. *Id.*, n° 15, p. 34.

Demogue, dans sa définition de l'acte juridique, déclare : « Le but social du droit n'y apparaît pas assez, surtout à une époque comme la nôtre, où l'autonomie de la volonté, le respect de la volonté pour elle-même ne sont plus les idées dominantes. [...] Il faut donc définir l'acte juridique : celui où le but social poursuivi concorde avec une volonté individuelle »²⁵.

Dans toute cette entreprise de Demogue, force est de relever son désaccord avec la conception volontariste du contrat. Demogue soutient qu'il est bien difficile de prétendre accorder à l'autonomie de la volonté une valeur coercitive, un caractère de décision contractuelle ayant force exécutoire. L'analyse exégétique du Code civil qui est jusque-là pratiquée ne suffit plus à rendre compte de la réalité sociale. Il faut donc reconnaître à la jurisprudence un travail d'interprétation qui est basé sur la réalité concrète des faits ²⁶. Ces prises de position de Demogue s'inscrivent en droite ligne de ce qu'annonçait déjà Saleilles à propos des règles d'interprétation des contrats. Selon ce dernier, la recherche de la volonté commune des parties en cas de divergence de points de vue est une pure illusion. Il exprime sa pensée en ces termes : « Aussi [...] est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué »²⁷. Nous pouvons donc comprendre qu'avec la doctrine solidariste, c'est tout le problème de l'autonomie de la volonté comme paradigme fondamental du contrat qui est posé. Elle ne peut plus être considérée comme « [...] une pure puissance créatrice, pas plus qu'elle n'est en mesure de modeler seule les effets de droit qu'elle engendre. Le principe de la liberté primordiale de l'individu, qui fonde cette conception du contrat, est désormais contesté au nom de la primauté du

25. *Id.*, n° 13, p. 27.

26. C. JAMIN, préc., note 3, p. 6-7.

27. Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, p. 229, cité par Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel. Un regard franco-québécois*, Montréal, Thémis, 2005, p. 14.

social »²⁸. On aurait alors reconnu à la volonté des qualités injustifiées, ce qui explique que l'égalité et la liberté contractuelles soient fortement contestées²⁹.

Le solidarisme social que Demogue applique au contrat est contesté par Courdier. Elle le fait dans le cadre de ses importants travaux de thèse de doctorat. Celle-ci, en matière de publication, est la toute première consacrée à l'étude du solidarisme contractuel. La thèse part d'un constat : si le contrat est la manifestation de la solidarité qui existe entre les individus en société du fait de leur interdépendance, la solidarité entre les contractants n'a donc pas pour base le contrat, mais l'organisation sociale. On peut alors valablement conclure qu'à partir du moment où le rapport d'obligations est convenu, ladite solidarité demeure un idéal auquel les parties sont appelées à tendre. Elle ne saurait donc constituer une réalité juridique³⁰. Courdier soutient aussi que le but commun qu'évoque Demogue n'existe pas. En effet, chaque contractant a son but à atteindre dans une relation contractuelle. Dire que le but commun est la somme des buts individuels n'est pas décisif dans la justification de la solidarité entre les contractants. Ceux-ci doivent d'abord satisfaire à une prise de conscience des avantages que cette solidarité peut leur procurer. Chaque partie œuvrant prioritairement à la réalisation de ses intérêts légitimes, la solidarité ne peut juridiquement résulter de la conception du but commun que soutient Demogue³¹. Il appert donc que pour que l'expression « solidarisme contractuel » ait pleinement son sens, son application dans les rapports d'obligations doit exprimer une

28. Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans Gilles GOUBEAUX et Jacques GHESTIN (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 447.

29. Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 53.

30. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, p. 15.

31. *Id.*

solidarité qui tire ses sources du contrat lui-même et non de la solidarité sociale qui est d'ordre socio-politique³².

Nous sommes certes favorables à une plus grande autonomie du solidarisme contractuel, mais il nous paraît inapproprié de prétendre systématiquement le séparer du solidarisme social auquel il reste intimement lié. Nous ne pouvons pas affirmer la pleine autonomie de ce paradigme sans faire référence à ses suites, c'est-à-dire ses conséquences sociales. Il s'agit, de par son déploiement, de la satisfaction et de la paix qu'il procure aux parties qui elles-mêmes ne vivent pas *ex nihilo*. Il serait aussi inadéquat de parler de l'autonomie du solidarisme contractuel sans envisager sa finalité. Elle consiste à assurer à la partie en situation de vulnérabilité la réalisation de ses attentes légitimes en leur procurant une protection appropriée. L'encadrement de cette finalité rejaillit alors sur l'organisation sociale qui, de moins en moins, va enregistrer des exclusions ou des risques d'exclusions³³.

1.4 La résurgence contemporaine du solidarisme contractuel

Après une longue éclipse de près d'un demi-siècle, sans doute justifiée par la montée en puissance des idées consuméristes dans la deuxième moitié du XX^e siècle, le retour du solidarisme contractuel s'explique par un certain nombre de facteurs. L'on relève la transformation de l'univers obligationnel. On le sait déjà, depuis l'arrivée des contrats d'adhésion, la théorie classique de l'autonomie de la volonté ne suffisait plus à justifier l'engagement des parties au rapport d'obligations. Aujourd'hui, la contractualisation de masse de la société mondiale, soutenue par le phénomène de la mondialisation des économies³⁴, aboutit à la production des figures contractuelles inédites. Cette nouvelle configuration des rapports d'obligations développe l'unilatéralisme

32. *Id.*

33. Bjarne MELKEVIK, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, P.U.L., 2005, p. 30.

34. C. JAMIN, préc., note 27, p. 20.

qu'on retrouve, à la suite des contrats d'adhésion, dans les contrats de dépendance. Nous sommes donc entrés dans l'ère des rapports contractuels unilatéraux qui intensifie le règne des pouvoirs contractuels.

Malgré la prédominance couplée de l'unilatéralisme et des pouvoirs contractuels qui contrarient de front le dogme de l'autonomie de la volonté, le droit des contrats et la théorie générale y relative continuent de régenter les relations contractuelles à leur aune. Il devient important de savoir si d'un droit des relations contractuelles égalitaires, le moment n'est pas venu d'envisager l'instauration d'un droit inégalitaire qui serait adapté aux réalités contemporaines.

La difficulté ne se pose pas systématiquement de la même façon selon qu'il s'agit du régime juridique français ou du régime juridique québécois³⁵ : le premier se distingue par sa position assez sociale tandis que le deuxième se définit par une prépondérance de l'approche libérale. Cependant, au-delà de leurs différences, la difficulté qui les fédère reste actuellement la même, indépendamment des chapelles doctrinales : comment satisfaire les attentes légitimes des deux volontés qui s'affrontent? Des auteurs s'expriment d'ailleurs en ces termes :

Par exemple, il faut distinguer la position plus « sociale » du droit français en matière de contrat, alors que la crise du droit solidariste en raison de l'opposition néo-libérale a même été invoquée, de celle du droit québécois. En effet, dans ce dernier, c'est l'approche libérale qui prédomine [...] sans doute en raison du lourd héritage du *Code civil du Bas-Canada* qui était le reflet d'une conception davantage libérale des relations contractuelles que ne le représentait le Code Napoléon. En ce sens, le problème est

35. « *Solidarisme*. Le solidarisme contractuel prôné par une certaine doctrine en France, sans toutefois l'aval de la Cour de cassation, n'a pas encore séduit le monde juridique québécois, malgré la tendance politique social-démocrate qui alterne avec le libéralisme selon les résultats électoraux »; Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit » (2009) 54 *McGill L.J.* 223-234.

à la fois différent et semblable. En premier lieu, le problème est différent puisque le constat d'échec ressenti en droit français en matière de règles axées sur la protection de la partie vulnérable, considéré dans un contexte où l'idéologie libérale se fait de plus en plus présente (où ne se fait-elle pas?), ne peut être comparé à celui du Québec. En effet, pour le juriste québécois, le contrat qui n'est pas de consommation ni de travail n'est pas perçu comme étant autre chose qu'un accord de volonté librement consentie : voilà du moins ce qui semble être encore souvent enseigné dans les facultés de droit. En second lieu, le problème est semblable, puisque la difficulté *première* demeure la même, que les approches soient de « droite » ou de « gauche » en France, du Centre ou de la droite au Québec, soit la compréhension axée sur deux volontés qui s'opposent, se combattent³⁶.

Historiquement, le solidarisme contractuel que prônait Demogue s'est manifesté par la mise en application de la justice distributive dans les relations contractuelles. Une justice de groupe portée à la défense des intérêts des contractants en ce qu'ils appartiennent à une catégorie juridique bien déterminée³⁷. On parle alors, par exemple, de la protection des travailleurs, des locataires, ou encore de la mutualisation des risques. Aujourd'hui, la configuration contemporaine des relations contractuelles incite, pour la préservation ou le rétablissement de l'équilibre contractuel, l'appropriation d'une nouvelle forme de justice. Il s'agit de la justice commutative qui s'occupe désormais des individus non plus en fonction de leur appartenance à tel ou tel groupe social préalablement déterminé, mais en appréciation de leur situation dans le rapport d'obligations³⁸.

Pour qu'il joue convenablement son rôle, le paradigme de solidarisme contractuel nécessite d'être préalablement mieux saisi

36. André BÉLANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel? L'exemple du cautionnement », (2006) 47 *C. de D.* 429, 443 et 444.

37. *Infra*, titre 3, «Le solidarisme contractuel : pour une théorie générale du contrat basée sur les inégalités?».

38. *Infra*, section 3.2, «L'émergence souhaitée de la justice commutative».

à travers une analyse rigoureuse de ses définitions contemporaines.

2. Les définitions contemporaines du solidarisme contractuel

Plusieurs auteurs contemporains ont tenté de donner une définition du solidarisme contractuel. Pour l'essentiel des définitions, nous relevons curieusement deux principaux éléments fédérateurs, soit la bonne foi et la fraternité contractuelles, sur lesquels nous nourrissons des réserves quant à leur efficacité³⁹. Nous nous interrogeons davantage sur la distinction que fait Madame Courdier quant aux notions de prise en compte et de prise en charge dans sa définition du solidarisme contractuel⁴⁰ (2.1). De la différence entre ces deux notions, nous en venons à nous demander si le solidarisme contractuel ne serait pas purement et simplement une traduction de la lisibilité contractuelle requise des contractants tout au long du processus obligationnel (2.2).

2.1 Les définitions contemporaines du solidarisme contractuel : fraternité, prise en compte ou prise en charge des attentes légitimes du cocontractant?

Plusieurs définitions contemporaines du paradigme de solidarisme contractuel expliquent cette doctrine par le concept de fraternité (2.1.1). Cette approche qui est fortement critiquée a permis à Courdier de proposer une autre définition tirée de la distinction qu'elle fait des notions de prise en compte et de prise en charge (2.1.2).

39. *Infra*, sous-section 2.1.2.1, «Déficit d'efficacité de la notion de prise en compte dans la définition du solidarisme contractuel».

40. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 503-504, p. 316-317.

2.1.1 La définition du solidarisme contractuel par le concept de fraternité

Plusieurs auteurs contemporains ont tenté de définir le solidarisme contractuel. Pour Thibierge-Guelfucci : « 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 »⁴¹. Pour François Diesse : « La coopération limitée à la forme contractuelle est, quant à elle, plutôt une expression de la solidarité entre les parties, cristallisée par une sorte *d'affectio contractus* ou de *jus fraternitatis* qui constituent la détermination des contractants à s'engager dans une œuvre plus ou moins commune »⁴². Selon Alain Sériaux :

[l]a bonne foi [...] c'est, répétons-le, la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère. [...] L'irruption du devoir de bonne foi dans les relations contractuelles opère ainsi un bouleversement radical. Le contrat n'est pas, ne peut pas être un simple point d'équilibre mettant un terme à une négociation conflictuelle entre deux personnes qui s'entendent parce qu'elles ne peuvent pas faire autrement. Il devient un haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre. C'est heureux⁴³.

Denis Mazeaud opte pour une trilogie, il pense que désormais, « Loyauté, solidarité, fraternité » constituent ce qu'il

-
41. Cathérine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) 32 *R.T.D.C.* 357 et 376.
 42. François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », (1999) 43 *A.P.D.* 259 et 265.
 43. Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 55, p. 229-231.

appelle : la nouvelle devise contractuelle⁴⁴. Quant à Mestre, « [a]u souci contemporain d'équilibre contractuel, justifiant une intervention unilatérale de rééquilibrage au profit de la partie considérée en situation d'infériorité, pourrait bien, demain, se substituer un esprit de collaboration, plus riche parce que naturellement bilatéral »⁴⁵.

Si tous les auteurs qui définissent le solidarisme contractuel soutiennent l'idée de coopération, il y a tout de même deux autres idées qui les fédèrent : la fraternité et la bonne foi. Ce qui fait dire à une auteure qu'une telle conception de la bonne foi, élargie aux concepts de solidarité ou de fraternité, ne peut être conciliée avec les éléments fondamentaux de la relation contractuelle que sont les principes de liberté, de responsabilité et de justice commutative, qui sont à la base de la coexistence des droits et des intérêts⁴⁶. La bonne foi n'est pas assimilable à un devoir de solidarité. Opérer une mutation de la bonne foi vers le devoir de fraternité reviendrait à créer un préjudice tout aussi préoccupant que celui que l'on veut faire disparaître⁴⁷. Cette critique est partagée par d'autres auteurs de la doctrine libérale⁴⁸ et même par les défenseurs du solidarisme contractuel⁴⁹. Une partie de la doctrine libérale conteste l'idée même de solidarité dans les relations contractuelles. Ainsi, Mignot affirme que la

44. Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans Philippe ARDANT (dir.), *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, P.U.F., 1999, p. 609.

45. Jacques MESTRE (1986) *R.T.D.C.* 102, cité par Laurent LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1, 173, 177.

46. Marie-Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 185-188.

47. *Id.*

48. François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 42, p. 44; Jean-Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : Est-on allé trop loin? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), préc., note 6, p. 122; Jean CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 227, cité par L. LEVENEUR, préc., note 45, p. 177.

49. C. JAMIN, préc., note 28, p. 442; C. JAMIN, préc., note 1, p. 162.

solidarité s'oppose à la justice commutative, en ce sens qu'elle est une constante recherche de déséquilibre, tandis que la justice commutative est une recherche permanente d'équilibre. Il soutient aussi que la solidarité s'oppose à l'utilité, dans la mesure où l'utilité suppose une quête permanente de la maximisation des intérêts égoïstes, alors qu'elle requiert un réel désintéressement des choses matérielles. La vraie nature de la solidarité est qu'elle relève de la gratuité, c'est-à-dire un don au sens sociologique du terme⁵⁰. Cette analyse de l'auteur a été reprise par la professeure Grégoire⁵¹.

Il serait presque illusoire, tant sur le plan théorique que dans la réalité pratique, de prétendre que les contractants se doivent réciproquement ou peuvent se prescrire des sentiments fraternels. La fraternité ne se décrète pas. Elle ne saurait faire l'objet d'une contractualisation. La mise en œuvre de la fraternité, qui est un devoir sentimental par excellence, commande logiquement que les intéressés s'aident mutuellement. Par contre dans un rapport obligationnel, l'entraide, perçue en défaut de toute morale ou de toute considération d'ordre sentimental, est inséparable du lien de solidarité. La solidarité est alors considérée comme étant « consubstantielle »⁵² à la relation d'intérêts.

Il ne s'agit donc pas de poser un regard miséricordieux sur la partie qui se trouve en situation de vulnérabilité, mais d'accomplir le devoir obligationnel de solidarité que le contrat impose. Mais de quelle manière?

2.1.2 La définition du solidarisme contractuel par les concepts de prise en compte et de prise en charge

Plusieurs fois défini, mais mal défini, la meilleure distinction entre le solidarisme contractuel et le volontarisme

50. Marc MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », (2004) 4 *R.R.J.* 2153, 2159-2160.

51. M. A. GRÉGOIRE, préc., note 46, p. 189.

52. A.-S. COURDIER-Cuisinier., préc., note 19.

individualiste est l'œuvre de Courdier. Si sa définition de la prise en compte trouve notre accord (2.1.2.1), il en est autrement pour celle relative à la notion de prise en charge que nous jugeons excessive (2.1.2.2).

2.1.2.1 Le déficit d'efficacité de la notion de prise en compte dans la définition du solidarisme contractuel

Dans sa contribution à la lutte contre les déséquilibres et les inégalités contractuelles, Courdier retient la notion de prise en compte comme étant la formule représentative de toute la philosophie volontariste et individualiste du contrat. Les individus à la relation contractuelle sont tenus de veiller, chacun en ce qui le concerne, à la sauvegarde de leurs propres intérêts. Soucieuse d'un minimum de transparence, la doctrine libérale recommande aux parties au contrat une certaine honnêteté, en leur imposant des règles caractérisées principalement par des comportements de nature négative : les obligations de ne pas faire⁵³. Reprises par différents codes civils, principalement en ce qui concerne les vices de consentement⁵⁴, la bonne foi⁵⁵ ou l'obligation de renseignement⁵⁶, ces obligations de ne pas faire font interdiction aux parties d'afficher des comportements préjudiciables aux intérêts de l'une d'entre elles. Il peut alors s'agir, par exemple, de l'interdiction de garder par-devers soi des informations qui sont déterminantes pour le consentement de l'autre partie, ou encore d'user de tromperies. La jurisprudence a souvent sanctionné ce genre de comportements au nom de la bonne foi⁵⁷.

Tout ce déploiement doctrinal, législatif et jurisprudentiel, se résume en la nécessité du respect des intérêts de chaque partie au lien obligationnel, bien qualifié par Courdier de *prise en*

53. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 506-507, p. 317.

54. Art. 1399 C.c.Q.; Art. 1109 C.c.F.

55. Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.; Art. 1134 al. 3 C.c.F.

56. Art. 2345 C.c.Q.

57. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse et autres*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

compte. La notion de prise en compte serait alors la faculté de collaborer avec son cocontractant de manière purement objective, de se limiter à un minimum de coopération qui consiste à fournir à l'autre partie des informations ou renseignements essentiels qui lui permettront de s'engager en bonne connaissance de cause. Elle serait aussi l'exécution fidèle du contenu du champ contractuel *stricto sensu*. Elle fait appel à la conscience individuelle de chaque partie en faveur du respect des intérêts de l'autre⁵⁸. La *prise en compte* ne saurait servir de base aux devoirs positifs comportementaux. Une telle entreprise ne pourrait être réalisée qu'au prix de la déformation de la notion même de bonne foi. Courdier fait de l'exemple du devoir de coopération une démonstration adéquate de cette réalité. Ce devoir « [...] constitue un degré supérieur dans le comportement [...] Il traduit l'idée d'agir conjointement avec quelqu'un, l'action de participer à une œuvre commune. Or la bonne foi ne recèle pas intrinsèquement une telle idée. Elle implique de la part de chaque contractant qu'il agisse de telle ou telle manière avec l'autre »⁵⁹.

À rebours de la conception volontariste et individualiste du lien contractuel, propriété exclusive des cocontractants, la perception solidariste fait du contrat un fait social, un instrument de cohésion sociale⁶⁰. Ainsi, dans le souci du renforcement de la protection de l'équilibre contractuel, Courdier propose à l'opposé de la notion de « prise en compte », le concept de « prise en charge ». Pourtant, il nous semble indiquer de s'en démarquer quelque peu de par son caractère excessif.

2.1.2.2 Le caractère excessif de la notion de prise en charge dans la définition du solidarisme contractuel

Courdier propose de se démarquer de la bonne foi et de son fondement, la doctrine volontariste et individualiste, pour

58. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 507, p. 317.

59. *Id.*, n° 510, p. 319.

60. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p.364; C. JAMIN, préc., note 28, p. 447; R. DEMOGUE, préc., note 12, n° 13, p. 26-28.

s'approprier le concept de prise en charge qui est la construction parfaite du solidarisme contractuel.

Selon l'auteure :

Disons-le d'emblée [...], « *respecter ne signifie pas assumer : il s'agit d'une prise en compte, non d'une prise en charge* ». Là réside la différence entre la bonne foi et le solidarisme contractuel. La première exige des parties le respect de l'intérêt de l'autre; le second se caractérise entre autres par une prise en charge réciproque par les parties de l'intérêt de l'autre. Il existe par conséquent une différence de degré entre les deux. La première impose aux parties de tenir compte dans leur comportement de l'intérêt de l'autre alors que le second consiste à ériger l'intérêt d'une partie dans l'objet du comportement de l'autre⁶¹.

La notion de prise en charge représenterait davantage la philosophie solidariste des rapports d'intérêts, en ce qu'elle implique nécessairement une approche intersubjective. La partie forte sonde la subjectivité de l'autre, en essayant, autant que possible, de satisfaire ses attentes contractuelles en la conseillant dans ses choix d'options.

Nous trouvons excessive l'utilisation de la notion de prise en charge. Certes, la prise en charge implique le conseil, la mise en garde, mais elle pourrait aussi très bien s'assimiler à une reconnaissance de fait de l'impossibilité notoire de la partie en situation de vulnérabilité à pouvoir s'assumer. Procédons par analogie afin de comprendre la distance que nous prenons à l'égard du concept de « prise en charge » dans les relations obligationnelles.

Les maisons de retraite accueillent régulièrement les personnes ayant déjà satisfait à toutes les étapes naturelles du processus de vie d'un individu : naître, grandir et vieillir. Ces

61. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 503, p. 316.

personnes arrivent souvent dans ces lieux au moment où elles commencent à accuser une perte d'autonomie fonctionnelle, un sérieux déficit d'indépendance d'exercice. Parmi elles, il y en a qui n'ont plus pour seule raison de vivre que le souffle de vie, tellement elles sont fatiguées, dominées par la maladie parfois, que les maisons de retraite qui les accueillent assurent à leur endroit, par le moyen de leurs préposés, une véritable prise en charge qui consiste en l'accomplissement en leur faveur des actes les plus élémentaires de la vie, tels que : se nourrir, se vêtir, ou encore faire sa toilette. Les maisons de retraite veillent alors sur elles jusqu'au retrait de leur souffle vital. Toutefois, ces résidences ne peuvent le faire que moyennant une rémunération qui leur est versée soit par l'État, soit par les familles des personnes concernées ou par ces dernières elles-mêmes. L'exécution des prestations contractuelles se fait alors sur la base d'un accord de prise en charge de cette catégorie de personnes revenues à la solde de la société. Une situation qui nous rappelle la vulnérabilité d'un nouveau-né, totalement abandonné au bon vouloir de ceux et celles qui ont en charge son accueil dans la famille, la société, et qui assurent son autonomisation⁶².

Si de tels contrats de prise en charge existent, force est de relever que nous sommes très loin de penser ou d'affirmer que pour des personnes en pleine possession de leurs capacités, des individus encore en activité, l'on puisse parler à leur endroit des relations contractuelles de prise en charge des intérêts de la partie en difficulté. Les rapports d'obligations, transactionnels ou relationnels, nécessitent que chacune des parties s'investisse, dans une logique de collaboration, à la réalisation d'une œuvre commune : le contrat. Certes, l'une des parties peut se trouver dans une position de privilégiée. En vertu de cette situation, elle devra veiller à la réalisation des attentes légitimes de son cocontractant. Elle agira ainsi en quittant la sphère des simples obligations de ne pas faire pour celle des obligations de faire.

62. Louis DUMONT, *Homo Hierarchicus. Le système des castes et ses implications*, Paris, Gallimard, 1979, p. 18.

Par le truchement de la doctrine solidariste, il est possible de renforcer la légitimité du principe de l'autonomie de la volonté car, toutes réserves faites⁶³, elle reste à la source des relations obligationnelles⁶⁴. Il s'agit simplement d'un fil fédérateur qu'il faut établir entre la philosophie libérale du contrat et le solidarisme contractuel. Dans la recherche de ce moyen, moins que du concept de *prise en charge*, il nous semble plus indiqué d'opter pour la notion de lisibilité du lien obligationnel. Parce que la lisibilité installe davantage les parties dans une logique de dialogue en plus de responsabilité, elle reste le meilleur moyen de rendre la volonté de chaque partie réellement autonome.

2.2 Le solidarisme contractuel : nécessaire lisibilité du lien obligationnel

La lisibilité du contrat ou des relations obligationnelles se traduit en termes d'aptitude à comprendre les agissements du cocontractant, d'accéder à l'intelligibilité de son propos, de ses agissements, ou encore de saisir discursivement le sens ou la finalité de son action. Procurer la lisibilité à autrui est le fait de lui permettre d'accéder à la compréhension de nos agissements. Le

63. « Devenir "autonome" représente un processus qui s'apprend et qui est soumis non seulement aux aléas de la socialisation, mais aussi à la personnalité de l'individu. Bref, tout le monde n'arrive pas à développer (ou à optimiser) les ressources dont il a besoin pour se livrer aux considérations, jugements, calculs, etc., essentiels, ou à tout le moins pertinents, au fonctionnement de la société. Il s'ensuit que l'autonomie ne peut pas être pensée "en bloc", mais seulement dans toute sa relativité. En fait, l'autonomie se confirme en tant qu'aptitude personnelle, et donc aussi compétence cognitive »; B. MELKEVIK, préc., note 33, p. 10.

64. Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26, *A.P.D.* 35, 39; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p. 374; Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. 2, Paris, P.U.F., 2004, n° 931, p. 1945; Jean CÉDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Publications de la Cour*, en ligne <http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html> (Page consultée le 06 janvier 2014); C. JAMIN, préc., note 28, p. 448.

concept de lisibilité est alors la faculté pour les parties de comprendre les tenants et les aboutissants de leur engagement, d'avoir une lecture adéquate du contrat, de contracter en bonne connaissance de cause ou d'avoir une compréhension partagée du rapport d'intérêts qui associe concrètement les attentes légitimes de toutes les parties. Elle suppose l'instauration d'un réel dialogue, qui conduit la partie en position de force à interroger la subjectivité de celle en situation de vulnérabilité. La lisibilité traduit alors la conciliation des intérêts respectifs des parties au lien obligationnel.

Cette conciliation des intérêts suppose la satisfaction des devoirs positifs comportementaux, les obligations de faire (2.2.1). Leur exécution permet la création d'un *nous contractuel*, le contrat devenant ainsi la propriété des parties (2.2.2).

2.2.1 La lisibilité contractuelle : une application systématique des obligations de faire

Les obligations de faire sont issues de la classification des obligations d'après leur objet qu'on retrouve dans beaucoup de manuels contemporains de droit des obligations⁶⁵. Elles sont définies comme étant celles pour lesquelles les personnes qui en sont débitrices sont tenues d'accomplir des actes positifs, dans le sens d'une collaboration commune à la réalisation des attentes légitimes de toutes les parties. La coopération contractuelle que réclamait Demogue⁶⁶ se retrouve aujourd'hui chez plusieurs auteurs contemporains⁶⁷. Elle représente la faculté pour chaque

65. Jean-Louis BAUDOIN ET Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 32, p. 43; Didier LUELLES ET Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, n° 77-81, p. 42-43; Jean PINEAU, Daniel BURDMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., par J. PINEAU ET S. GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 10, p. 16.

66. R. DEMOGUE, préc., note 22, p. 9.

67. F. DIESSE, préc., note 42; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p. 376; A. SÉRIAUX, préc., note 43, p. 229-231; D. MAZEAUD, préc., note 44, p. 609; J. MESTRE, in *R.T.D. civ.*, 1986, p. 102, cité par L. LEVENEUR, préc., note 45, p. 177; A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 529, p. 335.

contractant d'agir interactivement avec l'autre, de fonctionner de manière intelligible. L'obligation de coopération exige un niveau de normativité contractuelle relevé, irréductible à de simples obligations de ne pas faire, des obligations négatives qui consistent à faire de l'abstention la condition de l'équilibre obligationnel. L'exigence de collaboration élève la relation obligationnelle au niveau des obligations positives qui conduisent, non plus uniquement à respecter les attentes légitimes d'autrui en assurant la coexistence pacifique des intérêts, mais à rechercher leur réalisation par le moyen de la conciliation.

Dans ce sens, un auteur soutient :

Parce qu'elle découle de la recherche concertée d'une efficience sans cesse accrue, l'obligation de collaboration inscrit la normativité contractuelle dans un registre clairement supérieur à celui auquel la théorie néoclassique du contrat se réfère en invoquant les obligations générales de bonne foi ou de *fair dealing* dans la formation et l'exécution du contrat. Il ne suffit plus que les parties s'abstiennent d'une conduite préjudiciable à l'autre ou agissent conformément aux standards communément admis. Il leur incombe d'agir avec perspicacité et non seulement avec honnêteté, d'innover sans se contenter du rendement habituel, de promouvoir l'intérêt de l'autre sans se limiter au simple respect de ses droits, de travailler dans le sens du profit commun à long terme sans s'arrêter à un calcul du coût-bénéfice immédiat, d'entrer dans un rapport d'attachement mutuel où l'investissement requis des partenaires ne trouve plus de limite légitime dans l'invocation de l'indépendance juridique ou de l'autonomie organisationnelle⁶⁸.

L'un des exemples de l'exigence de coopération est celui des contrats informatiques. Lorsqu'un client acquiert du matériel

68. Jean-Guy BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics, Conférences Meredith 1998-1999 tenues à l'université McGill le 12 mars 1999*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 137, 144.

informatique, il bénéficie d'une assistance du professionnel qui lui notifie régulièrement les mises à jour disponibles en lui montrant toutes les conséquences possibles de l'acceptation ou du refus par lui de leur exécution. Le consommateur de matériel informatique et le professionnel entretiennent alors une relation de collaboration à une œuvre commune, le contrat informatique qui les lie. Cet engagement du professionnel auprès de son client vise à faciliter la lisibilité de l'utilisation de son arsenal informatique, à lui assurer une jouissance durable qui puisse satisfaire au mieux ses attentes contractuelles. Un autre exemple du devoir de coopération est celui du contrat de franchise⁶⁹. Il s'agit d'un lien obligationnel établi entre un créancier, le franchiseur, et un débiteur, le franchisé. Le franchiseur qui se spécialise dans un domaine d'activités économiques précis procède au développement et à l'épanouissement de son entreprise par la mise à contribution de structures affiliées. Celles-ci s'engagent à exploiter leur commerce sous son label. Dans leur fonctionnement, ces structures sont tenues de respecter la politique commerciale définie par le franchiseur. Ainsi, les franchisés ne pourront faire leurs achats de marchandises et passer leurs commandes que dans la centrale de distribution tenue par celui-ci. Les prix de vente à la centrale d'achat et au niveau des franchises sont définis par le franchiseur, sous réserve d'une marge de manœuvre qui peut être reconnue aux franchisés dans le cadre de la vente finale de leurs produits aux clients. Le franchisé qui réussit à attirer le maximum de clientèle possible travaille dans l'optique d'une œuvre contractuelle commune. Il déploie tous ses efforts pour le succès de l'entreprise et s'investit rigoureusement à attirer, entretenir et fidéliser cette clientèle sous le nom commercial du franchiseur. Il met à contribution toute cette énergie dans l'optique d'atteindre le niveau de rendement, de chiffre d'affaires ou de bénéfice fixé par le franchiseur.

69. *BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068 (CanLII); *Realstar Hotel Services Corp. c. 3099-1103 Québec inc.*, 2005 QCCA 555 (CanLII); *9045-6740 Québec Inc. c. 9049-6902 Québec Inc.*, 2004 CanLII 31403 (QC C.A.); *Grill Dagenais Inc. c. Cara Opérations Ltée*, 2001 CanLII 5047 (QC C.A.); *Centre de distribution de la piscine Trans-Canada inc. c. Cibelle piscines et clôtures inc.*, 1988 CanLII 230 (QC C.A.).

À l'inverse, le franchiseur est tenu d'apporter au franchisé l'assistance technique nécessaire et de prendre toutes les mesures appropriées qui peuvent lui permettre de poursuivre de manière efficiente l'exploitation de sa franchise. Il devra alors tout mettre en œuvre pour le maintien de l'équilibre contractuel. Il doit notamment s'abstenir de se cantonner sur l'équilibre initial du contrat et entrer dans la dynamique de l'évolution de la relation. Cette évolution doit s'arrimer à la situation du marché, aux transformations des circonstances ou du milieu dans lequel la franchise est active. Toute attitude visant à porter préjudice aux attentes légitimes de l'une des parties doit être sanctionnée⁷⁰.

Cette collaboration s'impose dans les contrats de dépendance. Les parties se sont engagées dans des relations obligationnelles de longue durée. Il convient de remarquer ici que de tels contrats qui s'installent dans le temps ne sauraient obéir de bout en bout à l'autonomie initiale de la volonté. Par l'incomplétude du contrat qui peut être soit du fait des parties, soit totalement des circonstances indépendantes de leur volonté⁷¹, l'obligation de coopérer à la réalisation des attentes légitimes de chaque contractant s'impose. Chacune des parties a misé sur l'issue heureuse du rapport d'obligations. Il serait par conséquent illogique de rester figé sur la conception statique de l'autonomie de la volonté avec ses principes d'intangibilité, d'irrévocabilité et de

-
70. 9168-4241 *Québec inc. c. 9128-7755 Québec inc.*, 2008 QCCA 1877 (CanLII). Notre présentation du contrat de franchise comme étant à la fois une relation de pouvoirs et de coopération pourrait sembler contradictoire. Mais ce que nous voulons démontrer, c'est qu'une relation de pouvoirs n'est pas forcément une relation de dictature, l'attention devant être focalisée sur l'utilisation que fait la partie en position de force des prérogatives unilatérales qu'elle détient en vertu du contrat. La construction d'un contrat de franchise incite *a priori* à la collaboration, mais l'utilisation inadéquate qui est souvent faite des pouvoirs unilatéraux semble le classer parmi les relations contractuelles de dictature. Ce contrat qui incite par essence à une étroite collaboration peut donc s'avérer illusoire au niveau de l'équilibre contractuel.
71. Ninel ULLOA MAUREIRA, « Introduction du Concept Américain de Contrats Incomplets en Droit Civil Français », *Global Jurist Topics*, vol. 4 [2004], N° 3, Article 3, p. 5, en ligne : <<http://www.bepress.com/gj/topics/vol4/iss3/art3>> (consulté le 6 janvier 2014).

force obligatoire du contrat. Un auteur affirme dans ce sens : « Lorsque la logique du rapport contractuel se fait plus pédagogique que disciplinaire, il n'est pas exclu que la réflexivité du contrat serve à initier les parties à une nouvelle manière de faire confiance au lieu de rester prisonnières du rapport de confiance traditionnel »⁷².

Il s'agit pour la partie en position de force de se montrer intéressée par la subjectivité de l'autre en poussant sa collaboration jusqu'au conseil et autre mise en garde, d'être pour elle le remède à ses vulnérabilités. En ce sens, le solidarisme contractuel qui n'est pas synonyme de bilatéralité⁷³, favorise la création d'un *nous contractuel* qui fait véritablement du contrat la chose des parties.

2.2.2 La lisibilité contractuelle : pour la création d'un *nous contractuel* par les parties

L'équilibre contractuel n'existe pas, il reste et restera toujours un idéal. Toutefois, lorsque le déséquilibre devient une habitude, la nécessité de veiller sur les intérêts de tous ceux qui, selon les circonstances, se retrouvent en situation de vulnérabilité, s'impose. L'on parle alors de l'élimination des déséquilibres excessifs⁷⁴.

Pour lutter contre les déséquilibres, plusieurs solutions ont été retenues dans certains contrats spéciaux. L'on peut évoquer le droit de repentir dans le domaine de la consommation⁷⁵. Ici, la possibilité est reconnue à l'acquéreur, après un certain délai, de revenir sur sa décision de contracter, s'il estime que la chose objet

72. Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 292.

73. C. JAMIN, préc., note 1, p. 163.

74. Denis MAZEAUD, «Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller trop loin?», dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), préc., note 6, p. 137.

75. OLIVIER LITTY, *Inégalités des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 202, p. 168.

du contrat ne correspond pas à l'intérêt contractuel recherché. Nous pouvons également relever la protection spéciale accordée au locataire en matière de bail. Dans le cadre du contrat de bail d'habitation, le propriétaire de la maison mise en location peut exercer son droit de reprise en justifiant d'un intérêt d'occupation familiale, après la satisfaction à un délai de préavis⁷⁶. On peut pareillement retenir la protection économique reconnue à la caution, protection dualiste qui se résume aux bénéfices de discussion⁷⁷ et de subrogation⁷⁸.

Dans la nécessité de création d'un *nous contractuel*, l'élément catalyseur est celui de l'autonomisation de la volonté par le moyen de l'instauration d'un dialogue entre les parties. Le processus d'autonomisation de la volonté requiert des parties d'adopter une attitude intercompréhensive du rapport d'obligations. Cette option vise à permettre à chaque contractant de partager la réalité de la relation contractuelle avec le cocontractant. Selon le professeur Melkevik, « [p]our saisir le point d'ancrage de ce critère d'intersubjectivité, il faut le situer à l'intérieur de sa condition de possibilité, c'est-à-dire la philosophie du langage »⁷⁹. Il soutient alors que « [...] dans le cas de celui qui adopte une attitude communicationnelle, on entre dans une sphère d'intercompréhension où le langage sert à partager quelque chose "avec" quelqu'un d'autre »⁸⁰.

La doctrine solidariste affirme que les individus ne sont pas libres et égaux par nature. Elle ignore le monde de la métaphysique pour s'occuper concrètement de l'individu dans sa vulnérabilité. Les parties au contrat ne sont pas des êtres désincarnés. Il est nécessaire de les considérer comme des êtres incarnés, et donc susceptibles de vulnérabilités qui, elles-mêmes, lancent un appel à la protection de la partie en position de

76. *Id.*, n° 347-349, p. 277-279.

77. Art. 2347 C.c.Q.

78. *Id.*, art. 2365.

79. Bjarne MELKEVIK, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan & Québec, PUL, 1998, p. 95.

80. *Id.*

faiblesse au contrat⁸¹, gage de la nécessaire conciliation des intérêts respectifs des contractants. L'individu et le sujet de droit ne sont pas séparés comme dans le volontarisme individualiste. La volonté demeure la base du contrat, mais une volonté soumise au droit social⁸². Comme le soulignait François Ewald :

Les politiques libérales étaient liées par l'impératif de toujours respecter l'ordre naturel; la découverte des solidarités interdit le maintien de cette référence. La société devra se construire contre nature. L'utopie libérale était que la société se dégraisse de tout ce qui la maintenait à distance de la nature et de sa nature, que le pouvoir, institution contre nature par excellence, poursuive son propre effacement; l'utopie solidariste est exactement inverse: la société ne sera jamais assez sociale; la nature l'empêche de coïncider avec elle-même; et, faute de pouvoir s'en affranchir, il lui revient de la maîtriser et de la lier au seul ordre qui lui convienne: celui qu'elle s'impose⁸³.

À l'analyse, il ressort que les parties au lien obligationnel doivent asseoir la légitimité de leur entente par le biais du dialogue qui favorise l'intercompréhension⁸⁴. La légitimité commune recherchée du contrat recommande que nous cessions de raisonner en « dogmaticiens »⁸⁵, car une autonomie de la volonté conçue de façade sera rétive à la force obligatoire du contrat. L'univers contractuel, en vertu du lien de solidarité, devrait faire

81. Christophe BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2003, n° 12-13, p. 27-28.

82. « Selon Macneil [...] à l'encontre du paradigme classique, et malgré les efforts néoclassiques pour l'adapter tant soit peu à la réalité des contrats relationnels, on ne peut plus et on ne doit plus considérer l'échange des consentements et des promesses comme la source privilégiée, encore moins unique, de la projection dans le futur à laquelle se ramène fondamentalement le contrat. Sa théorie veut rendre compte pleinement de la normativité contractuelle, implicite autant qu'explicite, interne à la relation des parties ou provenant de l'environnement social », J.-G. BELLEY, préc., note 72, p. 303.

83. F. EDWALD, préc., note 14, p. 360.

84. B. MELKEVIK, préc., note 79, p. 95.

85. C. JAMIN, préc., note 1, p. 170.

plus cas des devoirs positifs comportementaux. Ainsi, à partir des obligations de coopération, de conseil et autre mise en garde, de dialogue, parvenir à l'établissement des relations contractuelles inégalitaires. On comprend alors ces écrits d'Edwald : « Le succès des doctrines de la solidarité tient à ce qu'elles [...] montraient comment la liberté pouvait générer une obligation positive de faire, et qui la préserve. Mieux encore, que cette obligation n'était pas seulement compatible avec la liberté, mais qu'elle était aussi sa condition. Cela supposait une transformation de la manière dont on posait le problème, c'est-à-dire une mutation épistémologique. Celle même que marque l'avènement du schéma de la solidarité »⁸⁶.

Le solidarisme contractuel constitue un évènement remarquable à la lisière des XX^e et XXI^e siècles⁸⁷. Des auteurs lui reconnaissent la paternité de certains progrès en droit des contrats. Il peut s'agir de la naissance de certains droits spécifiques tels que le droit du travail, le droit de la consommation, le contrat d'assurance. Aussi, l'on estime que les obligations de renseignement et de conseil, la réticence dolosive ou encore l'obligation de sécurité proviennent de son influence⁸⁸. Ces avancées, aussi salutaires qu'elles soient, se limitent pour la plupart dans des protections de groupes, c'est-à-dire de certaines catégories sociales. Il s'agit de l'application de la justice distributive. Pourtant, le droit des contrats ne peut plus se satisfaire uniquement de la justice distributive, au regard de la forte contractualisation de la société.

Pour une protection efficace de l'équilibre contractuel et des intérêts de la partie en situation de vulnérabilité, plus que de justice distributive, il est davantage question de l'appropriation de la justice commutative. C'est une justice qui s'occupe pareillement

86. F. EDWALD, préc., note 14, p. 359. Voir aussi: C. JAMIN, préc., note 28, p. 472.

87. « En droit des contrats, la doctrine solidariste constitue, sans exagération, l'évènement intellectuel de ces dernières années », M. MIGNOT, préc., note 50, p. 2153.

88. C. JAMIN, préc., note 27, p. 16.

de chaque individu quel qu'il soit, dès lors qu'il est placé dans des conditions de vulnérabilité. On parle alors du développement d'une théorie générale des relations contractuelles basée sur les inégalités.

3. Le solidarisme contractuel : pour une théorie générale du contrat basée sur les inégalités?

L'idée de l'instauration d'une théorie générale du contrat basée sur les inégalités n'est pas nouvelle. Elle est au centre d'une discussion qui anime les juristes depuis près de deux siècles. La question s'est toujours posée de savoir s'il fallait considérer les contractants comme étant abstraitement égaux, ou alors les classer en fonction de leurs inégalités effectives, gage de la protection du cocontractant le plus faible⁸⁹. Dans la première moitié du XX^e siècle par exemple, le courant réaliste aux États-Unis insistait sur la nécessité pour les juges de prendre des distances vis-à-vis de la rigidité des règles juridiques qui gouvernent les relations obligationnelles, pour s'intéresser davantage aux données concrètes et à la portée de leurs décisions⁹⁰. Cette compréhension du rapport d'obligations a été reprise aux États-Unis dans la deuxième moitié du XX^e siècle, par les *Critical Legal Studies*. Pour ce mouvement, les règles sur les incapacités, limitativement énumérées, assurent une protection dérisoire de l'équilibre contractuel. Le juge devrait davantage faire cas de la qualité du consentement, la nécessité de l'échange, le pouvoir de contracter des parties ou encore leur inégalité. Ce qui permet de préserver l'équilibre obligationnel, à travers le contrôle du choix politique de la liberté contractuelle qui favorise les classes riches⁹¹. Dans l'ensemble, aux XIX^e et XX^e siècles, des auteurs ont démontré l'importance d'une mutation de la philosophie obligationnelle volontariste et individualiste vers le

89. Denis BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 26, p. 15.

90. Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, Paris, P.U.F., 2008, n° 44, p. 96-97.

91. *Id.*, n° 44, p. 97.

social, base essentielle de la lutte contre les déséquilibres et les inégalités⁹².

Déjà amorcée par l'adoption et la mise en œuvre de la justice distributive (3.1), la socialisation de la théorie générale du contrat et du droit des contrats commande davantage aujourd'hui l'appropriation et la mise en application de la justice commutative (3.2), socle idoine de l'égalisation de tous les contractants au droit par le moyen de l'instauration d'un droit des relations contractuelles inégalitaire⁹³. L'objectif recherché n'est pas de combattre systématiquement le caractère inégalitaire des relations d'intérêts, mais de l'accepter comme une réalité vivante, pour ensuite la soumettre au contrôle dynamique de l'équilibre contractuel⁹⁴.

3.1 La reconnaissance affirmée de la justice distributive dans les relations contractuelles

Réaction législative à la toute-puissance de l'autonomie individualiste de la volonté, quels sont les caractères qui confèrent à la justice distributive une valeur juridique réelle? Quelle peut être l'étendue concrète de son domaine de compétence au regard des pratiques contractuelles contemporaines? À partir de la recherche et de la justification de ses caractéristiques (3.1.1), nous pourrons arriver à délimiter son domaine de compétence et par là, réussir à révéler ses limites, dans l'équilibre qu'elle est censée apporter au lien obligationnel (3.1.2).

3.1.1 La justification de la justice distributive dans le domaine contractuel

L'introduction de la justice distributive dans les relations contractuelles représente une intervention adéquate du législateur

92. Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912; R. DEMOGUE, préc., note 12.

93. J. CÉDRAS, préc., note 64.

94. G. TABI TABI, préc., note 20, p. 144 et ss.

dans la lutte contre les inégalités et les déséquilibres. Le professeur Ghestin définit la justice distributive en ces termes :

La justice distributive consiste à remettre à chacun la part qui lui revient, selon la Nature diront les uns, selon les impératifs sociologiques et économiques ou selon la volonté de l'État diront les autres. *A priori*, la justice distributive pourrait conduire à remettre à tous les membres du corps social une part égale. L'égalité est la forme la plus évidente de la justice, ou plus exactement la forme la plus apparente. La réalité est plus complexe. En fait, parce que la situation de chaque individu dans la société est différente, cette distribution, pour être juste, est inégale. L'égalité consistera seulement à remettre la même part à tous ceux qui se trouvent dans la même situation⁹⁵.

Au regard de cette définition, il ressort que la justice distributive est une justice qui s'occupe des individus en considération de leur appartenance à une catégorie sociale donnée. Il peut alors s'agir des consommateurs, des travailleurs ou des locataires. Par le moyen des dispositions législatives à caractère d'ordre public, la justice distributive, toute réserve faite⁹⁶, protège les intérêts légitimes de la partie qui se trouve en difficulté.

Réaction historique en ce qu'elle représente une intervention législative d'envergure face à la puissance dogmatique de l'autonomie de la volonté, la justification de la justice distributive passe par une analyse de ses éléments caractéristiques. Ceux-ci, mis à contribution, nous permettront de comprendre discursivement la transformation par exception de la théorie générale du contrat, afin de cerner davantage les illusions que renferme aujourd'hui la relation contractuelle.

95. J. GHESTIN, préc., note 64, p. 46.

96. Cette justice distributive apporte aussi son lot de difficultés dans les différents domaines où elle s'applique. Voir dans ce sens : Michèle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1, 84-85.

François Ewald définit trois grandes caractéristiques du droit social dont nous nous permettons de faire l'exégèse. En premier lieu, l'auteur déclare :

C'est un droit qui s'adresse moins aux individus pris isolément qu'en tant qu'ils appartiennent à un groupe, une classe, une catégorie socioprofessionnelle. Principe de démultiplication ou de spécialisation du droit, à la fois horizontale et verticale : non seulement chaque groupe, chaque activité est en posture d'être régie par un droit dérogatoire, mais les droits sociaux sont des droits distributifs : ce sont des droits de certains qui se trouvent dotés d'une créance légale contre d'autres qui n'ont pas les mêmes droits, selon le principe d'une mise en balance du pouvoir et des droits. Les sujets de droit sont des sujets qualifiés en fonction de la situation particulière qu'ils occupent : le droit social est un droit *réaliste*, un droit qui, au-delà des catégories juridiques jugées abstraites, va prendre en compte, décrire et redoubler la réalité. C'est un droit des *groupes*, qui identifie les individus à partir des caractéristiques des groupes auxquels ils appartiennent, qui recherche l'organisation juridique des groupes, avec cette virtualité qu'il ne soit jamais qu'un droit fait par des groupes contre d'autres groupes⁹⁷.

Cette première grande caractéristique indique clairement que la justice distributive ne s'occupe pas de l'individu en tant que personne à part, ayant ses propres attentes contractuelles, mais en qualité unique de membre d'un groupe, d'une catégorie juridique préalablement reconnue. Il s'agit de la consécration de ce qu'il est convenu d'appeler une protection de groupe, la défense des intérêts de la partie vulnérable ne lui étant assurée que relativement à son appartenance à ce groupe.

Un tel raisonnement sur le lien obligationnel suppose concrètement une importante masse critique qui manifeste son mécontentement au point de susciter l'intervention de l'État, au

97. F. EDWALD, préc., note 14, p.451.

nom de la préservation de l'ordre social. Ce qui signifie *a contrario* qu'aucune protection substantielle des intérêts légitimes de la partie en situation de vulnérabilité au contrat n'est assurée, lorsqu'il s'agit d'un rapport contractuel ne rentrant pas dans le cadre des relations de groupe. Cette attitude peut valablement s'assimiler à une prime faite à la philosophie libérale volontariste et individualiste de continuer à faire entorse à l'équilibre contractuel partout où ne se développe pas une suffisante masse critique susceptible de menacer la stabilité des institutions étatiques.

François Ewald définit une deuxième caractéristique du droit social en ces termes :

En conséquence – et c'est la deuxième grande caractéristique du droit social – ce n'est plus un droit de l'égalité, dont la règle de jugement passe par l'égalité des droits, mais, au contraire, un droit des *inégalités*, un droit discriminatoire, un droit des préférences. Un droit qui prend en compte, dans sa technique, dans sa formulation, les différences, les disparités, les forces en présence, qui les mesure et tient compte de leurs quantités respectives. En cela, on ne peut qu'être frappé de son éloignement d'avec les principes classiques du droit, en particulier cette règle fondamentale de jugement juridique qu'il fallait, quelles que soient les inégalités de fait, juger en fonction du principe d'une égalité des volontés. [...] Ce droit, pour être juste [...] doit être, en quelque sorte, disproportionné. Il n'a plus tant pour objectif d'établir un ordre de coexistence au-delà des différences et des particularités individuelles que de rétablir des équilibres défaits, de compenser des inégalités, favoriser les faibles par rapport aux forts⁹⁸.

Au regard de cette deuxième caractéristique, il est clair que par le moyen de la justice distributive, le droit social intègre principalement le caractère inégalitaire du lien contractuel dans ses plans. Ceci pour contrer des inégalités de faits qui peuvent

98. *Id.*

porter préjudice aux attentes légitimes d'une des parties au contrat. Il s'agit de restaurer l'équilibre perdu dans une relation contractuelle où l'une des parties, de par ses défaillances propres, n'a pu exprimer valablement l'autonomie de sa volonté. À la réserve faite que cette protection dont la partie vulnérable jouit ne lui est reconnue que pour autant qu'elle appartient à un groupe préalablement défini, et non en sa simple qualité de contractant. Autrement dit, ce droit cesse de s'appliquer en l'absence d'une situation individuelle ou collective qui rentre dans les prescriptions d'une catégorie reconnue.

Ewald expose la dernière grande caractéristique du droit social en ces termes :

Le droit social est nécessairement un droit à base de *sociologie* – et non de philosophie comme le droit civil classique –, dans la mesure même où la sociologie s'est historiquement constituée comme critique de la philosophie, de ses abstractions et de sa métaphysique, au profit d'une appréhension des sujets et des groupes sociaux qui les saisisse dans leur réalité concrète. La sociologie est organique au droit social; elle lui offre le type de savoir dont il a besoin, en ceci qu'il est de la compétence de la sociologie d'appréhender la « société », de la décomposer en ses éléments constitutifs, de la diviser selon les lignes de force qui sont socialement et politiquement pertinentes. [...] il n'y a pas, comme les promoteurs du droit social l'avaient eux-mêmes revendiqué, de droit social sans sociologie ni peut-on ajouter, sans sociologie du droit lui-même⁹⁹.

La sociologie apporte au droit une vision pratique. De par les réalités observées, cette vision recherche une production concrète du sens des normes juridiques, et non un attachement mécanique à des présupposés absolus¹⁰⁰. Elle a ainsi révélé dans l'histoire des relations de travail l'existence des classes sociales¹⁰¹.

99. F. EDWALD, préc., note 14, p. 451-452.

100. J.-G. BELLEY, préc., note 72, p.1.

101. C. JAMIN, préc., note 28, p. 444.

Elle est au cœur du discours du solidarisme contractuel qui promeut un examen concret des situations contractuelles, une étude du contrat basée sur sa qualification de lien social¹⁰².

De l'analyse de toutes ces caractéristiques du droit social, il ressort que dans son essence, il s'agit d'un droit des relations contractuelles inégalitaires. Ce droit des inégalités, pour être opérationnel, requiert une logique de groupes sociaux, on parle alors de l'application de la justice distributive¹⁰³.

Le droit social, pour être distributif, ne couvre pas l'ensemble des frustrations aujourd'hui enregistrées dans les relations obligationnelles. Il s'agit d'un droit social orienté ou encore d'une justice distributive cloisonnée, largement dépassée par les transformations contemporaines du phénomène contractuel.

3.1.2 Le cloisonnement de la justice distributive dans le domaine contractuel

Aux premières heures de sa mise en application, la justice distributive s'est développée dans le domaine du droit du travail, puis dans la sphère du droit de la consommation¹⁰⁴.

Prototype du principe libéral de l'autonomie de la volonté, le contrat de travail par essence ne s'occupe pas des situations de fait ou de la réalité pratique des individus au rapport d'obligations. Parce que les contractants ne sont pas considérés en fonction de leurs différences personnelles, plutôt en considération de leur seule et unique qualité d'individus ontologiquement libres et égaux, les prestations contractuelles qu'ils ont consenties s'imposent à eux. Peu importe alors la forme du contrat : qu'il soit, par exemple, de gré à gré ou d'adhésion, ce que la volonté a voulu,

102. L. DUMONT, préc., note 62, p. 19-20.

103. C. JAMIN, préc., note 27, p. 25.

104. Christophe RADÉ, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité? », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1, p. 75; F. EDWALD, préc., note 14, p. 452.

elle doit l'exécuter. Ainsi, quelle que soit la puissance du chef d'entreprise ou la vulnérabilité du travailleur dans la relation de travail, seul le respect des engagements souscrits compte dans la relation de travail.

La justice distributive aura donc infiltré le droit du travail traditionnellement bâti sur l'autonomie de la volonté, pour le faire renaître dans les rapports obligationnels avec une suffisante largeur de vues. Le déficit de considération des attentes légitimes de la classe ouvrière a conduit à l'adoption de certaines mesures législatives visant à préserver la cohésion sociale. La sécurité au travail des employés est assurée par l'employeur qui ne doit plus abandonner ses salariés à eux-mêmes. De même, se sont développées dans le monde du travail, la pratique syndicale et la négociation des conventions collectives¹⁰⁵. La justice distributive a donc réussi à instaurer, dans les relations contractuelles de groupes, une sorte de coopération ou de collaboration entre les différentes parties prenantes. Le souci de voir réaliser les attentes contractuelles de toutes les parties à un contrat de travail a conféré au législateur le pouvoir d'intervention au cœur même de la relation obligationnelle, afin de veiller au respect de l'équilibre contractuel.

À la suite des relations de travail, la justice distributive a trouvé un autre domaine de prédilection, celui du droit de la consommation. Initialement très personnalisées dans les zones rurales qui abritent l'essentiel de la population, les relations entre les fournisseurs et les consommateurs se sont avérées en net décalage avec le développement industriel et commercial. Le droit de la consommation préconise l'application, dans les relations obligationnelles, des principes du solidarisme contractuel. Il recherche ainsi l'équilibre ou la conciliation des intérêts opposés, respectivement ceux des producteurs et des distributeurs d'une part, et ceux des consommateurs d'autre part¹⁰⁶. L'on relève donc

105. C. RADÉ, préc., note 104, p. 80.

106. Guy RAYMOND, « Solidarisme contractuel en droit de la consommation », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir), préc., note 1, p. 108; F. EDWALD, préc., note 14, p. 453.

l'existence de certaines règles qui visent à protéger les intérêts de la partie en difficulté dans un contrat de consommation, contrat d'adhésion par excellence.

Par la mise en œuvre de ce droit spécial, le droit de la consommation, il est désormais possible au consommateur de révoquer son consentement, en conformité avec certains délais préalablement fixés. Le consommateur jouit ainsi d'un délai de réflexion au terme duquel il peut ou non, à sa convenance, faire jouer son droit de repentir ou de rétractation. Ce qui lui permet de revenir sur son consentement lorsque la transaction réalisée ne lui procure pas la satisfaction recherchée¹⁰⁷. Si le consommateur jouit en aval d'un droit de repentir, il bénéficie en amont de la protection du juge. Celle-ci est matérialisée par le pouvoir qui est désormais reconnu aux juridictions d'éradiquer les clauses abusives du champ contractuel¹⁰⁸. On parle alors de la *judiciarisation* du droit de la consommation¹⁰⁹. Les consommateurs, représentés par les organisations de consommateurs, se trouvent protégés dans leurs transactions avec les professionnels.

Toutes ces règles protectrices de la partie jusqu'ici qualifiée de faible, parce que profane dans ce domaine de la consommation, mettent en déroute la sécurité juridique classique du lien obligationnel prise en ses principes d'irrévocabilité et d'intangibilité¹¹⁰. Irrévocabilité parce qu'en vertu de la force obligatoire du contrat, une fois celui-ci conclu, il ne peut plus

107. Exemples : Arts. 54.8, 59, 73 L.p.c.

108. Art. 1437 al. 2 C.c.Q.

109. *Gestess Plus (9088-0964 Québec inc.) c. Harvey*, 2008 QCCA 314; *Légaré c. Industrielle Alliance (L), assurances et services financiers inc.*, 2007 QCCA 1840; *Théberge c. Lévesque*, 2007 QCCA 898; *Lemieux c. Marsh Canada ltée*, 2005 QCCA 1080; *91133 Canada Ltée. c. Groupe Thibault Van Houtte & Associés Ltée.*, [2003] R.J.Q. 753, (C.A.); *Bergeron c. Sogidès ltée*, 2000 CanLII 9657 (QC C.A.); *Sabourin c. Dostie*, 2000 CanLII 11311 (QC C.A.); *Boivin c. 2955-0555 Québec inc.*, [1999] R.J.Q. 1932, (C.A.); *Entreprises Alain Lévesque inc. c. Nettoyeur Magique ltée*, 1996 CanLII 6162 (QC C.A.); *Bélanger c. Banque royale du Canada*, [1995] R.J.Q. 2836, (C.A.); *Informatique vidéotron ltée c. Côté*, [1992] R.L. 48 (C.A.).

110. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p. 358.

satisfaire à quelque dénonciation que ce soit. Intangibilité, car, toujours en conformité avec la substance de la force obligatoire, une fois le contenu contractuel fixé, il n'appartient plus aux parties, et encore moins au juge, de modifier les prestations obligationnelles.

En guise de réaction à la nouvelle configuration des relations contractuelles, la tendance dominante aujourd'hui consiste donc à adopter une sorte de transformation de la théorie générale du contrat par exception¹¹¹. La technique consiste à créer des solutions spécifiques selon les difficultés rencontrées dans tel ou tel domaine contractuel. Une telle vision de la situation serait une fuite en avant. À force de créer des branches de droit spécifiques, l'on assisterait finalement à une multitude de règles spéciales. Celles-ci pourraient conduire à la dépression de la théorie générale du contrat qui, vraisemblablement, n'aurait plus de terre d'accueil. Ce qui fait dire à des auteurs :

C'est sur l'inégalité, soit le caractère *non identique* intrinsèque des parties au contrat, que les juristes doivent mettre l'accent afin de redonner un sens juridique au volontarisme. Tout cela implique à l'évidence un changement épistémologique majeur. Du reste, de la croyance idéologique en l'égalité contractuelle qui se reflète dans le volontarisme, nous sommes passés à une compréhension technique et administrative des contrats (employeur-employé, consommateur-commerçant, locataire-locateur, assuré-assureur, etc.) [...] Or, il nous faut reconsidérer l'existence d'un discours entre les parties et l'expression des personnalités qu'il implique [...] dans une société où le contrat d'adhésion est de moins en moins producteur de sens [...] ¹¹².

Il est important que la théorie générale du contrat demeure l'élément fédérateur des branches du droit relatives au domaine

111. *Id.*, p. 370.

112. André BÉLANGER, V.-D. MORARU ET A. VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », (2010) 51 *C de D.* 51, 64.

contractuel, une sorte de tour de contrôle qui distille ses solutions à l'ensemble des relations obligationnelles, procurant ainsi une âme au contrat, à tout rapport d'obligations¹¹³. Pour une protection de l'équilibre contractuel qui prendrait en considération toutes les situations contractuelles compromettantes des intérêts d'une partie, une mutation de la théorie générale du contrat par expansion serait la bienvenue¹¹⁴. Il s'agit de permettre à la théorie générale d'irriguer le processus contractuel en son entier, ceci indépendamment de la branche obligationnelle dans laquelle se réalise la relation des parties. L'objectif est de parvenir ainsi à préserver dans le temps l'unité d'interprétation générale de l'édifice contractuel. Le contrat est aujourd'hui considéré comme une relation de pouvoir. Dans ce sens, Pascal Lokiec affirme qu'il est normal que l'on opte pour l'émancipation du pouvoir par rapport au contrat. L'asymétrie étant un élément caractéristique du régime de pouvoir, on ne doit plus conférer au contrat le rôle pour lequel il n'a pas été conçu initialement, soit la protection de la partie faible. Plus que la correction du déséquilibre ou de l'asymétrie, il convient de contrôler directement le pouvoir sur la base de l'inégalité de la relation contractuelle¹¹⁵.

Telle que définie, la justice distributive est une justice d'exclusion. Parce qu'elle choisit ses cibles, elle ne peut prétendre fédérer les intérêts respectifs des parties dans une relation obligationnelle ne relevant pas de sa compétence. La forte contractualisation de la société, les pratiques contractuelles contemporaines qui prennent de vitesse la théorie générale du contrat autant que le législateur, commandent plus que de justice distributive, la mise en place d'une justice commutative¹¹⁶.

113. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p. 371.

114. *Id.*, p. 358.

115. Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 220.

116. Voir dans ce sens : Philippe JESTAZ, « Rapport de synthèse Quel contrat pour demain? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), préc., note 6, p. 47; J. GHESTIN, préc., note 64, p. 47.

3.2 L'émergence souhaitée de la justice commutative

À la différence des droits sociaux de la première génération, caractérisés par l'encadrement spécifique des intérêts des individus en fonction de leur appartenance à telle ou telle catégorie sociale en mal de puissance décisionnelle, les droits sociaux de la deuxième génération dérogent à la classique division fort¹¹⁷/faible¹¹⁸, en reconnaissant la qualité de fort ou de faible à l'un ou l'autre des contractants, selon que celui-ci est en situation de force ou de vulnérabilité¹¹⁹. L'équilibre recherché dans les figures contractuelles autorise alors l'accès à une nouvelle étape dans la protection des attentes légitimes des parties. Il s'agit de l'accession à la justice commutative dont la justification de son avènement (3.2.1) éclairera ses possibilités d'application (3.2.2).

117. Le terme force représente précisément le degré d'aptitude dans le domaine intellectuel, la capacité, l'habileté, le pouvoir, le niveau de puissance ou de détermination, de supériorité, d'efficacité ou de résistance. Voir : Philippe MERLET (dir.), *Le Petit Larousse Illustré*, Paris, Larousse, 2005, p. 475; Marie-Éva DE VILLERS, *Multi dictionnaire de la langue française*, 4^e éd., Montréal, Québec Amérique, 2009, p. 734; Claude BLUM (dir.), *Le nouveau Littré*, Paris, Garnier, 2004, p. 584; Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2009, p. 1073.

118. Étymologiquement le terme faiblesse désigne quelqu'un ou quelque chose qui manque de force, de vigueur, l'état de ce qui est faible. Au sens figuré, la faiblesse représente un manque de talent, de capacité, la faiblesse d'un raisonnement, d'un argument, de nos connaissances. Elle représente encore un manque de valeur intellectuelle, de mérite, la fragilité, la vulnérabilité. Voir dans ce sens : M.-É. DE VILLERS, préc., note 117, p. 688; P. MERLET, préc., note 117, p. 450; C. BLUM, préc., note 117, p. 546; J. REY-DEBOVE et A. REY, préc., note 117, p. 1002.

119. F. EDWALD, préc., note 14, p.452. Sur la situation de vulnérabilité, voir : B. MELKEVIK, préc., note 33, p. 6; Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », dans Frédérique COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et de ses enjeux en droit*, Grenoble, P.U.G., 2000, p. 19.

3.2.1 La justification de l'émergence souhaitée de la justice commutative

Au regard des définitions des termes force et faiblesse, il semble que ces deux concepts auraient comme instrument de mesure de leur degré, la compétence¹²⁰. Une partie au contrat sera déclarée *partie-faible* lorsque sur le plan des compétences, il s'avère qu'elle fait office de profane vis-à-vis d'un professionnel, ou encore que face à la puissante machine qu'est le patronat, elle se recrute parmi les travailleurs. Le déficit de compétence observé soit sur la *partie-faible profane*, soit sur la *partie-faible travailleur*, en comparaison aux compétences de la *partie-forte professionnel*, ou de la *partie-forte chef d'entreprise*, autorise la mise en action d'une protection particulière des intérêts légitimes de la partie vulnérable au lien contractuel.

Il est difficilement compréhensible aujourd'hui de retenir la compétence comme étant le critère de définition de la partie qui mérite d'être protégée. La protection dont il est question ici se résume en des obligations de renseignement et d'information en faveur de la partie faible. Ce qui permet à celle-ci de mieux éclairer son consentement à l'engagement ou aux décisions contractuelles. Mais la manière dont fonctionne cette protection reconnue à la partie faible suscite quelques réflexions.

L'exemple de l'impact de la publicité dans les contrats de consommation est édifiant. La publicité est généralement présentée comme étant une façon pour son auteur de vanter le produit ou le service qu'il propose aux consommateurs. Elle a un but ardemment économique. L'individu qui décide de faire la publicité de ses produits les encense dans l'objectif de réaliser d'importants profits. Elle ne peut donc véritablement s'abandonner à l'objectivité, car il sera plus réfléchi pour son auteur de ne pas présenter les effets néfastes de son produit ou service, au risque de ne pas atteindre le résultat voulu : la séduction du public afin de l'amener ou de le convaincre de

120. C. BOURRIER, préc., note 81, n° 67, p. 75.

contracter¹²¹. La publicité demeure une donnée subjective, chaque débiteur d'une telle opération n'ayant à cœur que la recherche accrue du gain qui obéit à la théorie de l'efficacité économique. En général, le profane consomme toute l'information que le professionnel lui donne. Il est alors évident qu'il court le risque de se *faire avoir*. Dès lors, il est nécessaire qu'il jouisse d'une bonne protection en obligeant le professionnel à rendre sa publicité moins subjective. Celui-ci s'exécute par une série de mentions informatives qu'il appose sur les produits, et qu'il fait même parfois énumérer dans les émissions de *télépublicité* ou de *télé-réalité*. Une telle publicité qui vient contester la réticence que peut opposer le consommateur pourrait l'obliger à contracter sans une suffisante largeur de vues sur la chose objet du contrat.

Le critère retenu pour limiter les réclamations des consommateurs qui auraient été trompés par la publicité dolosive est celui de personne raisonnable. En clair, pour mériter protection, il faudra prouver que cette publicité est susceptible d'induire en erreur un consommateur moyen, donc raisonnable. Dans un tel contexte, qui est le consommateur raisonnable, autrement dit, quels sont les critères scientifiques de définition du consommateur standard? Il appert donc de remarquer ici que la protection voulue de *la partie-faible* n'est pas aisément acquise dans la réalité. Si pour bénéficier de la protection de ses intérêts, il faut absolument prouver que la publicité incriminée est susceptible d'induire en erreur un consommateur moyen, force est de relever que la catégorisation des consommateurs relativement à ce critère sera assez compliquée.

Au Québec, la *Loi sur la protection du consommateur* a innové par dérogation au droit commun. Ainsi, il est formellement interdit aux commerçants, manufacturiers et publicitaires d'observer le silence sur un fait qualifié d'important lors d'une présentation à un consommateur¹²². Il s'agit de l'obligation de divulguer toute la vérité en ses aspects favorables et défavorables.

121. *Id.*, n° 69, p. 76.

122. Art. 228 L.p.c.

En cas de représentation fautive ou trompeuse d'un bien ou d'un service¹²³, la présomption de fraude pèse sur le commerçant¹²⁴. Toutefois, le critère retenu pour déterminer la fausseté de la déclaration est celui de l'impression générale, soit la personne raisonnable¹²⁵.

L'appréciation *in abstracto* institue une sorte de monde parallèle auquel les individus sont appelés à s'adapter. Pourtant, nous ne réagissons pas de la même manière face aux procédés de publicité. La publicité étant l'art de séduire, il est incompréhensible de laisser hors de protection certains contractants au motif qu'ils n'auraient pas agi avec diligence.

Nous pourrions facilement opter en faveur d'une appréciation *in concreto*, c'est-à-dire au cas par cas, en fonction du degré de compétence des uns et des autres. Il s'agira alors d'apprécier les situations litigieuses en conformité avec la situation concrète de chacun, ses faiblesses et ses forces¹²⁶. Cette option ne nous paraît pas décisive. À l'exemple de l'appréciation *in abstracto*, l'appréciation *in concreto* entretient un flou dans la protection de la partie faible. En optant pour la casuistique, l'on introduit une lourdeur préjudiciable à la célérité requise dans les transactions, avec tout ce que cela peut comporter d'arbitraire.

Du critère de compétence, la protection de l'équilibre contractuel ne pourrait-elle pas satisfaire au critère de situation de vulnérabilité?

La contractualisation de masse de la société et les nouvelles figures contractuelles ne permettent plus une telle approche de la relation contractuelle. Il ne s'agit plus de rendre justice aujourd'hui en fonction des justes causes d'inégalité¹²⁷. Il est plutôt question de veiller à ce que chaque personne, quelles que

123. Art. 219 L.p.c.

124. Art. 253 L.p.c.

125. Art. 218 L.p.c.

126. C. BOURRIER, préc., note 81, n° 73, p. 82.

127. J. GHESTIN, préc., note 64, p. 47.

soient sa qualification ou ses compétences, puisse bénéficier de la protection de ses intérêts légitimes, en lui permettant de rentrer en possession de ce qui lui revient. Plus que du critère de compétence, il est bien plus question aujourd'hui de se rendre à l'évidence que fort ou faible, compétent ou incompétent, riche ou pauvre, tous méritent protection. Il faudra alors substituer à ce critère de mesure de la faiblesse celui de l'individu en situation de vulnérabilité, en position de faiblesse¹²⁸. Ainsi, outre la satisfaction aux obligations d'information et de renseignement, il serait important d'opter pour une plus large application de l'obligation de conseil dans l'univers contractuel¹²⁹. Cette conception de la relation contractuelle rationalise la recherche de l'efficacité économique du contrat. Certes, le contrat doit être utile, il doit procurer de l'intérêt à ses acteurs. Toutefois, pour être utile, il ne doit cesser, autant que possible, d'être équilibré, d'être juste¹³⁰.

La lisibilité nécessaire au bon déroulement du lien obligationnel autorise la référence au critère de situation de vulnérabilité ou position de faiblesse de l'une des parties. Ce critère de situation de vulnérabilité est appelé à irriguer en son entier le processus contractuel, pris sous le prisme de l'intérêt du contrat.

3.2.2 Les possibilités d'application de la justice commutative

Comment parvenir à limiter les déséquilibres contractuels excessifs? Telle est la question à laquelle la justice commutative est appelée à apporter les éléments de réponse.

Ces éléments de réponse vont graviter autour du concept d'intérêt du contrat. Il peut se définir comme étant la cause, la motivation pour laquelle les parties ont accepté de s'engager, la raison déterminante qui les conduit à contracter. L'intérêt du contrat serait alors l'attente légitime que chaque partie a pu placer dans la relation obligationnelle. Il représente ce sans quoi les

128. C. BOURRIER, préc., note 81, n° 88, p. 97-98.

129. Voir G. TABI TABI, préc., note 20, p. 225 et suiv.

130. P. JESTAZ, préc., note 116, p. 245.

parties n'auraient jamais accepté de contracter. L'intérêt du contrat est l'élément unificateur des engagements des différentes parties au rapport d'obligations. C'est le but ultime poursuivi par chaque contractant qui, à travers les prestations contractuelles de l'autre, espère combler le vide qui l'amène à contracter¹³¹.

L'intérêt du contrat constitue le socle à partir duquel la justice commutative est appelée à s'épanouir. Elle devra assurer à toutes les parties la satisfaction recherchée de leurs attentes contractuelles. Cet objectif requiert l'adoption en aval du lien obligationnel du dialogue entre les parties. Si celles-ci n'arrivent pas à fédérer de manière équilibrée leurs attentes légitimes, intervient alors en amont le contrôle judiciaire de l'intérêt contractuel. Le juge qui assure un contrôle dynamique et objectif de la relation contractuelle est considéré comme étant « le bras armé »¹³² ou encore « le levier »¹³³ du solidarisme.

Au stade de la formation du contrat, la justice commutative exige une bonne élaboration des droits et des obligations des contractants. Les parties doivent parvenir à une élaboration harmonieuse des prestations contractuelles. La disposition des clauses doit être pure de toute entrave à la réalisation idoine des attentes légitimes de l'une des parties au lien obligationnel. Ainsi, chaque prestation doit être expliquée et acceptée par les deux parties. Ce qui accorde une légitimité commune au rapport d'obligations qui rend les contractants solidaires à son exécution. Il est à relever que dans l'élaboration unilatérale des clauses contractuelles, la partie en position de force doit éviter, autant que possible, de déséquilibrer de son gré le contrat. Elle doit s'abstenir d'injecter dans le contenu obligationnel des dispositions qui défient toute logique d'équilibre ou de prise en considération des intérêts légitimes de l'autre contractant.

131. Jean HAUSER, « Rapport de synthèse : Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité? », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1, p. 195; D. MAZEAUD, préc., note 74, p. 142.

132. Denis MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1, p. 59.

133. J. CÉDRAS, préc., note 64.

Ces exigences d'équilibre se retrouvent aussi dans la phase d'exécution des prestations contractuelles. Rendu à cette étape, l'unilatéralisme ambiant conduit la partie jouissant des pouvoirs contractuels à la prise des décisions sans concertation préalable avec le cocontractant. Ces décisions unilatérales peuvent faire grief, en ce sens qu'elles peuvent modifier substantiellement l'intérêt contractuel de la partie en position de vulnérabilité. Cette modification peut entraîner la perte partielle ou totale de cet intérêt. Le souci de lisibilité en tout temps du lien obligationnel impose à la justice commutative de recommander à la partie la plus alerte de communiquer avec son cocontractant. Par le moyen des décisions contractuelles concertées, donc motivées, l'équilibre contractuel recherché demeure assuré et l'exécution de telles décisions s'avère solidaire.

Au stade de l'extinction du lien obligationnel, la justice commutative recommande aux parties de mettre un terme à leur contrat, soit à la survenance de l'une des conditions d'extinction retenues dans le contenu contractuel – si elles le désirent –, soit d'un commun accord suite à des circonstances externes qui compromettent sa bonne exécution. Il s'agit de limiter la toute-puissance de la théorie des pouvoirs contractuels, en empêchant la partie en situation de force de mettre un terme à une relation contractuelle de manière intempestive, sans justification aucune de ses agissements. La logique poursuivie ici est d'éviter autant que faire se peut que cette partie en position de force abuse de ses pouvoirs. Elle peut agir ainsi en confirmant ou en éjectant du rapport obligationnel la partie en situation de vulnérabilité, des agissements contractuels qui suppriment au rapport d'obligations son caractère de prévisibilité¹³⁴.

La préservation de l'intérêt contractuel autorise aussi la justice commutative à œuvrer pour le rééquilibrage d'une relation obligationnelle dans laquelle l'une des parties ne trouve plus satisfaction, à cause des circonstances externes qui viennent

134. Hervé LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », dans P. ARDANT (dir.), préc., note 62, p. 643.

priver le rapport d'obligations de son efficacité. Dans un tel cas, le contrat ne retrouvera sa force obligatoire que lorsqu'il se sera adapté à cette nouvelle situation. Il est important de relever, en harmonie avec la règle *rebus sic standibus*, que les conditions ayant initialement favorisé la conclusion du contrat doivent rester les mêmes, pour que la force obligatoire soit conforme à la volonté des parties¹³⁵. Pourtant, la règle *pacta sunt servanda* continue de présider aux destinées des contrats frappés par la théorie de l'imprévision, entretenant ainsi une intangibilité et une immutabilité de façade, au regard de la réalité contractuelle en cause. En effet, le changement de circonstances entraîne une perte substantielle de l'équilibre contractuel, pris en la réduction draconienne des attentes légitimes de la partie en situation de vulnérabilité.

Le législateur ne saurait continuer à accorder du crédit à une sorte de statisme juridique sans doute justifié par un choix axiologique, soit le volontarisme contractuel, alors que l'évolution du phénomène obligationnel contraste avec la fixité des règles issues de ce choix législatif qui correspond à ce qu'un auteur qualifie de « dit personnalisé »¹³⁶. L'application de cette formule suppose que la norme à caractère général et impersonnel existante ne soit pas suffisamment explicite, pour éclairer adéquatement la difficulté actuelle. L'on procède alors à la recherche de la volonté du législateur à l'époque où il a légiféré, s'appuyant ainsi sur une prétendue perfection de celle-ci, qui semble avoir prévu tous les cas de figure qui pourraient se présenter. Pourtant, le droit doit s'adapter à son temps, au changement de contexte, des pratiques contractuelles ou encore des mentalités. Les parties ont besoin de trouver un droit des contrats adapté aux réalités, un droit des contrats qui, bien que solide, devrait être fonctionnel ou encore dynamique. À ce titre, Wroblewski affirme :

135. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », (2004) 1 R.D.C. 67, 68.

136. Jerzy WROBLEWSKI, « Le non-dit dans le droit : présuppositions et conventions implicites », dans Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 149.

L'obscurité du texte du dit dépersonnalisé peut être [...] éliminée par l'interprétation faisant recours non pas à la volonté du législateur historique, mais à celle du législateur actuel. Ici, la volonté est déterminée par le contexte systémique en vigueur, c'est-à-dire par l'ensemble des règles juridiques valides, ainsi que par les données du contexte fonctionnel actuel. Ainsi, le sens des règles change au cours de l'histoire : c'est toujours l'actualité qui le détermine. La valeur de base de cette option interprétative est l'adaptation du droit aux besoins de la vie actuelle, telle que vue par l'interprète, et donc c'est une valeur dynamique¹³⁷.

Par une approche de la situation conflictuelle moins cantonnée à l'application stricte, exclusive ou encore mécanique de la règle de droit, davantage référée à la réalité des faits, au pourquoi des agissements, des comportements querellés par les parties au rapport d'obligations, les juges devraient allier la lettre des normes à la compréhension pratique, sociale des faits de la cause. Si aujourd'hui, au nom de l'autonomie de la volonté, la recherche de l'efficacité économique méconnaît dans son fonctionnement la logique commutative des échanges, il n'en demeure pas moins que pour les nécessités de la réalisation des attentes légitimes du cocontractant en difficulté, le juge ne soit appelé à instaurer ou à restaurer l'équilibre chaque fois que, mis en balance les intérêts des cocontractants, le déséquilibre devient excessif.

D'une interprétation désincarnée à une compréhension incarnée des relations contractuelles; mieux, d'une philosophie de responsabilisation à une philosophie de collaboration ou de dialogue, de lisibilité, voilà révélée la mue qui s'impose aujourd'hui à la théorie générale du contrat.

137. *Id.*, p. 150.

Conclusion

Le paradigme de solidarisme contractuel fait intervenir dans les relations contractuelles la dimension sociale des rapports humains. C'est-à-dire le souci des intérêts de l'autre et de leur réalisation, ou encore la nécessaire solidarité qui doit limiter la vulnérabilité humaine et gouverner les rapports sociaux, le contrat étant considéré comme un lien social. De la conception à l'extinction du lien obligationnel, toutes les étapes du processus contractuel doivent satisfaire à l'impératif de conciliation des intérêts des parties.

Plusieurs fois défini, mais mal défini, le solidarisme contractuel se traduit plutôt en terme de lisibilité. Il défend l'idée de coopération ou de collaboration en œuvrant à l'accession de tous les contractants à une compréhension commune de la relation obligationnelle. En ce sens, il n'est pas un paradigme des extrêmes qui se définissent soit comme une prise en compte ou un simple respect des intérêts de chaque partie par le moyen des obligations de ne pas faire qui sont caractéristiques de la coexistence des intérêts, soit par une très grande proximité aux attentes légitimes de l'autre que l'on pourrait qualifier de prise en charge.

En contestation des principes contractuels de liberté et d'égalité, le solidarisme contractuel commande l'instauration d'un droit des relations contractuelles inégalitaires. Sous son influence, la conception libérale du contrat a accepté de s'ajuster. Elle a autorisé exceptionnellement l'introduction de la justice distributive dans le domaine contractuel. Aujourd'hui, la nouvelle configuration des rapports d'obligations démontre l'incapacité de cette justice des groupes à satisfaire tous les cas de déséquilibre. Pour une protection adéquate des attentes légitimes de chaque contractant qui se trouve en situation de vulnérabilité, le souci d'équilibre obligationnel requiert l'émergence de la justice commutative par le moyen de l'élargissement du cadre de référence de la théorie générale du contrat. Autrement dit, par le

(2014) 44 R.D.U.S.

*Ajustement nécessaire
du volontarisme contractuel :
du volontarisme au solidarisme?*

125

truchement des obligations de faire, il est question de rendre à la volonté les moyens de son autonomie.

