

Le « raisonnable » en droit (des affaires)

Daniel MAINGUY

1. Une réflexion sur le « raisonnable » en droit des affaires dans un ouvrage rassemblant diverses contributions consacrées aux *concepts émergents en droit des affaires* peut *a priori* surprendre : le « raisonnable » n'a rien d'un concept *émergent* et il n'est pas réservé au droit des affaires. Cela étant, l'association de ces deux notions, bien moins connues qu'il n'y paraît au premier abord, la notion de « raisonnable », étrange substantif, et « droit des affaires » peut être justifiée, même si la tentative paraît assez vaine, par d'une part l'idée, au moment où ce sujet a germé dans l'esprit de son auteur, qu'il pouvait y avoir une dimension technique dans ce sujet, ce qui sera très vite démenti au cours de son traitement, mais aussi parce que le droit des affaires, par les enjeux économiques qu'il isole, permet souvent des débats judiciaires ou juridiques, pratiques ou théoriques, qui dépassent de simples contingences techniques, de même d'ailleurs que les questions de droit pénal ou de droit des personnes. Dès lors, l'appréhension de la question du « raisonnable », ce concept finalement assez mystérieux en droit alors que, tous les jours, nous projetons des jugements de valeurs sur une situation donnée par une formule du type, « *c'est raisonnable* » ou, au contraire, « *ce n'est pas raisonnable* » associé au droit des affaires, devient cohérente. Il convient, comme pour toutes les approches délicates, de délimiter le sujet avant de l'entreprendre véritablement, en commençant par une délimitation des termes employés.

2. Commençons par cette notion, celle de « droit des affaires », dont on prétendra ici qu'elle est un ensemble curieux en droit français.

Le juriste français, observant le droit français de l'intérieur, peut en effet s'interroger sur la santé mentale de l'auteur : voilà des années que des diplômés de DESS ou de DEA puis de masters de *droit des affaires* tressent des lauriers aux avocats des

cabinets de *droit des affaires*, qu'on ne compte plus les cours de *droit des affaires* dans nos facultés illustrés par autant de manuels de *droit des affaires*. La coupe est pleine, cessons ce comptage. Le *droit des affaires* est bien une réalité tangible du droit français.

Pour autant, de même que la répétition du vice ne le transforme pas en vertu, la multiplication des invocations au droit des affaires ne lui donnera pas une consistance qu'il ne possède pas.

Vu de l'extérieur, en effet, le droit français s'inscrit dans les logiques, prises selon les classifications du droit comparé, d'un système de *Civil Law* (de l'intérieur, nous dirions système romano-germanique), dans lequel la prétention normative est intégralement identifiée à la loi, mieux au Code. Or, de ce point de vue, nous disposons d'un Code civil, d'un Code de commerce, d'un Code monétaire et financier, mais point de *Code des affaires*.

Mousseron avait, en pionnier, exploré le *droit de l'entreprise*, avec quelques complices et quelque succès, Jean Paillusseau et Gérard Cas, au milieu des années 1960. Il expliquait sa construction de manière algébrique, par une sorte de théorie juridique des ensembles juridiques. Le droit français connaît le Droit commercial, disait-il. Lequel ne correspond plus aux attentes des « consommateurs » de ce droit, les entreprises. Ajoutons à l'ensemble « Droit commercial », l'ensemble « Droit fiscal », et on trouve un nouvel ensemble, celui du *Droit des affaires*. Ajoutons à cet ensemble, l'ensemble « Droit social » pour obtenir un troisième ensemble, plus complet, celui du « *Droit de l'entreprise* ». Les « D » majuscules rappellent qu'il raisonnait en termes de Droit objectif, c'est donc bien d'ensembles dont il s'agit, une considération algébrique du droit. Cette construction était particulièrement didactique, mais en définitive peu opérante ou en tout cas, inachevée.

En effet, la notion de droit des affaires, ou de droit de l'entreprise, ainsi justifiée n'éclaire pas véritablement l'objet de ce droit ni ses sujets, dans la mesure, d'une part, ni de ses sujets. La notion d'« affaires », pas plus que celle d'« entreprise » n'étant réductible à une définition, sur laquelle les meilleurs juristes se sont cassé les dents.

Il en résulte que la notion de *droit des affaires* est, au mieux, une approximation juridique, au pire une simple notion intuitive.

3. Quelques exemples l'illustrent sans peine : le droit de la concurrence fait-il partie du droit des affaires? Bien entendu, répondront en cœur les spécialistes de droit des affaires. Et pourtant, le droit de la concurrence s'applique aux personnes publiques, aux associations, aux professions libérales. Doit-on considérer, alors, que les personnes publiques, les associations, les professions libérales sont des sujets de droit des affaires? Grande difficulté, spécialement pour les professions libérales, vieil héritage sociologique, un petit mystère, un *scrupulum*, ce petit caillou capable d'entraver la marche des légions romaines. Chassons donc ce *scrupulum*, ce petit caillou. Cela étant c'est plutôt de *scrupuli* dont il s'agit, les agriculteurs et plus largement le droit rural, les mines et les carrières, les EPIC, les collectivités territoriales, les partenariats public-privé, etc., ces *scrupuli* forment une montagne.

Le droit des affaires, s'il existe, rassemble des règles qui intéressent toutes sortes d'opérations : des opérations structurelles, des sociétés pour l'essentiel, des opérations financières, des opérations contractuelles. Nous sommes sur un terrain connu, celui du droit des affaires. Et pourtant, le droit des sociétés est défini dans ses principes dans le Code civil, des sociétés de capitaux sont utilisées par des professions libérales. Le droit des sociétés ayant une prétention à l'universalité, ces sociétés sont commerciales. Poursuivons avec les contrats : comment définir la notion de *contrat d'affaires*? Voilà bien une notion utilisée de manière ordinaire. Nous sommes tous capables de déterminer des *types* de contrats d'affaires, mais il est particulièrement difficile de proposer une méthode de détermination, de définition des contrats d'affaires¹ ; il y a même des contrats publics d'affaires, comme il y a un *droit public des affaires*, particulièrement bien représenté à Montpellier d'ailleurs. La difficulté tient d'abord à la considération du droit commun des contrats, droit commun *civil* des contrats, qui absorbe toutes les questions contractuelles non déterminées par des règles spéciales (C. civ., art. 1107). Or, ces règles de droit commun *civil* des contrats sont fondées pour l'essentiel sur des contrats comme la vente, alors que les besoins de règles en matière de contrat d'affaires sont inconnus de ce droit commun *civil* et *légiféré* : la négociation, le contenu du contrat, la validité d'un contrat ou d'une clause, les conditions d'exécution, de bonne foi ou de mauvaise foi notamment, l'imprévision, la circulation, la rupture du contrat². Les règles existent, bien entendu, mais elles sont, pour l'essentiel, des règles *jurisprudentielles* dont la considération suppose, préalablement, tranchée la question de la jurisprudence comme source et donc de rompre avec la tradition légicentriste. D'ailleurs, lorsque la loi prétend s'intéresser à la question, les contentieux débordent, comme à propos de la rupture des relations *commerciales* établies de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

4. Ces quelques considérations générales ne sauraient fonder une démonstration ; elles permettent de douter de l'acceptation classique et sans doute trop rapide de l'existence et du contenu de ce droit des affaires. Le droit des affaires n'existe pas plus que les contrats d'affaires, ou alors, s'ils existent, c'est sans doute qu'il faut emprunter un autre chemin pour les découvrir. La notion de droit des affaires est sans doute, au mieux, une traduction : *Business Law*. Ce serait, alors, une considération autre que celle du *Civil Law System* qu'il faudrait emprunter, une considération à l'anglaise ou à l'américaine.

Cette traduction est au minimum une approximation et au pire inutile. Les « affaires » qui seraient l'objet d'un « droit des affaires » sont inconnues du droit français. Celui-ci maîtrise le *droit commercial* et ce sont les étroitesse de ce droit qui ont conduit, de manière globalement anarchique, à élargir le champ d'application de telle ou telle règle à d'autres situations : l'application des règles de la faillite aux agriculteurs, aux professionnels libéraux, l'application du droit des baux commerciaux aux artisans, la considération de la cession de contrôle comme un acte de commerce, etc. mais tout cela ne fait pas un droit des affaires.

1. Cf. V. CADORET, *Réflexions sur les contrats d'affaires*, Th. en cours, Montpellier 2010.

2. Cf. D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008.

Le meilleur terme serait peut-être alors au-delà de la problématique sur la commercialité qui garde, et avec elle le droit commercial, toute sa pertinence d'après le travail de F.-X. Vincensini³, celui, élargi, de *droit de l'activité professionnelle*, voire, pour emprunter au droit de la concurrence, le *droit de l'activité économique*. Relèvent ainsi de ce qu'on appelle souvent *droit des affaires*, l'ensemble des règles qui gouvernent l'activité économique. C'est essentiellement ce dont nous traiterons ici.

5. Second terme, celui de « raisonnable ». C'est un terme aujourd'hui très utilisé, tout spécialement en matière processuelle, à telle enseigne qu'il semble s'agir là encore d'un terme particulièrement connu et maîtrisé, notamment depuis l'article fondateur de Georges Khairallah sur ce thème en 1984⁴. Très active depuis l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le fameux droit à un procès *équitable* dans un délai *raisonnable*, la notion propose des applications sans fin qu'il est impossible de recenser ici, en droit du travail⁵, en droit du commerce international⁶, en droit des contrats⁷, en droit économique⁸, bien d'autres encore. Il manquait une étude sur le « raisonnable en droit des affaires » ? La voilà ? Celle-ci n'est pas, précisément, une étude technique sur cette question ; elle serait d'ailleurs globalement sans intérêt. C'est une observation réaliste, au sens du courant réaliste de la théorie du droit, qui sera donc proposée ici, sur le sens du « raisonnable ».

6. Le « raisonnable », c'est une forme substantive d'un mot qui est en général présenté comme un adjectif qualificatif, une épithète : on parle d'un homme raisonnable, d'un délai raisonnable, d'une sanction ou d'une loi raisonnable, etc., mais point, ou rarement et sauf dans des travaux scientifiques, de « raisonnable » comme nom commun.

D'ailleurs, Gérard Cornu, dans son vocabulaire juridique et comme maître de la linguistique juridique, ne s'y trompe pas. Il propose pour définition du mot raisonnable : « *Adj. – Dér. de *raison. 1 (d'une personne). Doué de *discernement ; doté d'une capacité normale (moyenne) de compréhension. Ex. C. civ., a. 1112. V. violence,*

3. F.-X. VINCENSINI, *La commercialité : recherche sur l'identification d'une activité*, PUAM, 1998. Comp. égal. J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, LGDJ, 5^e éd. 2009, n° 2 : « Le droit des affaires englobe et prolonge le droit commercial » et traite, dans son ouvrage, des règles du droit commercial, du droit de la concurrence et du droit de la distribution ; J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 28^e éd., LGDJ, 2009.

4. G. KHAIRALLAH, « Le "raisonnable" en droit privé français – développements récents », *RTD civ.* 1984, p. 439. *Add.*, G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, Th. Paris II, 2003 ; O. CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, 1997 ; Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *APD*, t. 23, 1978, p. 35.

5. L. FLAMENT, « Le raisonnable en droit du travail », *Dr. soc.*, 2007/1, p. 16.

6. V. FORTIER, « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », *JDI* 1996, p. 315 ; F. DIESSE, « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises (CVIM) », *JDI* 2002, p. 55 ; Ch. CHAPPUIS, « Les clauses de *Best Efforts, reasonable care, due diligence* et les règles de l'art dans les contrats internationaux » *RDAI* 2002, p. 281, M. FONTAINE, « *Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence* et règles de l'art dans les contrats internationaux », *RDAI* 1988, p. 983, L.-M. DUONG, « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », *RIDC* 2008, p. 701.

7. H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, Univ. Poitiers, LGDJ, 2009, préf. J. Beauchard.

8. L.-M. DUONG, *Le raisonnable en droit économique*, th. Nice, 2004.

*bon père de famille. 2 (d'une mesure). Conforme à la *raison (sens 2); qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible); par ext., en pratique, modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne. Ex. délai raisonnable. Comp. équitable, naturel, normal. Ant. excessif ou dérisoire. V. ex aequo et bono ».*

Dans cette première définition, on aura bien noté que Gérard Cornu définit le terme « raisonnable » comme un adjectif qualificatif. Le passage au substantif peut peut-être résulter, là encore, d'une traduction, celle du « *reasinableness* » lui-même tiré du « *reasonable man* » défini comme un standard juridique par Roscoe Pound (cf. *infra*, n° 17), c'est-à-dire là encore la transformation d'un substantif en épithète⁹.

À moins que ce soit, très simplement, une variante du terme « équitable », voire « socialement équitable » ou « juste »¹⁰. Ainsi, la notion de « raisonnable » comme adjectif, serait une notion ancienne¹¹ qui référerait au vocabulaire juridique et scientifique, donc philosophique, de raison, selon des conceptions différentes de la théorie classique aux modernes, pour des considérations générales ou particulières sur le référent « raison » comme fondement de la législation, celle de l'homme rationnel, mais également du comportement de tout un chacun, appliqué à un modèle, celui de l'homme raisonnable. Le rationnel comme raison pure et le « raisonnable » comme raison pratique. Tout cela est fort bien et se retrouve, généralement, dans les travaux cités sur le « raisonnable » envisagé dans une technique particulière, en droit du commerce international ou en droit des contrats¹². Ce qui paraît un peu rapide, en ce sens que cette équivalence, dont le sens philosophique ne peut échapper à personne, semble datée et en toute hypothèse non fondée. Cette référence au droit naturel moderne, et peut-être au droit naturel classique, peut être balayée d'un revers de manche par un déconstructionniste attentif, disons par un réaliste, qui dirait que ce qui est raisonnable, c'est ce qui n'est pas déraisonnable et, au final, que c'est le juge qui décide, sans critère autre que le respect du droit, son propre bon sens, ses préjugés, son éducation, etc. En même temps, la considération du « raisonnable » ne peut pas ne pas faire appel à une considération plus large que le seul appel à la technique. Mais, comme évoqué ci-dessus, ce dessein est frappé de critique par les postmodernes : cet appel à la raison, aux « idoles » n'est-il pas susceptible de soupçons : quels sont donc les buts inavoués

9. Cf. G. WEISZBERG, « Le raisonnable en droit du commerce international », *op. cit.*, n° 4, note n° 4 : « *Le "reasonableness" des droits anglo-américains, qui est la racine du concept en droit moderne, tandis que les droits continentaux ont davantage puisé dans la notion romaine du bonus pater familias a été traduit par le "raisonnable", un néologisme, de surcroît un adjectif substantivé que le Doyen Carbonnier préférerait traduire par un autre néologisme, la "raisonnabilité", que nous utiliserons moins souvent, compte tenu de sa rareté dans le droit positif. Elle est l'envers de la « déraisonnabilité » qui doit être évitée et le cas échéant, sanctionnée ».*

10. H. RAMPARANY-RAVOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 2.

11. G. WEISZBERG, « Le raisonnable en droit du commerce international », *op. cit.*, n° 7 et s., citant par exemple, et cette référence n'est pas neutre : M. K. PAPADIAMANTIS, *Le fondement du concept du raisonnable en droit : étude comparative entre les systèmes de droit continental et de la common law*, th. Paris X, 1990.

12. G. WEISZBERG, « Le raisonnable en droit du commerce international », *op. et loc. cit.* ; H. RAMPARANY-RAVOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, *op. et loc. cit.* laquelle, pour être honnête rend compte, par renvoi, de cette situation (p. 6-7).

ou inavouables de leurs promoteurs? On reconnaîtra là, de manière très, très résumée, la critique du trio maudit de la philosophie post-moderne, Nietzsche, Marx et Freud, qui conduit à la société de la technique, dans laquelle nous baignons et dont, il faut bien le reconnaître, nous peinons à sortir, sauf à réhabiliter la philosophie kantienne, pour un humanisme post-moderne, à la manière de Habermas par exemple, laquelle suppose également un jugement, donc une liberté, sur des éléments fondamentaux du droit, où le concept de « raisonnable », c'est-à-dire de creuset d'une discussion d'arguments susceptibles de se contredire, tel que présenté – ou tenté d'être présenté – ici, prend son sens (cf. *infra*, n° 18). Le « *reasonableness* », devenu le « raisonnable » ne serait donc pas une simple traduction, une importation du droit français du droit américain ou du droit anglais, mais une notion propre au droit français, dont le retentissement serait cependant plus récent.

7. Voilà bien quelques précisions utiles pour délimiter notre sujet : le « raisonnable » en « droit des affaires », l'association d'une notion floue, dont il apparaît que les techniques du droit américain ou anglais ont donné une consistance nouvelle, et d'un domaine de spécialité improbable.

Le concept même de raison, ou de « raisonnable » invite à une recherche sur les fondements du droit, en ce sens que, par essence même, l'idée de raisonnable ne peut être plaquée, positivement, de manière sottement positive même, sans une idée plus large sur son rôle, sa place, son immixtion, son opportunité, dans le système juridique français, qui dépasse donc le droit des affaires, le droit économique, même si c'est sans doute son domaine d'élection. Comme l'écrivait Chaïm Perelman, non seulement tout pouvoir ou tout droit sera censuré s'il s'exerce de manière déraisonnable, il s'ensuit que l'idée de « raisonnable » gouverne toute activité juridique¹³. Mais en même temps, si cette notion de « raisonnable » comme celle, d'amont, de rationalité, ont véritablement été oubliées par les juristes et le législateur moderne, il conviendra d'agir avec prudence et pondération dans cette exploration, observer le réel, ses nuances, ses approximations (Section I), et tenter d'en tirer un sens (Section II).

Section I

MANIFESTATIONS DU « RAISONNABLE »

8. Les manifestations du « raisonnable » en droit des affaires sont innombrables. Elles sont généralement comparées aux applications du « *reasonableness* » des règles ou des réflexes américains ou anglais¹⁴, essentiellement et comme en droit français, en matière de contrat ou de responsabilité.

13. Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *op. cit.*

14. H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN, « Les notions de *right reason* et de *reasonable man* en droit anglais », in *Les formes de rationalité en droit*, APD, t. 23, 1978, p. 43, et *infra*, n° 17.

En outre, l'association des termes « raisonnable » et « droit des affaires » est réductrice. Georges Kairallah avait d'ailleurs impliqué son article dans le droit *privé* de façon plus large. M. Kairallah avait surtout proposé dans son étude générale, une présentation de « *l'emploi du raisonnable en droit positif* » en deux ensembles, le « *raisonnable de modulation* » et le « *raisonnable de conformité* ». Le « *raisonnable* » de modulation rassemble des situations dans lesquelles « *la modulation de la règle permet une solution acceptable* »¹⁵ dont l'exemple type est celui du délai raisonnable. Le « *raisonnable* » de conformité « *postule un modèle de référence, et la fonction du raisonnable est de permettre un jugement sur la correspondance à ce modèle du sujet ou de l'objet considéré* »¹⁶. Ce qui peut être le cas d'un prix ou d'un motif raisonnable, et M. Kairallah fournit plusieurs exemples convaincants et les analyse selon cette technique.

Vingt-cinq ans plus tard, les choses n'ont pas véritablement changé. Une recherche, sans doute trop rapide, sur le site legifrance.gouv.fr, dans les Codes, renvoie, à l'appel du terme « *raisonnable* », à 131 entrées. Très peu renvoient à un texte de loi dont, s'agissant du droit privé, *lato sensu*, 1, surprise, dans le Code civil, 3 dans le Code de commerce, 1 dans le Code de la propriété intellectuelle, 3 dans le Code de la consommation, 9 dans le Code de travail, 2 dans le Code général des impôts, 1 dans le Livre des Procédures fiscales, 3 dans le Code de procédure pénale, 2 dans le Code de l'organisation judiciaire, 11 dans le Code monétaire et financier, 2 dans le Code des assurances, les autres entrées renvoyant à des textes réglementaires, beaucoup plus nombreux. Pas grand-chose, finalement, surtout pour les deux codes les plus importants, le Code civil et le Code de commerce. Dans le Code civil, il s'agit de l'article 1112 « *il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* »¹⁷, mais dans le Code de commerce ce sont finalement des textes de seconde importance.

9. Un regard un peu plus précis sur ces textes permet d'observer que le terme « *raisonnable* » est employé de manière diverse dans son expression mais relativement homogène quant à son sens et reposant sur les deux critères identifiés par M. Kairallah, un « *raisonnable* » de modulation et un « *raisonnable* » de conformité. Les emplois ont simplement été multipliés, soit comme dérivés du comportement « *normal* » attendu d'une personne, celui d'un bon père de famille, soit sont associés à un terme exprimant un délai, une limite ou une durée (*C. com.*, art. L. 430-7, à propos du délai, *raisonnable, laissé aux parties pour répondre à la notification d'un projet de décision en matière de concentration*; *C. com.*, art. L. 134-7,

15. G. KAIRALLAH, « *Le raisonnable en droit privé...* », préc., n° 9.

16. G. KAIRALLAH, « *Le raisonnable en droit privé...* », préc., n° 14.

17. Un autre texte, modifié et déplacé depuis, l'article 2164 du Code civil mettait en balance « *les droits vraisemblables du créancier avec l'intérêt du crédit raisonnable à conserver au débiteur* », en matière hypothécaire. Pour être tout à fait exact, les exemples dans le Code civil se sont étoffés. Par exemple, la jurisprudence avait utilisé la notion de « *raisonnable* » dans la jurisprudence sur l'obligation de sécurité dans la vente imposant la livraison d'un produit offrant la sécurité à laquelle on peut *légitimement* s'attendre, définition reprise dans l'article 1386-4 du Code civil, dans l'usage de la chose à laquelle on peut *raisonnablement* s'attendre (et comp., C. civ., art. 1386-4, al. 2).

pour le délai raisonnable pendant lequel l'agent commercial a droit à une rémunération après la cessation du contrat, C. consom., art. L. 141-1 pour une situation voisine pour permettre au professionnel de réagir après notification d'une procédure, C. consom., art. L. 311-9-1, s'agissant de l'envoi des états de crédit, C. Pén., art préliminaire, s'agissant de l'exigence, essentielle, du droit à obtenir une décision dans un délai raisonnable, art., L. 144-1, art. 175-2, COI, art. L. 111-3, à nouveau pour rappeler l'article 6 CEDH, art. L. 121-4, CGI, art. 35 bis, art. 1459, LPF, art. L. 47, CMF, art. L. 421-13, C. trav., art. L. 1234-17, sur le délai raisonnable pour recherche un emploi pendant le préavis, art. L. 2343-4, L. 5412-1) des motifs (CMF, art. L. 621-8-1, L. 621-8-2, L. 632-6, C. trav., art. L. 4131-1 et 3, sur l'appréciation des conditions du droit de retrait), une rémunération (C. com., art. L. 134-5, pour la rémunération raisonnable, de l'agent commercial), des situations concrètes comme des mesures ou des pratiques (C. civ., art. L. 1112, CMF, art. L. 133-16, L. 4121-21, L. 421-22, L. 424, 7, L. 424-8, L. 533-10, L. 533-18, C. trav., art. L. 1133-2, à propos de discriminations fondées sur des motifs objectivement raisonnables, L. 5411-6-2 et 3, à propos de l'offre raisonnable d'emploi) des efforts (CPI, art. L. 615-5-1, s'agissant des actions du breveté d'invention), des quantités (C. consom., art. L. 121-1-1, au chapitre des pratiques commerciales trompeuses et des pratiques de prix d'appel).

On pourrait ajouter des références internationales, comme dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dans lesquelles les références au « raisonnable » pullulent, le terme étant utilisé plus de quarante fois. La différence est saisissante, le « raisonnable » serait-il donc plus utilisé dans le droit français de source internationale et notamment d'inspiration anglaise, qu'en droit français de source interne et, ce faisant, un argument ne peut-il être apporté sur le caractère marginal de cette notion en droit interne ?

10. Une recherche voisine, toujours sur le site legifrance.gouv.fr, mais cette fois au chapitre « jurisprudence », en utilisant l'entrée « raisonnable » et sans limite de date, renvoient à 3007 références (le 14 novembre 2009), dont 640 sont publiées au bulletin des arrêts de la Cour de cassation.

Un sondage très rapide dans les résultats identifiés montre que ce sont les mêmes associations qui sont utilisées ; délai ou durée raisonnable, motifs raisonnables, coûts raisonnables, ignorance raisonnable, tarif raisonnable, etc. Déjà en 1984, M. Kairallah observait que « *le bilan est fort décevant* »¹⁸. Bien pire, fort de l'expérience nourrie par cet auteur, cette moisson est fort médiocre, et relève, dans la loi comme en jurisprudence, du moins, lorsque le terme « raisonnable » apparaît, du détail, du moins si on observe chaque situation particulière¹⁹.

11. Dans le même temps, l'utilisation discriminatoire du terme « raisonnable » n'est, elle-même, pas raisonnable. Si le « raisonnable » est assimilable à un standard juridique²⁰, alors ce terme pourrait être comparé à celui de « normal », « commun »,

18. G. KAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé... », préc., n° 5.

19. Mais comp. *infra*, n° 11 dès lors qu'on élargit le spectre de la recherche sur des variantes du « raisonnable ».

20. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du Standard*, (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Th., Paris II, LGDJ, 1980 et *infra*, n° 17.

« suffisant », « sérieux », « légitime », « proportionné », « régulier », « diligent », « décent », « moral », « ordinaire », « essentiel », et donc, au final, peuvent être identifiés à une situation *normale*. De ce point de vue, le « raisonnable » est le « normal ».

En toute hypothèse, le terme « raisonnable », ou ses synonymes, renvoient à un contraire : « déraisonnable » lequel, d'ailleurs rencontre tout autant, sinon davantage de synonymes ou de variations autour du « raisonnable » : « excessif », « déloyal », « imprévisible », « exagéré », « exceptionnel », « spécial », « insuffisant », « illégitime », « non sérieux », « disproportionné », « abusif », « atypique », « négligent », « extraordinaire », « exorbitant », « inconscient », c'est-à-dire, qu'ils renvoient à une situation « anormale ».

Ainsi considéré, le « raisonnable » et le « déraisonnable » permettent d'envisager des situations d'une densité considérable. Or, nous avons pu constater que la notion de « raisonnable » est, à strictement parler, finalement peu usitée dans la loi. À l'inverse, la considération de la notion de « raisonnable » dans son sens le plus large, avec les quelques synonymes que nous avons pu identifier, rassemble des situations considérables.

Une clause abusive est une clause que l'on ne devrait pas faire supporter à son cocontractant, une clause « anormale », mais en même temps, un délai déraisonnable, un motif déraisonnable, un prix déraisonnable, une clause déraisonnable, posent difficulté pour leur appréciation, dans la mesure où la question du standard de comparaison est posée.

Certaines de ces situations semblent assez faciles à régler, s'agissant de motifs ou de délai, mais d'autres ne connaissent pas de situation de normalité : qu'est-ce qu'un prix normal en droit des contrats et, *a fortiori*, un prix anormal, qu'est-ce qu'une clause abusive en dehors des hypothèses abordées par le Code de la consommation ? Pour reprendre un exemple célèbre et très largement étudié, une clause limitative de responsabilité dans un contrat entre professionnels est-elle « normale », « raisonnable » et dans quelles conditions ? Il a fallu tout de même vingt ans de jurisprudence²¹ pour admettre que certains contrats conclus entre professionnels étaient susceptibles d'être appréciés à l'aune de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, en 1987 dans les célèbres affaires du système d'alarme, pour, en 1991, apprendre qu'il n'en était rien, changer de critère en 1995 (celui du rapport direct entre l'objet du contrat et de l'activité de celui qui prétendait bénéficier de l'article L. 132-1) qui a eu pour effet d'éteindre le contentieux, pour apprendre, en 1996 qu'une telle clause pouvait ne pas avoir de cause lorsqu'elle aboutissait à contrarier l'obligation essentielle du contrat²², et encore fallut-il dix ans pour que

21. Cf. *Varii auctores*, « Vices et vertus du régime des clauses de responsabilité en droit positif », *RDC* 2008. 979 s. ; D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, chron. 1776.

22. Com. 22 oct. 1996, *Chronopost I*, *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *JCP G* 1997. II. 22881, note D. Cohen, et I. 4002, obs. M. Fabre-Magnan ; *D.* 1997. Jur. 121, note A. Sériaux, et *Somm.* 175, obs. P. Delebecque ; CCC 1997, n° 24, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 1997. 336, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1997. 418, obs. J. Mestre ; 9 juill. 2002, *Chronopost II*, *JCP G* 2002. II. 10176, note G. Loiseau et M. Billiau ; *D.* 2003. Jur. 457, note D. Mazeaud, et 2002. *Somm.* 2836, obs. P. Delebecque ; CCC 2003, n° 2, obs. L. Leveneur ; *Cass.*, ch. mixte, 22 avr. 2005, *Chronopost III et IV*, *D.* 2005. Jur. 1864, note J.-P. Tosi, *Pan.* 2750, obs. H. Kenfack, et 2844, obs.

ce processus soit complet. Aujourd'hui, le relais est pris, en droit des affaires, par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui, dans les questions relevant des règles du droit de la concurrence s'empare de la question, sans toutefois utiliser la notion de « raisonnable », mais un terme voisin, « significatif », de la manière suivante : engage la responsabilité d'un professionnel, le fait : « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », ce texte venant à la suite de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce qui traite, de manière assez voisine, de l'avantage « manifestement disproportionné » de la contrepartie d'une prestation. Ces considérations ont déjà été formulées²³ mais elles permettent de montrer que cette question est d'une part complexe et d'autre part, centrale.

12. C'est que le concept de « raisonnable » est, en tant que tel, inconnu ou presque de la tradition de droit français des contrats, tout comme les synonymes plus hauts évoqués. Il en est de même de la notion de bonne foi, et plus encore de celle de mauvaise foi, dont l'utilisation efficace avait été remarquée en 1911 par Demogue, très vite enterrée par Ripert, jusqu'à réapparaître en 1988 et réhabilitée avec les commentaires de Jacques Mestre à la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1988, la thèse de Yves Picod sur *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*²⁴ et, depuis, l'essor de la thèse du solidarisme contractuel²⁵, sans oublier la thèse de mes amis Bertrand Fages sur *Le comportement du contractant*²⁶ ou Philippe Stoffel-Munk sur *Labus dans les contrats*²⁷, ou encore celle de David Bakouche sur *L'excès en droit civil*²⁸. La littérature juridique en ce domaine est très abondante, le plus souvent d'ailleurs d'excellente qualité, parfois musclée²⁹. Elle montre les difficultés, les réticences, les combats menés au service... du « raisonnable » en droit privé des contrats, et notamment en droit privé des contrats d'affaires, si l'on veut bien admettre que la plupart des grandes évolutions du droit contrats concernent les contrats³⁰. Ce modèle peut même être renforcé, comme la thèse de Mme Ramparany-Ravololomiarana sur *Le raisonnable en droit des contrats*³¹ cherche à le démontrer par la question de « l'attente raisonnable » ou « légitime » du contractant, le raisonnable étant alors conçu comme un outil de régulation du contrat, en

B. Fauvarque-Cosson; *RTD civ.* 2005. 604, obs. P. Jourdain; *JCP G* 2005. II. 10066, note G. Loiseau; *RDC* 2005. 651, avis R. de Gouttes, note D. Mazeaud; *Com.* 30 mai 2006, *Chronopost V*, *D.* 2006. Jur. 2288, note D. Mazeaud, *Pan.* 2646, obs. B. Fauvarque-Cosson, et 2007. *Pan.* 115, obs. H. Kenfack; *RTD civ.* 2006. 773, obs. P. Jourdain; *CCC* 2006, n° 10, obs. L. Leveneur.

23. Cf. D. MAINGUY, « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2009, *Chr.*, p. 308.

24. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1998, I, 3318.

25. Cf. D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, « Droit des obligations », *op. cit.*, n° 66 et s.

26. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.

27. Ph. STOFFEL-MUNCK, *Labus de droit dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

28. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, LGDJ, 2005.

29. Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges P. Didier*, 2008, p. 247; L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel, un mythe », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), *Le solidarisme contractuel*, *Economica, op. cit.*, p. 184.

30. D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *op. cit.*, sp. n° 75 s.

31. H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, « Le raisonnable en droit des contrats », *op. cit.*, n° 14 s.

vue de son équilibre. Pourquoi pas ? On pourrait ainsi multiplier les exemples et les utilisations *techniques* particulières du terme sans fin, sans rencontrer le « raisonnable », l'idée de « raisonnable ».

13. En comparaison, le modèle proposé par le Code civil *stricto sensu* est bien maigre sauf l'exemple de l'article 1112, du Code civil, qui est, en miroir, un excellent exemple. La violence, expose l'article 1112, consiste à présenter une menace contre une personne *raisonnable*, le *reasonable man* américain ou anglais. C'est l'une des illustrations, très classique pour les civilistes, de la figure du *bon père de famille* moderne³², cet affreux et ennuyeux personnage, l'*homo juridicus* qui ne se trompe jamais, pèse tous les arguments, est toujours diligent, avisé, et au final, raisonnable³³. Ce modèle est envisagé de manière objective, que ce soit sur la base d'une considération « posée » comme en droit français, ou induite sur la base de l'expérience, de la coutume, comme en droit anglais, comme lorsqu'il s'agissait, au début du xx^e siècle et sous la plume de Henri Mazeaud, d'identifier la notion de faute, l'erreur de conduite qu'une personne normalement avisée et placée dans les mêmes circonstances n'aurait pas commise. C'est donc une tautologie qui l'emporte, la faute est ce qui n'est pas déraisonnable, le raisonnable est le contraire du déraisonnable, chaque terme étant interprété par rapport à l'autre. Cela étant, tout comme l'*homo economicus* d'Adam Smith était conçu comme un absolu qu'il savait hors d'atteinte, ce serait-ce que parce qu'il avait publié, avant la *Richesse des nations*, un traité sur les passions³⁴ qui montrait que ce qui meut les hommes (économiques) ce n'est pas la cupidité, mais la vanité ce qu'on appellerait aujourd'hui le besoin de reconnaissance ; il serait curieux qu'il en soit différent de l'homme juridique, notre *reasonable man*.

14. On pourrait alors gloser sur des dizaines d'exemples : quelle est la durée du préavis *raisonnable* permettant de rompre un contrat sans commettre de faute, étant entendu qu'il y a sur ce thème plusieurs dizaines de décisions de la Cour de cassation et bien davantage des cours d'appel rien que sur l'application de l'article L. 442-6, I, 5^o³⁵ ; quels sont les motifs *raisonnables* qu'il faudrait donner si, demain, la jurisprudence impose une obligation de motivation dans la rupture des contrats ; quels sont les motifs *raisonnables* pouvant être avancés pour rompre un contrat sans préavis ; qu'est-ce donc que cette durée *raisonnable* pendant laquelle l'offre doit être maintenue ? Tous ces exemples montrent une mutation de la notion de « raisonnable », passée d'une considération objective à une appréciation subjective, *in concreto*, comment telle situation peut paraître raisonnable ici et point là.

32. S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression en droit*, th. Paris, II, 1985 ; M. OUDIN, *L'exécution du contrat en bon père de famille (l'obligation de comportement en droit civil comparé)*, Th. Paris XI, 2000 ; S. DARMAISIN, « À la recherche du bon père de famille », *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 297.

33. E. CHEVREAU, C. BOUGLE et Y. MAUSEN citent ainsi une formule de Toullier : le bon père de famille est « celui qui est économe et frugal sans avarice, honorable sans prodigalité, propre et décent sans sa mise et dans son ménage, mais sans luxe [...], qui use de ses biens sans en abuser » (*Introduction historique au droit des obligations*), Litec, 2007, p. 251).

34. A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, 1759.

35. Cf. D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et J.-L. RESPAUD, *Droit de la concurrence*, Litec, 2009, n° 220.

On peut d'ailleurs élargir le champ des questions sans fin : que sont des comptes annuels devant être « réguliers », « sincères » et donner une image « fidèle » du patrimoine dans l'article L. 123-14 du Code de commerce, trois standards utilisés pour identifier une même situation ?

Quels étaient les critères permettant d'établir qu'une restriction de concurrence était *raisonnable*, lorsque cette notion était encore utilisée sous l'égide de la « règle de raison »³⁶, quels sont les critères d'identification de l'« abus » de position dominante³⁷, comment identifier les circonstances « exceptionnelles » permettant au gouvernement de bloquer les prix dans l'article L. 410-2 du Code de commerce ?

Qu'est ce la valeur « ordinaire » de la part de toison laissée par le métayer au bailleur dans l'article 1828 du Code civil, la durée « ordinaire » des baux de maisons de l'article 1757 du Code civil, les cas fortuits « extraordinaires », tels que les ravages de la guerre, ou une inondation, auxquels le pays n'est pas « ordinairement » sujet dans l'article 1773 du Code civil, la coupe « ordinaire » des bois et taillis de l'article 521 du Code civil, les frais « ordinaires » d'équipement de l'article 852 du Code civil ? Les exemples deviennent légion dès lors qu'on procède à cet élargissement du concept de « raisonnable » à ses synonymes.

15. Au fond, l'identification de ces exemples est vaine, voire insignifiante, dans la mesure où presque aucune de ces situations ne peut être présentée comme identique à une autre et surtout, ne peut être présentée hors de son contexte, contexte qui conduit à des explications, des démonstrations sans fin, des comparaisons entre la méthode « descendante » française et « ascendante » anglaise, etc.

La notion de « raisonnable » est en effet une notion contingente, une notion vivante, dédiée à la solution de situations concrètes et, le plus souvent, litigieuses. De ce point de vue, l'important est moins de savoir si un délai est raisonnable que de savoir si, en imposant un délai, on ne risque pas qu'il soit considéré comme « déraisonnable », moins de savoir si une exécution contractuelle s'effectue de bonne foi que de savoir si cette même exécution risque d'être considérée comme de mauvaise foi, etc.

Le « raisonnable » est ainsi une figure à l'image du Dieu Janus, le Dieu des portes, qui dispose de deux visages, l'un regardant vers le passé et l'autre vers l'avenir. Notre concept, de manière voisine, est indissociable de son autre visage : c'est le couple « raisonnable/déraisonnable », « loyal/déloyal », « normal/anormal », « excessif/dérisoire », etc., qui importe. Mais alors, les manifestations de ce couple n'ont aucun intérêt si on ne cherche pas à en percevoir le sens, voire l'enjeu.

36. Cf. D. FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire des ententes, étude de la règle de raison*, Joly, 1994, L. VOGEL, « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence », *JCP* 1992, I, 3550 ; G. RIVEL, « La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence, « inelegantia juris » ? », *D.* 2008, p. 237.

37. Exemple, en matière d'application de la théorie des infrastructures essentielles : celle-ci est soumise à une définition, il s'agit « des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec des clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables » (Cass. com., 12 juill. 2005, 04-12.388, *Bull. civ.* IV, n° 163, *D.* 2005, p. 2144, obs. E. Chevrier, *JCP G* 2005, II, 10121, note M. Poumarède).

Section II

SENS DU « RAISONNABLE »

16. M. Kairallah commence la seconde partie de son étude sur « le raisonnable en droit privé », intitulée « *l'intégration du raisonnable dans le système juridique* » par un renvoi à la philosophie du droit³⁸. Il envisage cette intégration d'abord en proposant des éléments de justification de l'intégration puis de réalisation de l'intégration. La justification de l'intégration renvoie à la rationalité : « *le raisonnable, disent encore les dictionnaires, est ce qui est conforme à la raison* »³⁹, de telle manière que rationnel et raisonnable se conjuguent en ce sens que la loi est par nature lacunaire et qu'elle renvoie à un travail de comblement, qui doit se faire par appel au raisonnable. Il en appelle d'ailleurs, comme nous le ferons, à l'observation de la *Common Law* : « *il ne serait pas hasardeux d'énoncer que le droit connaît une interaction entre le rationnel et le raisonnable, et tend à instituer une complémentarité en eux. Ils constituent ainsi les deux branches indissociables du raisonnement* »⁴⁰. M. Guillaume Wieszberg associe étroitement « raisonnable » et rationalité, ou raison : « *Il n'est donc pas surprenant que le sens premier de l'adjectif « raisonnable » soit, dans la langue moderne, synonyme d'« intelligent » (sensé / doué de raison) », écrit-il, « L'être raisonnable use d'une faculté, et le rationalisme devait théoriser ce postulat. Enfin, et surtout, la logique du « bon sens » se moralise, le standard devient devoir social, l'idée du « raisonnable » a été nourrie par la foi, et la raison s'est muée en éthique. Dès lors le « raisonnable » s'apparente à la sagesse, à la maturité d'esprit, à la bonté, à l'honnêteté, à la légitimité; à la justice en-soi, à la justesse : il transcende la raison » poursuit-il⁴¹. Cette association qui tend à présenter la notion de « raisonnable » comme assimilée ou dérivée de celle de « rationnelle » paraît cependant trop générale, trop idéaliste⁴². À bien y réfléchir cependant, l'association, aimable, entre « raisonnable » et rationnel n'est guère pertinente. Est rationnel ce qui prétend appliquer la Raison, ce qui renvoie essentiellement à un raisonnement, une méthode, une pensée, qui appelle un jugement de valeur global, tandis que le « raisonnable » s'applique à une situation plus limitée. Raisonnable est une épithète qui s'applique à une action, un comportement. Une loi rationnelle ou prétendue telle, le Code civil par exemple, peut conduire à des résultats déraisonnables et inversement, une règle irrationnelle, une règle morale ou religieuse par exemple, peut conduire à des solutions raisonnables. Il y a là une confusion entre une question de philosophie, le rationnel considéré comme relevant du domaine d'un droit naturel, et une application, souvent technique, à un cas particulier (cf. *infra*, n° 18). Il me semble assez juste de considérer que l'interaction présentée entre rationnel et raisonnable en droit renvoie ainsi à deux situations bien distinctes. L'une est une question d'appréciation générale : telle règle présentée comme étant,*

38. G. KAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé... », préc., n° 23.

39. *Ibid.*, n° 24.

40. *Ibid.*, n° 30.

41. G. WIESZBERG, *op. cit.*, n° 8-9.

42. H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats, op. cit.*, n° 182 s.

ou non, « raisonnable » révèle une confusion avec l'idée de légitimité ou de rationalité. L'autre est un jugement : telle solution est raisonnable, tels préavis, durée, motif, sont raisonnables. Ce n'est pas l'objet de l'appréciation qui est raisonnable, mais le jugement porté sur celui-ci. Dire par exemple qu'un préavis est raisonnable dépend des circonstances, de la personne, etc. et surtout de la personne ou de l'institution qui affirme de manière définitive que le préavis est, ou n'est pas, raisonnable. Il n'y a, de ce point de vue, pas de place pour le raisonnable appliqué à une règle générale, mais uniquement pour une appréciation casuistique, spécifique, particulière.

S'agissant de la réalisation de l'intégration du « raisonnable », M. Kairallah envisage dans son article l'influence du raisonnable sur le système juridique, essentiellement pour poser quelques jalons dans l'appréciation du raisonnable. Le raisonnable est un correctif, il « *ne peut contredire ouvertement une règle* »⁴³. Où l'on retrouve la distinction avec la rationalité. Inversement, pour M. Kairallah, l'influence du système juridique sur le « raisonnable », appelle l'observation du travail de la Cour de cassation, alors que le « raisonnable » relève essentiellement des éléments de faits, laissés en principe à l'appréciation souveraine des juges du fond, mais dont il observe que « *la Cour de cassation contrôle étroitement les motifs par lesquels le raisonnable est caractérisé* »⁴⁴.

Tenter de donner un sens au couple « raisonnable/déraisonnable » en droit (des affaires), permet d'envisager plusieurs situations, plusieurs sens possibles envisagés comme autant d'enjeux, enjeux qui dépassent très largement les seules limites du droit des affaires, étant entendu que le « raisonnable » ne sera envisagé que dans le sens que nous avons identifié, celui du jugement.

17. Standard juridique. Le sens premier du « raisonnable » est celui d'un *standard juridique*. Un standard juridique est susceptible d'être compris de plusieurs manières. Un standard est d'abord un modèle, établi soit comme un axiome : la grammaire française impose ainsi des standards d'écriture, soit au contraire comme une construction. Le mètre étalon est ainsi un standard. C'est une unité de valeur établie par l'Académie des sciences sous la Révolution comme la dix-millionième partie d'une moitié de méridien terrestre polaire, puis de manière internationale comme la distance parcourue par la lumière dans le vide en 1/299 792 458 seconde. Un tel standard est impressionnant par sa précision, sa « rationalité », ce qui n'empêche d'ailleurs pas nos amis anglais de continuer d'utiliser pouces, pieds, miles, pintes et gallons, voire, en France, de continuer d'utiliser nœuds et miles marins, mais aussi onces, acres ou nuits de fumées, par exemple, pour mesurer la valeur d'un pré. Un standard peut ensuite être considéré comme un modèle plus lointain. C'est comme une chanson, un standard, il y a une base de départ, la chanson originale, protégée par un droit d'auteur, un droit bien rigide pourtant, mais celle-ci peut pourtant être *reprise* et modifiée à loisir.

Le standard juridique illustre encore un autre visage, c'est une notion particulièrement malléable, qui sert de guide d'analyse à l'interprète dont on se doit de

43. *Ibid.*, n° 34.

44. *Ibid.*, n° 35.

préciser ici que c'est une notion typique d'un *droit jurisprudentiel* comme le sont le droit anglais ou le droit américain et le droit administratif. Il n'est pas neutre de noter, par exemple que l'« importateur » de cette notion, M. Stéphane Rials, l'a fait en droit administratif⁴⁵ et donc la réception en droit français révèle des appréciations en général favorables mais parfois plus critiques⁴⁶. Le modèle du standard juridique en droit anglais ou américain est celui de l'homme raisonnable, *the reasonable man* ou le « *due process of Law* »⁴⁷, il s'est développé de manière considérable, en droit interne, le « raisonnable » et ses dérivés ou synonymes déjà rencontrés mais également bien d'autres, la fraude, la faute, l'intérêt de l'enfant ou de la famille, l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt du contrat dans le projet de la Chancellerie de révision du Code civil par exemple.

La signification d'un standard dépend du lieu et du moment où il est envisagé et il évolue parfois assez sensiblement, souvent pour fixer la frontière entre un comportement normal et un comportement anormal. Ainsi, la notion de l'abus a-t-elle évolué entre l'idée d'intention de nuire, celle d'usage d'un droit en dehors de sa fonction sociale ou tout simplement, de faute. Les bonnes mœurs de l'article 6 du Code civil ne sont évidemment plus celles de 1804 : le divorce n'est plus ce qu'il était, le bourgeois balzacien est mort, ou en tout cas masqué par les nouveaux standards de comportement qui ont étouffé la morale sexuelle prônée par les exégètes du bon goût et du bien mis, et ne permet plus, depuis 1999⁴⁸ d'annuler la donation consentie pour maintenir une relation adultère. Tout se perd bien entendu, mais le relais est très largement pris par un autre standard, celui de l'illicite pour rebondir : qu'est-ce qu'une preuve licite, qu'est-ce qu'une écoute licite, qu'est-ce qu'un téléchargement illicite, une entente illicite, etc. ?

L'intérêt du standard est principalement sa malléabilité : le contenu d'un standard se mesure au gré de son utilisation, de sa répétition et, au final, de la conscience que ce contenu est devenu obligatoire. À bien des égards, le standard juridique est à situer, du point de vue des sources du droit, à mi-chemin entre la coutume et la jurisprudence.

45. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du Standard, (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, op. cit. : « Le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité, dans la double acception de ce terme » (p. 93). Adde : E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, th. Strasbourg, 2006 ; A. A AL-SANHOURI, *Les restrictions contractuelles à la liberté contractuelle individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise : contributions à l'étude de la règle de droit et du standard juridique*, préf. E. Lambert, 1925 ; C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003 ; Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, Ph. COËT, « Les notions-cadres dans le Code civil : études des lacunes *intra legem* », th. Paris, II, 1985, LPA 30 juill. 1986.

46. Comp. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, qui y voit une notion confuse, de création doctrinale ; P. MORVAN, *Les principes de droit privé*, Presses Univ. Panthéon-Assas, 1999.

47. R. POUND, *An introduction to the philosophy of law*, Yale, 1922 : « le standard est une mesure moyenne de conduite sociale correcte qui repose sur des méthodes exactes et certaines de logique légale ». Dans la conception de Roscoe Pound, le standard est une notion opérationnelle, il implique un jugement moral sur les conduites, il n'exige pas de savoir juridique particulier, mais du bon sens et il n'est pas formulé avec précision.

48. Cass. civ., 3^e, 3 févr. 1999, JCP 1999, II, 10083, note M. Billiau et G. Loiseau ; Cass. ass. plén. 29 oct. 2004, Bull. ass. plén. n° 12. Adde : « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? », RDC 2005, p. 1273.

Ainsi défini, le « raisonnable/déraisonnable » est un standard, ce qui n'est pas un scoop, il reste à en mesurer les conséquences.

18. Standard jurisprudentiel. Première conséquence, que nous mesurerons ensuite sur un autre plan, ce standard est entièrement à la main de l'interprète, c'est-à-dire le juge, le juge du fond le plus souvent, sauf lorsque la Cour de cassation décide de le contrôler.

C'est *a priori* très dangereux : Dieu nous garde des juges des standards ! L'arbitraire n'est-il pas à portée de jugement, face à cette multitude de standards, à l'omniprésence du couple « raisonnable/déraisonnable » et de ses dérivés ? La réponse passe par l'étude de la notion d'interprétation, ce qui dépasse bien entendu cette étude⁴⁹, d'une conception ultra-positiviste, celle de la théorie réaliste de l'interprétation par exemple chère à Michel Troper par exemple, à une conception rationnelle, habermassienne notamment ou néokantienne de l'interprétation.

Un mot d'explication. Ce qui est devenu très compliqué, en termes de *légitimation* d'une norme, tient au fait que la rupture, présentée comme classique, entre positivisme et jusnaturalisme est devenue très floue : le juste, les valeurs, la Nature ont été positivés et, inversement et logiquement, le droit positif contient bien des éléments de droit naturel, des valeurs, de telle manière qu'il est difficile de tracer, substantiellement, une frontière entre les deux. De plus, à une question donnée, par exemple celle du « raisonnable », mais ce pourrait être plus précis comme aujourd'hui (décembre 2009), la question de l'euthanasie, de l'identité nationale et de l'immigration, de l'homoparentalité ou celle de la rémunération des chefs des très grandes entreprises. Prenons cette dernière question. Une réponse positiviste considérerait que les éléments de celle-ci sont entièrement contenus dans la loi et sa mise en œuvre : une décision *légale*, conforme au système juridique est *légitime* et toute référence à des valeurs est hors débat juridique. À l'inverse, une réponse jusnaturaliste considérerait que ses éléments intègrent, dans le débat juridique, la référence à des valeurs. Par conséquent, les éléments de réponse, constitués entre autres de l'importance du travail, la contingence de la position, le juste prix, la concurrence, le comportement citoyen, la morale sociale, etc., dont on admettra qu'ils peuvent avoir un rapport avec l'idée de « raisonnable » sont *hors* ou *dans* le débat juridique selon que l'on est positiviste ou jusnaturaliste. On admettra alors que, pour un plaideur ou un juge notamment, l'une ou l'autre des situations n'est évidemment pas neutre au moment de présenter ses arguments ou de décider. Cependant, le débat, assez théorique jusqu'alors, se brouille en pratique. Ainsi, un positiviste pourrait tout aussi bien considérer qu'une rémunération très élevée heurte des valeurs juridiques : le principe de transparence, l'obligation de rendre des comptes d'un mandataire social, l'intérêt de l'entreprise par exemple, ou bien au contraire est valable au regard d'autres critères juridiques : la liberté contractuelle, les règles du droit des sociétés, etc. De même, un jusnaturaliste pourrait faire valoir, pour critiquer une rémunération considérée comme trop importante, des arguments de morale sociale, d'exigence de comportement citoyen en temps de crise, pour le chef d'une entreprise dont le capital est pour partie public et de petits porteurs, mais

49. Cf. M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit*, Bruxelles, 1978.

inversement faire valoir que le succès de l'économie de marché est à ce prix, que l'efficacité à un coût, que les lois de la concurrence s'appliquent, etc. Bref, la légitimité de la réponse à une question donnée – j'ai choisi à dessein une question technique plutôt qu'une grande question théorique classique, la guerre préventive, le droit d'ingérence, la laïcité, le droit au logement opposable, etc. – permet toutes les réponses possibles, *que l'on soit positiviste ou jusnaturaliste*, en raison de la « concurrence » des valeurs fixant l'idée de Justice ou celle des normes de référence en vigueur dans le système juridique. C'est en cela que la question de la rationalité est finalement vaine, parce qu'appropriée par les deux grands courants de pensée ici résumés pour les besoins de la démonstration, et que méthode proposée par certains philosophes du droit, Jürgen Habermas par exemple⁵⁰, est essentielle. Il pose la question de la légitimité des règles en fonction de la capacité de celle-ci à être examinée, *discutée*, par toutes les personnes susceptibles d'être concernées et donc, que ce principe de discussion, fondé sur des arguments relevant de tous ordres mais à condition qu'ils soient acceptés par tous, soit possible et institutionnalisé, processualisé, juridictionnalisé. D'où il ressort d'une part qu'une norme est légitime si elle est discutable, et cette discussion ne cesse jamais et peut toujours être réformée, et d'autre part que cette discussion doit être organisée.

Dans tous les cas, il en résulte que si la source première de *règles* de droit paraît être, en France, la source légale, celle-ci est complétée, voire concurrencée, en tant que source utile, réelle par la source jurisprudentielle, celle qui résulte de l'interprétation de la règle, quel qu'en soit le moyen (interprétation stricte ou lâche, création de principes, revirements de jurisprudence, éventuellement rétroactifs, etc.) ou l'objet (même lorsque le juge se contente d'appliquer strictement la loi, il la met en œuvre et lui donne corps). Dans tous les cas, en outre, le juge n'est pas véritablement libre de son interprétation, d'une part en raison de la hiérarchie dont procède le mécanisme décisionnel, hiérarchie toujours plus complexe avec l'adjonction des juridictions « suprêmes » : Conseil d'État, Cour de cassation, CJE, CEDH et demain Conseil constitutionnel devant lesquels les éléments de discussion sont toujours plus denses, et c'est tant mieux pour la légitimité des décisions, et d'autre part en raison des formes de « coutumes jurisprudentielles », des façons de juger, des standards jurisprudentiels donc, qui sont propres aux juges et ce indépendamment de leurs éventuels préjugés, et qui font que les avancées jurisprudentielles sont, en réalité, prévisibles, rationnelles, raisonnables et, en général, non arbitraires⁵¹. On aura bien compris que ce sont ici quelques éléments de la théorie des contraintes juridiques de Michel Troper, qui valident sa théorie réaliste de l'interprétation entendue comme théorie non normative : c'est le juge, souverain, qui « fait » la norme, éventuellement raisonnable.

50. J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997.

51. Comp. F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1990, p. 154 : « Si une loi rétroactive peut être jugée insupportable parce qu'elle impose arbitrairement un ordre nouveau qui n'existait pas à l'état latent dans la société, ce grief ne peut pas être adressé à la jurisprudence qui est au contraire le reflet de l'ordre social. Autrement dit, la jurisprudence, contrairement à la loi, est toujours prévisible; il suffit de vivre avec son temps pour appréhender le sentiment du droit qui prévaut et qui ne manquera pas à terme d'être consacré par les juges. Ce pressentiment peut permettre aux sujets de droit d'organiser leurs intérêts dans la perspective de cette consécration future pour ne pas souffrir de sa survenance. Il n'y a donc pas véritablement de rétroactivité dans la jurisprudence » (sur la question de la rétroactivité, cependant, comp. *infra*, n° 23).

19. Excès, utopie et fil du rasoir. Une seconde conséquence peut être envisagée par l'emploi du « raisonnable/déraisonnable », à la fois dans la prise en compte des excès, des situations particulièrement déraisonnables, mais également sa négation, par l'admission juridique du déraisonnable et enfin, par l'appréciation ordinaire du raisonnable.

Deux situations ne posent *a priori* aucune difficulté pour l'interprète : la situation très raisonnable et la situation très déraisonnable, deux situations excessives. Par exemple, un conseil d'administration qui révoque un président en employant toutes les formes requises, qui lui laisse un préavis, lui fournit des raisons objectives, voire lui assure une indemnité supplémentaire à celle qui serait due est très raisonnable. À l'inverse, le Conseil d'administration qui révoque son président de manière humiliante, en ayant fait de fausses promesses, qui invoque des raisons inexistantes est très déraisonnable.

Parfois cependant, comme dans l'article 1152, alinéa 2 du Code civil, le législateur invite à la considération de l'excès, comme lorsqu'il permet au juge de moduler une clause pénale qui serait « manifestement excessive ou dérisoire », de même que la jurisprudence en matière d'accident de la route considère la faute inexcusable, très déraisonnable comme d'une « exceptionnelle gravité », ajoutant encore des critères, une faute très déraisonnable devenue très très déraisonnable. Manifestement, exceptionnelle. Ce sont des situations extrêmes qui sont alors envisagées, pas la limite subtile existant entre l'« excessif » et le « dérisoire », entre l'imprudence et la diligence. Dans le même esprit, certaines règles permettent une interrogation : comment par exemple envisager l'interprétation de l'article 16-3 du Code civil qui ne permet que l'on porte atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de « nécessité » médicale pour la personne ou à titre « exceptionnel » dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ?

Ces deux situations, extrêmes, ne posent en général aucune difficulté (en supposant, comme axiome ici, que la révocation d'un dirigeant est considérée comme une règle raisonnable), du moins en théorie. En pratique il peut en être différemment. Il peut arriver qu'une sanction soit considérée comme déraisonnable parce qu'elle paraîtrait manifestement trop forte ou trop douce, mais qu'elle devienne applicable faute de recours possible ; cela caractériserait l'échec du processus de décision, pour autant que l'on admette que ce processus soit *toujours* du ressort du raisonnable. La décision raisonnable, comme la décision déraisonnable, sont du même ordre : elles sont des normes. Un observateur extérieur pourra regretter une décision qu'il considère comme raisonnable ou déraisonnable, mais au fond, cela n'a aucune portée. L'important est de savoir pour quelles raisons le juge a rendu cette décision, quels en sont les ressorts, et peut-être aussi de vérifier que tous les arguments qui aurait été nécessaires pour rendre une autre décision lui ont été présentés. Le raisonnable, la justice, la légitimité, sont en effet des buts du droit, des prescriptions. Elles peuvent, mais peuvent seulement, être prises en compte par le juge, mais c'est bien son point de vue qui importe (et en cela, des décisions explicatives, à l'américaine ou à l'« européenne », seraient les bienvenues) : le raisonnable, la justice, l'équité sont des sensations, des ressentis et sont inconnaissables.

Inversement et puisque le raisonnable est un jugement, il est vain de promouvoir un jugement qui soit toujours centré sur le raisonnable. Le romantisme, l'excès, l'utopie voire le surréalisme juridiques tendent au contraire à des solutions que le *reasonable man*, éventuellement janséniste, observerait avec sévérité : les excès de la justice révolutionnaire, ceux de la Libération, une libéralité guidée par une pure intention libérale (dépassant un avantage fiscal par exemple), une gestion d'entreprise particulièrement généreuse, les jugements du bon juge Magnaud qui refusait par exemple de condamner la voleuse de pain qui agit par état de nécessité, l'idée de crime passionnel, l'appréciation de certaines sanctions qu'on peut assimiler à une application de la thèse des *punitive damages*, les fictions juridiques, etc., sont des manifestations juridiques et irrationnelles d'un déraisonnable accepté. Le raisonnable est un référent convenu qui peut sembler étriqué, voire ennuyeux, et qui n'est pas nécessairement identique au juste, à l'équité.

Au-delà de ces situations, qui ne révèlent pas le « raisonnable », tant le champ est important, les difficultés d'interprétation commencent véritablement à la frontière du raisonnable et du déraisonnable : un préavis de rupture d'un contrat de distribution ayant duré dix ans et d'une durée de 9 mois est-il un préavis d'une durée raisonnable ? Une clause imposant de donner des motifs légitimes pour faire obstacle à une cession de contrat alors que le cédé se borne à déclarer que le cessionnaire projeté ne présente pas les qualités de solvabilité suffisante à ses yeux permet-elle d'identifier une situation raisonnable ? La clause qui impose un règlement amiable d'un litige avant toute action, alors que la partie saisissante a adressé à son contradicteur une liste de griefs puis a exercé son action, est-elle raisonnablement respectée ? Ce sont bien entendu ces situations qui posent difficulté, celles qui sont à la frontière du raisonnable et du déraisonnable : le fil du rasoir. À lui seul, il ne définit pas non plus le « raisonnable ». Les situations excessives sont essentielles parce que la seule considération de la moyenne, du fil du rasoir, ignore, par hypothèse, les extrêmes, les excès, qui doivent, dans le mieux comme dans le pire, être juridiquement observées, peut-être d'ailleurs pour être plus rudement appréhendées.

Il reste que l'appréhension même de ce « fil du rasoir », sur un plan juridique, n'est pas évidente et révèle le plus de difficulté pratique. Ainsi, l'histoire de l'abus de droit, autre forme de déraisonnable, montre que la doctrine a longtemps considéré soit que le prétendu abus était en réalité consubstantiel de l'idée d'exercice du droit subjectif (*comment peut-on à la loi exercer un droit et en abuser*, écrivait Planiol), soit que les écarts légers étaient prévus par les personnes intervenant dans ce droit subjectif, comme l'écrivait notamment Ripert, dans un débat qui, à l'époque reposait moins sur le sort des dirigeables de Clément Bayard que sur celui de savoir si, oui ou non, l'abus du droit de mettre fin *ad nutum* au contrat de travail ou de mandat était recevable, question éminemment politique et sociale qui ne pouvait être résolue que par un changement de paradigme judiciaire. Ce fut la fameuse méthode dite de la Libre recherche scientifique de Gény et Demogue, enterrée par Gény lui-même et surtout par Ripert, et fondatrice, de l'autre côté de l'Atlantique, du réalisme juridique. Aujourd'hui au contraire, l'attention de la doctrine et de la jurisprudence considère l'abus comme une faute ordinaire et en appelle à une appréciation des situations *marginales*, ce « fil du rasoir ».

Or, cette considération impose dans un premier temps l'appel au bon sens du juge, à sa raison, pour obtenir une décision favorable. Et il est pratiquement impossible de pronostiquer le sens de la décision qui sera rendue, ne serait-ce que parce qu'il est impossible de parier sur la réalité de ce bon sens. Elle impose dans un second temps le renfort de la manière usuelle d'apprécier le « raisonnable », envisagée comme un discours, un consensus, plus qu'une somme d'expériences. D'une manière générale, ce flou est entretenu par le référent « moral » auquel renvoie généralement le « raisonnable » ; est raisonnable ce qui est équitable, ce qui est juste. Or, même si cela peine à émerger en France, un autre référent concurrent est possible, celui de l'« utile » envisagé comme le résultat d'une analyse économique de la règle. L'important ici est d'identifier des critères, des méthodes supplémentaires de l'analyse morale. Pour prendre un exemple, l'un des cas classiques des devoirs chez Cicéron, dans son ouvrage, *De Officiis* (Des Devoirs), portait sur la question de savoir si un vendeur doit ou non informer l'acheteur des vices de la chose vendue. La réponse peut être très différente selon qu'on choisit une analyse morale ou économique : en morale, la réponse est évidente ; en analyse économique elle est plus mitigée, par exemple pour tenir compte du prix payé, des attentions que l'acheteur aurait dû avoir, de son caractère professionnel ou non, etc., toutes choses qui sont aujourd'hui assez bien envisagées par la loi et la jurisprudence. Toutefois, la question a rebondi en 2000 avec la fameuse affaire *Baldus*, sur le point de savoir si l'acheteur doit informer le vendeur de la valeur réelle de la chose achetée et, donc, du droit de réaliser une bonne affaire, à laquelle la Cour de cassation a donné corps, validant ce faisant une analyse économique plutôt qu'une analyse morale (l'acheteur dispose d'informations qui sont pour lui un investissement alors que le vendeur pouvait réaliser les études sur la valeur véritable de la chose). Très récemment, il est apparu que trois amis avaient acquis pour une bouchée de pain un tableau dont il s'est avéré qu'il s'agissait d'une toile de Léonard de Vinci : la question est identique ; devaient-ils, *raisonnablement*, informer le vendeur de leurs doutes ?

De ces interrogations résulte la critique sur le caractère flou du standard juridique, généralement par comparaison avec la perfection supposée de la loi : mieux vaudrait alors, pense-t-on parfois, une règle claire, indiscutable. Pour reprendre les exemples plus haut cités, mieux vaudrait une règle qui tranche : un préavis d'une durée de tant de jours par mois contractuels, par exemple, ou bien un pouvoir discrétionnaire : le contractant qui le décide dispose du pouvoir, discrétionnaire, de mettre fin au contrat. Ce sont là cependant de fausses « bonnes » solutions, d'abord parce qu'il est vain de croire que la loi peut tout régler, ensuite parce qu'elle intervient généralement *après* que le problème se soit posé, et enfin parce que les pouvoirs discrétionnaires sont rares et voués à disparition : « *Chaque fois qu'un droit ou un pouvoir quelconque, même discrétionnaire, est accordé à une autorité, ou à une personne de droit privé, ce droit ou ce pouvoir sera censuré s'il s'exerce d'une façon déraisonnable* » pour reprendre, une nouvelle fois, cette formule saisissante de Chaïm Perelman⁵². Enfin ce traitement légal risque bien de provoquer de

52. Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *op. cit.* Il poursuit : « *Cet usage inadmissible du droit sera qualifié techniquement de façons variées comme abus de droit, comme excès ou détournement de*

nouveaux contentieux. Par exemple, en droit des transports aérien, un plafond de responsabilité est prévu en cas de dommages aux personnes. On peut penser que ce plafond a été institué au départ comme de nature à couvrir les dommages de manière assez large ; pourtant ces plafonds sont d'une part trop faibles et d'autre part, sont susceptibles d'être dépassés par la preuve d'une faute inexcusable du transporteur : en découle, en toute hypothèse, un procès pour démontrer l'existence de cette faute inexcusable. L'effet pervers de la loi trop normative ne peut être nié. Parfois c'est l'inverse, notamment en matière pénale, le remplacement d'un standard par une règle précise rend ou rendrait la règle plus efficace : la suppression du délit de conduite en état d'ivresse par celle de délit de conduite au-delà d'un taux d'alcoolémie défini place tout le monde en situation de responsabilité, sans doute en serait-il de même du délit de mise en danger de la vie d'autrui.

20. Cause et « raisonnable ». Une autre fonction du « raisonnable », peut-être identifiée, sans doute de manière un peu osée, comme une forme élaborée et diffuse de la cause. Un exemple très classique, emprunté à Aristote, permet de l'illustrer celui du dépôt d'une arme par un fou : le dépositaire, le sachant fou, doit-il restituer l'arme au déposant ? Est-ce bien raisonnable ? Plus ordinairement, l'ensemble des hypothèses de « raisonnable » et surtout de ses dérivés, notamment dans sa considération fine, celle du « fil du rasoir », assure la permanence de la cause, la cause subjective comme la cause objective, mais de manière beaucoup plus élaborée, sous la forme de l'application du principe de proportionnalité, de la bonne foi, de la loyauté, etc., permettant l'identification d'un véritable contrôle de l'utilité du contrat, de ses motifs, de l'équilibre de ses prestations, etc., bref du « raisonnable » dans les contrats et ce, d'ailleurs, indépendamment de la présence textuelle, ou non, de la cause, dans le contrat ou de sa substitution par la notion d'« intérêt au contrat » comme dans le projet de révision proposé par la Chancellerie en 2008. De manière plus directe, en outre, la jurisprudence développe depuis quelques années une analyse de la validité des contrats et des clauses des contrats, sur le fondement d'un « test de validité » selon la formule de Bertrand Fages qui passe par des techniques qui n'empruntent à la cause que son esprit, point sa lettre ni sa technique : l'indivisibilité, la proportionnalité⁵³.

21. Principe de précaution. En amont, alors, il résulte de cette relative incertitude, soit un pari (l'agent fait le pari que son comportement sera raisonnable, ce qui ne l'est guère), soit une précaution, une débauche de précautions : des contrats rédigés de manière toujours plus longue, des procédures contractuelles toujours plus lourdes, des délais surestimés, etc. Face à l'« incertitude scientifique » du caractère raisonnable d'un comportement, le « principe de précaution juridique » joue alors, et l'on sait que ce principe de précaution crée un coût de transaction accru, refrène des initiatives, impose un formalisme toujours plus important.

pouvoir, comme iniquité ou mauvaise foi, comme application ridicule ou inappropriée de dispositions légales, comme contraire aux principes généraux du droit commun à tous les peuples civilisés. Peu importent les catégories juridiques invoquées. Ce qui est essentiel c'est que, dans un État de droit, dès qu'un pouvoir légitime ou un droit quelconque est soumis au contrôle judiciaire, il pourra être censuré s'il s'exerce d'une façon déraisonnable, donc inacceptable », « est déraisonnable ce qui est inadmissible dans une communauté à un moment donné ».

53. Cf. D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations*, op. cit., n° 145 s.

L'irruption du « raisonnable/déraisonnable » est donc un facteur de processualisation des rapports juridiques, d'une part, et un frein ou un enchérissement des initiatives juridiques d'autre part. C'est l'effet pervers des standards juridiques.

22. Le raisonnable, enjeu de la pérennité de la loi? L'enjeu, ensuite, dans le système légaliste de type français, de l'appel ou de la reconnaissance de la place « raisonnable/déraisonnable » est à mesurer.

Un premier enjeu est celui de l'ordonnancement juridique du droit français. Celui-ci, en effet, est traditionnellement conçu comme un système légiféré : les cinq codes de l'ère napoléonienne sont devenus les cinquante (et plus) codes de la V^e République. Mais ce ne sont pas les mêmes codes. Parmi les Codes premiers, seuls le Code civil a véritablement survécu, et de manière très honorable, notamment pour les parties relatives aux contrats et au droit des biens, surtout cette dernière d'ailleurs. Le reste, et les quatre autres codes notamment, n'a pas résisté au temps. Même la partie relative au contrat et à la responsabilité est aujourd'hui discutée et les projets s'accumulent pour assurer leur modernité.

Une remarque s'impose cependant. Le droit français des contrats d'aujourd'hui, et plus encore le droit de la responsabilité, sont des droits prétoriens, fondés à partir de l'interprétation de quelques principes simples et admis issus du Code civil. Portalis s'en faisant l'écho dans son discours préliminaire, en des termes qui sont restés célèbres : « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* ».

D'ailleurs, les projets de réforme du Code civil en droit des contrats revendiquent leur objectif qui est, principalement, de codifier la situation jurisprudentielle existante, nouvelle manière de codifier qui emprunte à la méthode qui prévalait pour la rédaction des coutumes par exemple.

Par conséquent, si le Code civil manifeste des manques importants, par exemple sur la négociation du contrat, les conditions de son exécution, le test de validité, etc., il n'en est rien du *droit* français des contrats. Certaines solutions adoptées par la jurisprudence sont discutées, voire parfois franchement disputées, par exemple sur le jeu des promesses ou des pactes de préférence, sur la place de la bonne foi, sur le jeu de l'imprévision, sur le principe et le régime de la circulation du contrat, sur les conditions et les effets de la rupture, notamment; il reste que ces règles existent.

Ce ne sont cependant pas là des arguments propres à condamner les velléités de réforme même à la manière d'un *restatement*, loin s'en faut, mais simplement de relativiser leur portée salvatrice.

Il est parfaitement clair, par exemple, que la loi est sans doute le plus accessible, le plus pratique, le plus simple, le plus légitime (en termes démocratiques), le plus rationnel également des modes d'expression de la norme. Il est clair également que la loi, et ses dérivés, se manifeste de manière générale et permanente de telle sorte que, pour utiliser un préfixe à la mode, à la loi s'est substituée l'« hyper-loi ». Il me

paraît enfin clair que, en ces temps brouillés, sur fond de crises, chronique et aiguë, et de nouvelles peurs millénaristes de fin écologique du monde, la loi reste le meilleur outil pour proclamer des libertés, des droits et des devoirs et pour les garantir, peu important de savoir, au fond, qui de Hobbes ou Locke, avait raison de savoir si l'homme à l'état de nature est violent, brutal et égoïste ou au contraire doux, prudent, censé et raisonneur : Léviathan ou produit d'un contrat social, l'État ou des conjonctions d'États assurent cette pérennité.

Il reste cependant que la prétention révolutionnaire française à l'unilatéralisme, fictif ou volontariste, du mode d'expression de la règle de droit par la loi camoufle mal la réalité du multilatéralisme des sources du droit, dont la jurisprudence, laquelle souffre de maux qui sont également connus, ambiguïté de sa légitimité dans notre système juridique hérité de la Révolution, caractère incertain de la permanence de la règle surtout à l'aune des revirements de jurisprudence, etc. Il est d'ailleurs assez vain de procéder à cette énumération, tant les arguments se renversent et se croisent au jugement comparé des deux sources.

Bien entendu, la jurisprudence peut être combattue par la loi, selon la formule célèbre de Philippe Malaurie⁵⁴, mais au fil du temps, il n'est pas certain que ce combat par un « forcing » législatif soit efficace face à la puissance de l'interprétation judiciaire : toute l'histoire du droit français est marquée par ces « coups » jurisprudentiels, malgré, parfois, une disposition législative contraire. L'exemple de *l'affaire Perruche* est à cet égard emblématique : alors que la Cour de cassation avait, fin 2000, affirmé que le préjudice résultant du fait d'être né handicapé à la suite d'une faute médicale qui aurait privé la mère de la possibilité d'une interruption volontaire de grossesse, la loi *Kouchner* du 4 mars 2002 avait péremptoirement « brisé » cette jurisprudence par un article préliminaire affirmant que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* », jusqu'à ce que la Cour de cassation, au nom de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel de la CEDH ne brise, à son tour, cette loi, du moins en partie, s'agissant du préjudice lié au frais d'éducation par une volée d'arrêts du 24 janvier 2006⁵⁵. Personne n'a brisé personne, la règle actuelle est le fruit d'un combat ou d'un discours et, au final, un débat de légitimité substantielle de la règle souhaitée. Il reste que cet épisode marque la fin de l'emprise de la loi sur la jurisprudence.

Il convient de mettre en balance ce constat avec la tradition française du droit des contrats. Celle-ci remonte globalement au droit romain, à ce fonds de droit romain, et de droit romaniste du Moyen Âge, qui avec quelques principes sura-

54. Cf. Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges R. Savatier*, 1964, p. 603.

55. Comp. en dernier lieu, le sort de l'article 1^{er}-I de la loi du 4 mars 2002, comme suite de l'affaire Perruche : Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, *Bull. civ.*, n° 29, 30, 31 : « *Attendu, toutefois, que si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1^{er} I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale quand les époux Y... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur préjudice inclurait les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, du handicap* ».

joutés, a permis cette si longue survie du droit des contrats et du droit des obligations, que l'on retrouve en droit français, mais aussi, quoique de manière un peu différente, en droit du commerce international et ce, grâce à une profusion de standards juridiques, c'est-à-dire de référents à un « raisonnable/déraisonnable » laissé à la libre appréciation des acteurs juridiques, plaideurs, arbitres, magistrats, doctrine. Il convient en effet de se pencher sur ces guides du droit des contrats internationaux, notamment lorsque la solution des litiges est confiée à des arbitres, pour mesurer l'efficacité d'un système souple fondé sur la responsabilité et le consensus.

À l'inverse, plus la législation est technique, prétendument précise, tentant de tout prévoir pour, précisément, éviter le recours aux standards, et plus elle évite une interrogation sur son caractère rationnel, l'appel au raisonnable, plus donc, une application purement positiviste et technicienne s'impose, mais en même temps, moins cette législation est pérenne. Certaines législations sont techniques par nature pourrait-on penser, en matière fiscale, sociale, en droit des sociétés, en droit des procédures collectives, en droit immobilier par exemple, encore que cette affirmation mériterait d'être vérifiée. En droit de la concurrence par exemple, les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles sont fondées sur deux textes principaux, les articles L. 421-1 et 2 du Code de commerce en droit interne et 81 et 82 CE (devenu 101 et 102) dont la lecture laisse généralement pantois le non-initié, tellement ces règles sont générales et supposent une appréciation spécialiste, érudite, discursive. À l'inverse, les règles en matière de pratiques restrictives ont, depuis la grande révision de ces règles en 1986, été modifiées en moyenne près d'une fois tous les deux ans (deux fois en 1992, en 1993, en 1996, en 2001, en 2005, deux fois en 2008) et sont tellement techniques que l'on se perd en conjonctures elles-mêmes techniques pour les interpréter. Il ne faut pas être un grand spécialiste pour savoir quelles sont les meilleures règles, les plus efficaces, celles qui conduisent aux décisions les plus raisonnables.

Pour relativiser encore le propos sur la permanence dans le temps des règles communes, notamment dans le Code civil, on ne peut manquer d'observer un oxymore juridique. Pratiquement toutes les branches du droit sont devenues extrêmement techniques même si par un certain artifice, celle-ci est masquée. Le droit des biens du Code civil, pratiquement inchangé depuis 1804 est en réalité, bouleversé par les règles du droit immobilier et de la construction, deux codes existant pour le servir, le droit des personnes et de la famille, largement revisité dans le Code civil, est également complété par les règles du droit de la santé, par le relais des nouveaux enjeux de la bioéthique, de l'action publique et sociale en matière familiale, le droit des contrats est complété par les règles du droit de la consommation, de la concurrence, etc. À bien des égards, donc, le droit français est un droit entièrement technique, précis, légal ou réglementaire. Nulle – ou peu de – place pour l'interprétation subtile, pour le « raisonnable ». En même temps pourtant, et c'est tout l'intérêt du « raisonnable », il reste la place pour une considération un peu moins technique et notamment dans les situations les plus complexes, celles qui, en général, intéressent le droit des personnes, le droit de la famille mais aussi le droit des affaires, les contrats d'affaires, l'analyse d'un montage juridique, etc.,

toutes situations qui renvoient au droit commun, au beau droit, et ne peuvent éluder une analyse elle-même subtile, une discussion riche (cf. *supra*, n° 18), par exemple fondée sur le « raisonnable ».

Le standard juridique apparaît, alors, comme le garant de la pérennité de la loi, non comme son remplaçant, par l'appel, apparemment paradoxalement, au couple formé entre la doctrine et la jurisprudence, pour donner corps à la loi et lui donner cette pérennité. On pourrait considérer par exemple que les règles du droit français des contrats et de la responsabilité, issues elles-mêmes du droit romain, sont pérennes parce qu'elles renvoient de manière systématique à des standards juridiques comme le « raisonnable ».

Il permet alors, une interprétation des règles de manière rationnelle, quel que soit le référent « rationnel », au sens philosophique du terme (cf. *supra*, n° 18), et permet donc aux différents interprètes, y compris la doctrine, toute possibilité pour en discuter le contenu. Ici encore l'exemple du droit des contrats est démonstratif de la discussion sur les fondements du droit des contrats : toutes les analyses sont envisagées en doctrine ; elles permettent bien des applications jurisprudentielles.

23. Vers un système de droit mixte, légal et prétorien ? Un second enjeu est, par suite, la considération de notre système juridique actuel et futur, en s'éloignant un peu des mythes fondateurs révolutionnaires.

Le constat de la dualité de notre système, légal et prétorien, peut permettre de résoudre le dilemme de la considération de la loi *et* de l'admission de la jurisprudence comme source de *règles* de droit.

Un droit jurisprudentiel, un droit prétorien est, par nature, un droit scientifique, un droit d'érudit et un droit fondé sur l'expérience, donc sur le temps. Il a fallu un siècle pour, de 1896 (arrêt *Tifaine*) à 2001 (arrêt *Costedoat*), interpréter l'article 1384 du Code civil ; il faut quelques mois pour adopter une loi nouvelle acceptable, raisonnable. En même temps, la jurisprudence adopte des solutions au moment où les problèmes réels se posent mais à l'inverse la loi permet une réactivité plus dense et plus complète.

On peut ainsi admettre que la loi et la jurisprudence se conjuguent, sans hiérarchie, par une combinaison de précédents et par de règles légiférées.

Le droit jurisprudentiel français n'est pas un droit de *Common Law*, d'abord pour des raisons que ne renierait pas l'école historique allemande tenant à ce que, indépendamment des référents fondamentaux, chaque système juridique possède son propre héritage, sa propre tradition, sa propre culture de mise en œuvre de ceux-ci, et parce que les référents fondamentaux relèvent en principe en France de la loi et non du précédent. Il demeure que la reconnaissance de la nature même de certaines règles de droit comme relevant d'un système de droit jurisprudentiel est essentielle pour leur interprétation.

Cela étant, la méthode de *Common Law* peut paraître assez voisine de celle du droit jurisprudentiel. La règle du précédent, « *Rule of Stare decisis* », est de principe et fondée sur la raison, de manière à éviter l'arbitraire du juge⁵⁶, avec cette diffé-

56. R. DAVID, « La doctrine, la raison, l'équité », *RRJ* 1986, p. 109.

rence que la règle du précédent repose par principe sur une décision, alors que la règle jurisprudentielle résulte d'un manque, d'une obscurité ou de l'appel à un standard de la loi, avec cette conséquence paradoxale que les utilitaristes, Bentham en tête, réfutaient la *common law* pour préférer la codification à la française, tout en réfutant l'idée des droits de l'homme kantienne. Toutefois, chaque fois que la solution issue du précédent apparaît trop rigide, le juge anglais dispose de la faculté de présenter une distinction, « *distinguishing* », par exemple en raison du contexte particulier de l'affaire, pour proposer une décision plus raisonnable, application de la règle du « *Reasonableness* » de sorte que le juge dispose, en *common law*, d'une grande liberté d'action.

En ce sens, le droit français est apparemment très différent. Plus exactement, le système français propose trois phases dans le raisonnement dont l'aboutissement montre les rapprochements et les différences avec le système de *common law*.

En premier lieu, la loi, présentée abstraitement comme l'expression de la raison, impose des règles, des prescriptions, des interdits, des définitions, des qualifications, des principes, etc. C'est sa grande force, sa puissance que l'hyper-légalité neutralise parfois par sa technicité sans l'ébranler. Lorsque la loi renvoie à un standard juridique pour son application ou face à un vide législatif, ou une obscurité, le juge interprète et parfois crée une norme. Les exemples sont légions : le mécanisme de l'indivisibilité contractuelle, celui de l'action directe, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire, la valeur d'une cession de contrôle, l'application de la bonne foi dans l'exécution des contrats, etc., dans un sens que l'on peut considérer comme raisonnable (en ce sens que si la règle était arbitraire, la doctrine et la jurisprudence elle-même y veilleraient).

En deuxième lieu, à ce stade, mais *sans qu'une théorie de l'application du précédent jurisprudentiel existe en droit français*, l'arrêt de principe, la « jurisprudence » est suivie par les cours et tribunaux et son application est contrôlée par la Cour de cassation, en une variante de la règle du *Stare Decisis*. À partir du jour où la Cour de cassation a décidé que la clause de non-concurrence devait mettre en œuvre des moyens proportionnés à l'objectif légitime que le créancier cherche à protéger, cette exigence s'impose systématiquement ; à compter du jour où la Chambre sociale a décidé que la clause de non-concurrence devait être rémunérée, celle-ci s'impose. « À compter du jour », c'est une formule approximative qui ne révèle rien du problème majeur de la rétroactivité de cette norme interprétative, et donc rétroactive, qu'est la jurisprudence, avec les conséquences qui ont été observées largement depuis quelques années, étant entendu qu'en tant que norme rétroactive, les situations acquises du moment deviennent incertaines et qu'en outre, nul n'a la possibilité de revendiquer un droit à une jurisprudence figée, selon la belle expression de la Cour de cassation⁵⁷, y compris sur le fondement de l'article 6 CEDH⁵⁸, qui a redonné des armes à la critique de la jurisprudence⁵⁹, bien qu'elle

57. Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, n° 00-14564, *Bull. civ. I*, n° 249, *D.* 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin, *JCP* 2002, II, 10045, note O. Cachard.

58. Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2009, n° 07-14932 et 08-16914, *D.* 2009, p. 2567, note N. Molfessis.

59. N. MOLFESSIS, note sous Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2009, préc. *Adde* N. MOLFESSIS (dir.), *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005, « La portée des revirements de jurisprudence », *RTD civ.* ; 1998, p. 213 et

consacre pleinement le pouvoir créateur de la jurisprudence⁶⁰. Or, une théorie de l'application de la règle jurisprudentielle s'impose désormais pour régler ce désordre qui ne cesse de croître et qui nuit à sa crédibilité.

En troisième lieu, cette hiérarchie est relativement souple et le juge adapte ses solutions aux situations : la règle, jurisprudentielle, en matière de condition de validité des clauses de non-concurrence étant ce qu'elle était le 10 juillet 2002, et on admettra qu'elle fixait, alors, les règles en la matière, il apparut sage, raisonnable, à la Cour de cassation de considérer, sur le fondement d'un *droit à l'activité professionnelle*, principe qu'elle invente d'ailleurs à cette occasion, que le contrat de travail méritait une solution différente que pour les autres contrats. On admettra, avec les critiques exprimées, que l'application, à compter de 2004, par la jurisprudence elle-même de la thèse de l'application immédiate de la norme nouvelle n'est pas satisfaisante pour la sécurité juridique des justiciables alors qu'il serait préférable d'appliquer le principe prévalant pour l'application de la *loi* nouvelle, devant de la *norme* nouvelle en ce que cet ensemble comprend la norme jurisprudentielle. Quelle que soit la solution choisie, il reste que cette question, comme bien d'autres, montre que le « non-droit » à une jurisprudence figée illustre la séparation, majeure, avec la règle du précédent.

Où l'on voit, par là, que l'idée de raisonnable se transforme, au contact de la théorie des sources, en termes de rationalité. La question qui se pose est donc bien de connaître puis de comprendre la *ratio decidendi*, la « raison » de la décision, la raison en terme de causalité, mais également la raison en tant qu'élément de rationalité, quel est le fondement de cette solution.

On peut alors codifier une solution jurisprudentielle ; la norme qui en résultera ne sera ni plus ni moins raisonnable. Il y a un risque, cependant, à figer une jurisprudence par la loi, du fait de cet étage supplémentaire et systématique du système français, de ne plus permettre l'adaptation « rationnelle » du standard et finalement de nourrir un contentieux assez stérile⁶¹. À l'inverse, peut-on, par la loi, imposer une solution raisonnable ? Imaginons par exemple, comme déjà envisagé, que la loi décide, demain, pour le préavis de rupture d'un contrat est de deux ans, en toutes circonstances, pour tout contrat d'une durée supérieure à cinq ans ou, comme c'est parfois formulé dans moult propositions de lois, que les contrats de distribution sont des contrats d'intérêt commun de sorte que le distributeur a droit, en toutes circonstances, d'une indemnité compensatrice du préjudice subi du fait de la rupture, sauf sa faute, comme en matière de contrat d'agence commerciale (C. com., art. L. 134-1 et s., sp. art. L. 134-12). On peut affirmer sans trop de peine qu'une telle loi serait un parti pris, pas nécessairement qu'il serait une loi *juste* ou conduisant à une solution *raisonnable*. On peut même penser qu'il

comp. Th. REVET, « La légisprudence », *Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois*, p. 377, P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Dr. soc.* 2005. 123, V. HEUZÉ, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence », *JCP G* 2005. I. 130

60. Comp. Th. REVET, « La légisprudence », préc.

61. Cf. R. CABRILLAC, « Le nouveau Code civil du Québec », *D.* 1993, chr. p. 267, notamment à propos de l'article 7 du Code civil québécois : « *Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi* ».

en résulterait, à plus ou moins long terme, un débat sur la généralité de la notion d'intérêt commun, d'une classification des contrats d'intérêt commun et les autres, des exceptions au principe, etc.

Le *raisonnable*, comme le *juste*, est en effet informulable⁶², précisément parce qu'il est tout à la fois une dualité, le couple « raisonnable/déraisonnable », et un point, une intersection, le fil du rasoir séparant le « raisonnable » du « déraisonnable » et ce faisant un jugement : le « raisonnable » n'est rien d'autre que la mise en œuvre d'une méthode de discussion.

24. Méthode. Il en résulte donc une dernière conséquence, qui est de séparer les règles impliquant directement et profondément le « raisonnable », à savoir le droit de la responsabilité, le droit des contrats d'affaires, le droit de la concurrence, quelques grandes questions de droit des sociétés (cession de contrôle, mise en œuvre des garanties de passif ou d'actif, arbitrage, etc.) et les règles qui sont apparemment moins marquées, car plus techniques (par exemple les règles de répartition des pouvoirs dans une société, les règles déterminant les pouvoirs des organes d'une procédure collective, les règles décrivant le régime matrimonial, etc.) et encore cette dualité étant ici une approximation.

Il reste que les premières (à supposer que l'ensemble constitué des secondes existe) supposent alors, mais alors seulement, une réflexion sur le référent, la raison, la méthode, les fondements : raison pratique, droit naturel ou rationnel, morale, analyse économique, application de la loi à la lettre, etc. : le « raisonnable », considération microjuridique impliquant la référence à un comportement considéré comme normal par un juge suppose l'appel au rationnel, considération macrojuridique sur le sens du droit, mais pas nécessairement.

Quel est, alors, ce « raisonnable », la méthode permettant d'y parvenir ? Nous avons tenté de montrer que la considération d'une tendance philosophique ne résout rien à moins de reconnaître un principe de discutabilité des arguments devant une institution, un juge le plus souvent (v. *supra*, n° 18). Mais on peut, « raisonnablement », considérer, que l'appel au raisonnable, tout comme la considération d'une norme « raisonnable », emporte l'application d'une méthode :

- qui tient compte en général et en premier d'une situation *in abstracto* : est raisonnable le comportement que notre *homo juridicus*, bon père de famille ou « *reasonable man* », sur la base d'un standard juridique qui n'est pas sans rappeler une coutume à évolution permanente ;

- qui tient compte, en second, de la situation étudiée, *in concreto* donc : la situation de notre *homo juridicus* est-elle bien adaptée à la situation concrète, en raison, du danger, du moment, de l'urgence, de la nécessité, etc., à laquelle il est soumis par exemple ;

- qui tient compte des circonstances, des usages, de l'équité, de la bonne foi des parties, de l'environnement juridique, économique, sociologique, des justifications apportées ;

- qui tient compte éventuellement de la conception que l'interprète se fait de la morale ou de l'équité, qui est bien sûr variable et proprement circonstanciée mais

62. Cf. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., à propos de la *Somme théologique*.

qui permet par exemple et à l'instar du droit américain ou anglais, de prendre en compte des arguments d'analyse économique du droit, au-delà de la simple morale : un magistrat profondément versé dans la théologie se demandera si la décision qu'il va rendre, il la rendrait à l'égard de son enfant, un magistrat économiste s'intéressera aux conséquences en termes d'utilité de sa décision, un magistrat de gauche sera sensible à des arguments sociaux, un magistrat de droite sera à l'écoute d'un besoin de liberté, de sécurité, de respect des conventions, etc. ;

– qui enfin et surtout est le résultat d'une discussion ouverte, d'un débat, soit en amont par la négociation, soit en aval par un procès, dans lequel tous les éléments de discussion sont susceptibles d'être présentés et discutés, y compris ceux portant sur les conditions et les effets de cette norme ;

– que la norme qui en résulte est une norme d'interprétation, une norme jurisprudentielle.

On admettra alors, mais à regret, qu'il n'est pas certain que le système processuel français ne le permette de manière systématique et notamment dans le procès civil, complexe, souvent technique et soulevant parfois des enjeux considérables. D'une part tous les éléments de discussion ne sont pas recevables, ni même écoutés, notamment la question constitutionnelle, en attendant la mise en œuvre, limitée dans les projets, de l'exception d'inconstitutionnalité, mais aussi parce que la combinaison du principe « dispositif » du procès du principe du contradictoire n'est finalement pas si bien mise en œuvre qu'elle est présentée dans le Code de procédure civile ou pénale. Il serait trop long de l'évoquer ici, mais la question est hélas bien connue des praticiens : les débats oraux ne permettent pas un jeu de questions/réponses entre les avocats, le juge n'est pas toujours impliqué dans un dossier qu'il découvre parfois le jour de l'audience, la défense dans le procès pénal conserve une place congrue, etc., sauf sans doute dans le procès arbitral – il est de bon ton de critiquer la justice privée, mais ses praticiens ne cessent, avec raison, de vanter les mérites d'une discussion ouverte, crédible, véritablement contradictoire, etc., dans le procès arbitral –. Ce n'est donc pas le « raisonnable » qui encourt la critique dans le système judiciaire mais plutôt la manière dont la justice est ordonnée, grâce soit rendue aux magistrats bien entendu, sans doute face à un déficit de formation, de temps ou de moyens.

Il est clair en outre que, à la différence d'autres systèmes processuels, américains par exemple, mais aussi le système communautaire ou européen des droits de l'Homme, ou les règles arbitrales, que le juge ne donne pas les raisons de ses décisions, qu'il n'apparaît jamais (il faudrait ici aussi le vérifier) une formule du type : « il serait déraisonnable d'appliquer la loi de telle manière » ou à l'inverse « il est raisonnable de considérer que (...) », et qui en expliquerait les raisons, sauf de manière exceptionnelle (et que je n'ai pas rencontrée). Cette appréciation transparaît en réalité dans la décision et ce sont généralement les commentateurs, la doctrine, par une complicité non dite, qui relèvent ce type d'arguments, à la façon des arrêtistes de l'Ancien régime.

25. Conclusion. Qu'est-ce que le « raisonnable » à la fin de cette étude ? On ne le sait toujours pas avec certitude, avec précision : une méthode, fondée sur la discussion d'arguments dans le cadre d'un débat, le plus souvent juridictionnel,

permettant de mettre en scène la norme applicable, donnant toute sa place, alors, à la jurisprudence et son pouvoir créateur, sur la base de standards juridiques extrêmement répandus et usuels qui assurent la vie du droit, sa conformité avec des valeurs d'une part et l'état accepté de celles-ci. L'enjeu, en définitive, est tout simplement la réalisation de l'État de droit, de la démocratie, non pas dans les traités, dans les enceintes constitutionnelles ou à l'Assemblée nationale, mais dans tous les prétoires, pour autant que son existence soit admise, que les moyens processuels soient adaptés à son expression, ce qui n'est, hélas, pas le cas – en tout cas pas pleinement –, aujourd'hui en France. S'ouvre alors un champ très vaste, déjà très largement peuplé d'ailleurs, sur les buts et les fondements du droit : organisation de la vie en société, droit au bonheur ? Vive le droit au bonheur.