

SOMMAIRE

Pierre-Paul Prud'hon, *Le commerce*



1^{ère} leçon :

Les outils de l'analyse économique du droit

p. 2

2^{ème} leçon :

Analyse économique des contrats

p. 30

3^{ème} leçon :

Analyse économique du droit des contrats

p. 53

4^{ème} leçon :

Les perspectives de réforme du droit des contrats

p. 87

Table des auteurs

p. 105

Pierre-Paul Prud'hon, *La richesse*



Simon Vouet, *La richesse*

1^{ère} leçon :

Les outils de l'analyse économique du droit

Posez vous la question suivante :

Si la Loi est le socle du droit, pourquoi vous a-t-on fait commenter davantage d'arrêts de Cour de cassation que d'articles de loi ?

Sommaire bibliographique

- V. Forray, La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes, *RTD Civ.* 2009 p. 463 p. 3
- R. E. de Munagorri, L'analyse économique est-elle une source du droit ?, *RTD Civ.* 2006 p. 505 p. 10
- R. H. Coase, The problem of social cost, *Journal of Law and Economics*, oct. 1960, p. 44 p. 12
- N. Eber, Présentation par son auteur de l'ouvrage "Le dilemme du prisonnier", *Editions La Découverte, collection Repères (n° 451), et quelques idées pour son utilisation dans l'enseignement* p. 16
- R. Decoings, Avant-Propos, *LPA 19/05/2005*, p. 4 p. 18
- B. Deffains, Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, *LPA 19/05/2005*, p. 6 p. 18
- M.-A. Frison-Roche, L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, *LPA 19/05/2005*, p. 15 p. 22
- G. Canivet, La pertinence de l'analyse économique du droit : Le point de vue du juge, *LPA 19/05/2005*, p. 23 p. 27

Vincent Forray, La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes, RTD Civ. 2009 p. 463

En France, depuis plus de cent ans, la jurisprudence est le plus souvent comprise comme un ensemble de décisions de justice. En un sens technique, elle est « la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit » (1). Elle figure au rang des autorités (2) ou des sources du droit (3).

Pendant longtemps - plus de dix siècles - on entendait autre chose derrière le mot « jurisprudence » : la science du droit, l'activité savante dont résulte la connaissance propre aux juristes. Ce lien qui unit la jurisprudence à la connaissance juridique a peu varié depuis le Digeste (4) jusqu'aux répertoires des 18 et 19 siècles (5) ; le dictionnaire Littré en porte encore la marque en 1874 (6). Le changement s'amorce à la fin du 19 siècle.

Chacun ressent alors la nécessité de puiser le droit à une autre source que la loi (7). Le code, les codes ont vieilli (8). Plus généralement, le commentaire des lois ne permet que de saisir un droit enchaîné dans des formes qui paralysent son progrès (9). Or le droit doit se transformer au gré des évolutions du monde social et scientifique. Le droit nouveau sera à découvrir dans les solutions rendues par les tribunaux. La science du droit entreprend de redéfinir son objet et ses méthodes (10). Elle devient la « doctrine » qui trouve dans la jurisprudence son « principal objet d'étude » (11). Celle-ci ne peut plus alors être « science ».

L'opposition entre le concept nouveau et le concept ancien s'accroît au cours du 20 siècle : la jurisprudence se formalise. Le monopole de la production du droit par l'Etat trouve une suite naturelle dans le critère formel des normes : le caractère juridique d'une norme se déduit de son origine institutionnelle. Positivismisme aidant, les règles juridiques peuvent être ordonnées selon la hiérarchie des sources du droit. La jurisprudence trouve progressivement sa place dans le système. Au fil des pages de doctrine, les arrêts des juridictions suprêmes se glissent dans la structure pyramidale du droit. La jurisprudence, comme la loi, est identifiable par sa forme. Malgré certaines réticences au nom de l'article 5 du code civil (12), le mouvement est irrésistible. Le juge est un créateur de normes (13) et, à cet égard, la jurisprudence est une source du droit (14).

En somme, la jurisprudence est, aujourd'hui, une donnée objective du droit - la production de celui qui dit le droit - alors qu'elle était, hier, affaire de science - l'activité de celui qui réfléchit sur le droit.

Ce changement de signification du mot « jurisprudence » reflète un changement de fonction du concept. Dans son acception contemporaine, la jurisprudence concourt à la création du droit positif. La fonction normative du phénomène jurisprudentiel place celui-ci au centre de l'étude doctrinale comme, au 19 siècle, la codification du droit a mis la loi au centre de la science juridique. Dans son acception historique en revanche, la jurisprudence n'a pas de fonction normative ; elle n'est pas rattachée à une quelconque théorie des sources du droit. Elle sert à situer le savoir des juristes dans l'ordre des connaissances. Elle incarne une certaine conception de l'acquisition et de la progression de la science juridique, une science qui ne dépend pas d'une identification formelle de son objet. Historiquement, la jurisprudence a une fonction d'épistémologie juridique (15).

Sous cet angle, la jurisprudence appelle une analyse à un moment où la perception du droit qui s'impose depuis le 19 siècle subit de profondes modifications. Le concept historique de jurisprudence peut intéresser à une époque où la théorie des sources formelles du droit est en crise, crise qui, précisément, affecte le savoir des juristes.

La crise de la théorie des sources est essentiellement celle du critère formel du droit. Ses manifestations sont nombreuses : régression de la loi dans l'ordre normatif interne (16), croissance des règles produites indépendamment du processus législatif national (17), difficulté à évaluer la positivité du droit dans des domaines tels que le commerce international (18) ou même national (19). D'une manière générale, la complexité du droit dispute aujourd'hui à l'image simple que véhicule la théorie des sources (20).

Au plan de la connaissance juridique, le recul du critère formel se traduit par un changement de représentation du droit. Le phénomène juridique ne se manifeste plus de manière assez cohérente pour que suffise la mise en forme des sources du droit que l'on connaît dans les facultés. En d'autres termes, le critère formel du droit, garant de la positivité du droit, ne peut plus servir de critère d'identification et de présentation de l'objet étudié (21).

Ce changement invite à une rupture dans les modes d'acquisition et de progression du savoir juridique. La réponse à une question en droit ne se satisfait plus de la connaissance synthétique du droit positif ; le droit ne peut plus être maîtrisé par la connaissance exhaustive de ses sources. La croissance du savoir juridique se trouve confrontée à de nouveaux obstacles (22). Ce constat agite la pensée juridique qui éprouve les limites des représentations positivistes ou formalistes du droit (23) et se trouve confronté à la complexité du phénomène juridique contemporain (24). Les travaux de recherche empruntent alors deux voies. La première est celle d'une approche renouvelée de l'objet droit par une recherche de contenu (25) ou par l'étude des rapports qu'entretiennent les différents systèmes juridiques (26). La deuxième conduit à une rupture plus franche avec l'objet droit et, corrélativement, à un repli vers la science qui l'étudie (27). Passé le temps de la formalisation du droit (re)viendrait celui de la science du

droit (28). Cette seconde voie peut être explorée par l'étude critique du concept de jurisprudence (29).

Il s'agit d'abord de revenir sur sa réduction historique qui l'a installée dans sa fonction normative. Au terme de cette réduction en effet, les juristes ont le plus souvent organisé leur savoir autour de la théorie des sources et, en corollaire, réduit excessivement leur objet scientifique. Il est possible, aujourd'hui aussi bien qu'hier, de comprendre la jurisprudence comme ce qui constitue le savoir propre aux juristes ; comme ce qui constitue non pas le droit mais la connaissance relative au droit. Il est facile alors de se détacher de la présentation du droit ordonnée selon ses sources et d'imaginer une science juridique qui progresse indépendamment de son objet. Nous nous attacherons donc à comprendre la transformation du concept de jurisprudence ; sa métamorphose, avant de proposer un retour aux origines du concept ; une récurrence.

Métamorphose

La métamorphose du concept de jurisprudence s'opère en deux temps. La jurisprudence est d'abord redéfinie par la science du droit en considération de la hiérarchie des pouvoirs et des sources qui culmine au moment de la codification ; la jurisprudence se sépare ensuite de la science du droit ce qui influence durablement les modes d'acquisition du savoir juridique. La conception nouvelle de la jurisprudence prépare son émancipation.

La conception nouvelle de la jurisprudence

La conception nouvelle de la jurisprudence est le résultat de deux ruptures. La première se produit au 18 siècle et s'accroît brutalement au moment de la codification. La supériorité de la loi civile, nouvellement mise en forme, fait que la connaissance du droit se réduit progressivement à la connaissance de la loi - le principal - et de l'interprétation qu'en donnent les tribunaux (la jurisprudence) - l'accessoire. La seconde rupture est une réaction scientifique. La jurisprudence devient, sous la plume des docteurs, l'antidote au vieillissement du droit codifié à la fin du 19 siècle. Elle se sépare hermétiquement de ce qui devient la doctrine et qui se donne alors un objet d'étude durable. La jurisprudence est le produit d'une rupture au sein des sources du droit et d'une rupture avec la science du droit.

Première rupture

Le mot « jurisprudence » désigne plusieurs choses dans les répertoires (de *jurisprudence*) du 18 siècle. Ce qui les rassemble tient dans la recherche des solutions en droit. A cet égard, le concept conserve ses liens avec le Digeste et recouvre les activités de production des connaissances juridiques. La jurisprudence des arrêts ou des tribunaux se singularise néanmoins. Elle apparaît à ce moment plus proche d'une règle de droit que de la prudence des jurisconsultes, non pas en raison de sa structure mais de son autorité. On la conçoit comme l'expression d'un pouvoir ; celui de dire le droit. Or, dire le droit, la loi s'en charge désormais. La jurisprudence est rabaisée dans la hiérarchie des normes naissante parce qu'elle incarne une conception ouvertement concurrente à celles des Lumières, de la Révolution, de la codification (30).

La jurisprudence est inutile. Le droit s'exprime sous forme de loi, le rationalisme l'assure (31). Il est déterminable *a priori* et s'ordonne en un système (32). Le droit positif, construit sur ce modèle, préexiste à la décision du juge. Celui-ci ne fait qu'appliquer cette loi à l'espèce qu'il doit trancher ; au mieux, il la concrétise (33). La recherche de ce qui est juste ou pas (34) est l'affaire du législateur, pas du juge.

La jurisprudence est incertaine. Habitude de juger propre à « chaque pays ou chaque tribunal », elle emporte un droit relatif et morcelé. Au contraire, le droit promis par la Révolution est absolu puisque fondé en raison. Le droit intermédiaire prétend à l'uniformité (35) ; la codification produit un droit unifié (36), « ultime garant du lien social » (37). Au fond, c'est l'approche casuistique (38), empiriste (39), réaliste (40) de la justice proposée par la jurisprudence que l'on rejette au profit d'une justice qui, abstraite et générale, emprunte la forme de la loi (41).

La jurisprudence est complexe. Le droit jurisprudentiel est un droit savant, peu accessible aux citoyens qui n'en font pas l'étude (42). Au contraire, le droit nouveau doit être compris par tous. La loi, pas la jurisprudence, dispose de cette capacité. Par ailleurs, les solutions de la jurisprudence des arrêts doivent être repérées et extraites de la masse des décisions ; personne ne garantit leur pérennité. La complexité signifie le désordre et conduit à l'insécurité juridique quand la loi promet l'ordre et la sécurité ainsi qu'un droit simple et accessible à tous.

La jurisprudence est illégitime. « Dès lors que la souveraineté a été restituée à la nation, la jurisprudence n'a plus aucune raison d'être » (43). L'autorité de la règle de droit ne vient pas de ce qu'elle exprime le droit mais de ce qu'elle est règle ; et règle légitime parce qu'expression de la volonté générale (44). Voilà qui exclut la jurisprudence des sources du droit en tant qu'opinion du juge (45). Produit d'une volonté individuelle, la jurisprudence est arbitraire (46).

Globalement, le droit se conçoit au début du 19 siècle comme un phénomène de pouvoir. Il est positif, formel, volontariste. Positif, le droit s'impose aux individus dans un cadre déterminé : l'Etat. La loi civile se comprend d'abord au travers de son champ d'application (47). Formel, le droit est la loi ; la loi est une procédure.

Volontariste, le droit est le produit de la nation, incarnée par ses représentants, dépositaires de la volonté générale.

Le concept de jurisprudence subit une réduction formidable. Phénomène juridique, la jurisprudence est liée à un pouvoir subordonné : le pouvoir judiciaire (48). La jurisprudence dont on parle est forcément celle des arrêts. L'idée même de droit présuppose la mise à l'écart de la jurisprudence comme savoir. Et si la jurisprudence est l'exercice du pouvoir judiciaire, elle n'est qu'une application de la loi aux cas concrets. L'activité jurisprudentielle, quant à elle, évolue entre les articles 4 et 5 du code civil. Le concept de jurisprudence trouve sa limite dans la fonction judiciaire.

L'étude de la jurisprudence n'est alors plus une condition de la connaissance du droit. Le droit, c'est la loi ; l'étude du droit signifie l'étude de la loi (49). Les savants sont des commentateurs de Code civil, ils l'enseignent. La jurisprudence l'applique. Au mieux donc, les solutions judiciaires constituent des illustrations des connaissances législatives.

Au terme de cette première rupture, la jurisprudence des arrêts est déconnectée des modes de production du droit. L'ambiguïté demeure s'agissant de la jurisprudence - science du droit (50). Mais, à ce moment, et jusqu'aux alentours de la Restauration, les rapports de la jurisprudence des arrêts et de la science mobilisent peu l'attention des savants. L'intérêt va croissant au cours du siècle jusqu'à la seconde rupture, entre la jurisprudence et la science.

Seconde rupture

Le produit de cette rupture est bien connu : la séparation opérée à l'extrême fin du 19^e siècle entre la doctrine et la jurisprudence ; ce sera le temps de l'émancipation de la jurisprudence. On ne verra plus guère alors, derrière le mot jurisprudence, la science du droit puisque celle-ci s'incarne désormais en la doctrine (51). La rupture est consommée lorsque s'écrivent les manifestes de la « libre recherche scientifique ». Elle résulte, pour une part importante d'une réaction scientifique plus précoce, qui débute presque au lendemain du code (52).

Les interprètes du 19^e siècle furent légalistes par obligation, pas par conviction, et ils ont tôt fait de considérer le code comme un objet scientifique (53). Celui-ci, formel, se livre à merveille à la connaissance. Tant que dure le légalisme - la foi en ce que la loi est première dans les sources du droit - les docteurs peuvent exercer leur science dans une relative quiétude épistémologique, sans être confrontés au problème de la définition de leur objet. La convention qui existe sur ce dernier explique la perception unitaire que l'on a pu avoir de la pensée juridique à ce moment. Cela ne veut pas dire que les interprètes s'entendent sur la manière d'étudier le droit positif. Ils s'interrogent sur la manière d'exposer le droit (54), sur la portée de l'interprétation, autant que sur les méthodes proprement dites. La volonté de ne pas confondre l'interprétation du Code et la science du droit conduit un petit groupe dissident (55) à créer la revue *Thémis*, fille française de l'école historique allemande (56) ; l'ambition d'appliquer les méthodes de cette école afin que vive une science du droit nouvelle, nourrissant son étude de la législation par l'histoire et le droit comparé, donne naissance à la Revue historique de droit français et étranger (57). Ce sont des exemples, parmi d'autres, représentatifs de l'ambition scientifique qui agite la pensée juridique du 19^e siècle.

Cette ambition explique le flottement sémantique du mot « jurisprudence » à cette époque. Celui-ci désigne la jurisprudence des arrêts - la rationalisation des décisions de justice - lorsque la *Thémis* publie des tableaux de jurisprudence (58) ; il signifie encore science du droit sous la plume de Laboulaye (59).

La réaction scientifique esquissée en 1819 (60) prépare l'autonomie de la doctrine par rapport à la jurisprudence et annonce la rupture qui survient, symboliquement, en 1899. Génys publie *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* et Planiol, le *Traité élémentaire de droit civil*. Le premier offre en remède à la loi vieillissante une nouvelle méthode. Il faut élargir le droit là où l'exégèse des codes l'a réduit. Génys s'inscrit alors dans la lignée de la réaction scientifique des auteurs du 19^e siècle. Il ne conteste pas l'ordre des sources formelles, mais souscrit à l'idée que la loi ne contient pas tout le droit qu'appelle l'évolution de la vie sociale ; à la doctrine revient la mission de chercher le droit (61). Elle utilisera la jurisprudence, celle des arrêts, qui garantit l'adaptation du droit aux besoins sociaux (62).

Planiol situe la question sur un autre plan, celui de la théorie des sources du droit (63). Celle-ci est exposée au tout début du *Traité* (chap. 1, § 3 et chap. IV, § 2) ; la coutume vient en premier, et la jurisprudence est la coutume (64). Source du droit, elle s'élève au niveau de la loi (65).

À la charnière des 19^e et 20^e siècles, les ruptures théoriques opérées dans l'ordre des sources du droit et dans l'ordre des méthodes du droit se conjuguent pour forger un nouveau concept de jurisprudence. Issue des recueils de décisions de justice et non plus des livres des juriconsultes, elle est révélée par la doctrine. Celle-ci acquiert une nouvelle légitimité et se donne un nouvel objet (66). La théorie de la connaissance juridique connaît un changement radical ; la jurisprudence est prête pour son émancipation.

L'émancipation de la jurisprudence

À la charnière des 19^e et 20^e siècles, l'émancipation de la jurisprudence apparaît comme la condition d'un nouveau droit, un droit vivant, révélé par une science libérée des méthodes abstraites ; celles de l'exégèse. Les nouvelles méthodes

d'interprétation appliquées à l'activité judiciaire doivent régénérer le droit positif (67). La jurisprudence se conçoit donc, avant tout, comme un outil méthodologique. Elle offre l'opportunité de relier le droit au fait, lien rompu par l'excès d'abstraction que l'on impute aux commentaires du code civil ou à la jurisprudence des concepts.

Plus fondamentalement, la pensée juridique s'enracine aux grandes thèses épistémologiques de l'époque. Le temps est à la science et le couple observation - expérimentation commande à l'acquisition du savoir. Toute discipline scientifique doit pouvoir revendiquer le critère empirique. L'argument sociologique pèse alors lourd dans les théories juridiques naissantes, par ailleurs extrêmement différentes. Réalisme et empirisme fournissent les axiomes de la jurisprudence des intérêts, du mouvement du droit libre, de la libre recherche scientifique, de la nouvelle méthode historique, du positivisme sociologique, du nouveau droit naturel... La jurisprudence des arrêts forme le terrain d'étude ; la jurisprudence est une source réelle du droit. Par elle, la doctrine se libère du légalisme dans l'ordre des méthodes et des connaissances. Une révolution scientifique pluraliste s'annonce (68). Elle doit amener la doctrine à une place pas si éloignée de celle des juriconsultes romains à ceci près que la doctrine doit révéler le droit au travers de la jurisprudence et non pas être la jurisprudence.

Un siècle plus tard, on sait que la révolution n'a pas eu lieu. Il semble que le bouillonnement de la pensée juridique de cette époque n'ait été que le prélude à une singulière réduction de l'objet de la science juridique française, réduction dont la formalisation de la jurisprudence apparaît comme une cause.

La formalisation de la jurisprudence : construction de l'objet scientifique

La séparation de la doctrine et de la jurisprudence conduit à l'objectivation de celle-ci, gage de ce qu'elle peut être étudiée scientifiquement, livrée à l'observation du docteur. Pour devenir un objet, la jurisprudence doit acquérir certains attributs qui permettent de l'identifier indépendamment de la qualité de celui qui l'observe (le sujet), raison pour laquelle elle va obéir, comme la loi, à un critère formel.

Inévitablement alors, la question se pose de savoir si la jurisprudence est une source formelle du droit. Ceux qui entendaient précisément s'éloigner d'une telle interprétation, trop proche du formalisme (légalisme) prêté à l'exégèse, doivent paradoxalement résoudre cette question. Celle-ci vient rapidement sous la plume de Génys (69). Il répond en distinguant concrétisation et abstraction. Il y a pouvoir prétorien, nous dit-il, en ce sens que le juge dispose, « à propos des procès » d'une capacité de création juridique, « d'une façon toute concrète et sans en tirer, nécessairement du moins, de conséquence pour l'avenir ». En revanche, il serait impossible de reconnaître un pouvoir prétorien sous une forme abstraite, c'est-à-dire « de mettre la jurisprudence moderne, prise en soi et comme autorité, au rang des sources formelles de notre droit privé positif ». La hiérarchie des pouvoirs s'y oppose. Ainsi, la jurisprudence sera autorité, source réelle ou matérielle du droit.

Une telle position se modifie au cours du 20^e siècle. L'idée s'insinue de ce que la jurisprudence des arrêts doit être inscrite au rang des sources formelles ; idée que renforce une tendance lourde : l'orientation nettement positiviste de la doctrine.

Le positivisme juridique s'impose rapidement et durablement. La notion de source y occupe une place capitale, jusqu'à structurer la connaissance de la matière juridique (70). Le droit est assimilé à la règle posée et sanctionnée par l'Etat (71) ; précisons : la règle issue d'une procédure prédéterminée (72). Le critère formel satisfait pleinement aux postulats positivistes parce qu'il permet d'identifier facilement le droit en question (73). Ainsi, la question de l'origine du droit - sa source - répond alors aussi à celle de sa définition : est de droit la règle conforme au mode de production prédéterminé des règles juridiques. On comprend que la présentation dualiste des sources - sources réelles, sources formelles - inspirée par l'école historique (74) s'efface puisque « l'Etat est l'unique source du droit » (75). La hiérarchie des normes kelsenienne est, elle aussi, moniste (76).

Le critère formel qui domine les conceptions positivistes rassure sur la scientificité de la connaissance du droit positif (77) et assure le succès de la représentation pyramidale (78).

Le juge participe à la croissance du droit mais ne peut plus être « source réelle » puisque cette notion est inopérante en droit positif. Il est alors excessivement difficile d'isoler la jurisprudence de la théorie des sources (79). Pour tenir sa place, la jurisprudence doit être une source formelle du droit. « La théorie des sources du droit ne favorise pas seulement la constitution d'une notion de jurisprudence, prenant la suite de l'ancienne image bien vague. Elle impose un formalisme généralisé... Comme la loi - le modèle des sources du droit -, la jurisprudence doit répondre à un critère formel » (80).

Le critère formel permet encore de contourner l'objection selon laquelle le juge n'a que le pouvoir d'appliquer des règles préexistantes - les normes juridiques - mais pas de les créer. La décision de justice ne pourrait pas être ramenée à la structure de la règle de droit qu'elle interprète et à laquelle elle est soumise (81). Le concept de norme individuelle balaye l'objection (82) : le juge crée bien des règles de droit. Leur champ d'application est plus étroit que les normes générales mais leur force obligatoire est identique ; elles ont la même nature juridique, la même structure. Le juge dispose d'un pouvoir créateur de norme qui ne vient pas en contradiction avec l'article 5 du code civil. Les décisions de justices sont autant de sources formelles du droit.

La seule controverse qui demeure tient sur le point de savoir si l'accumulation de

décisions de justice convergentes fait, formellement, jurisprudence, autrement dit si la jurisprudence des arrêts est source de règles abstraites et générales. La discussion est nourrie, des civilistes (83) à la doctrine de droit public (84) ; elle est constante chez les théoriciens du droit. Toujours vivace, cette controverse n'intéresse qu'assez peu le point de vue épistémologique. Dans l'ordre des connaissances, il est acquis que la jurisprudence est source du droit. L'étude de la jurisprudence est une étude de droit positif ; le savoir des juristes s'organise autour de la jurisprudence.

L'étude de la jurisprudence : la réduction de l'objet scientifique

Dans le *Supplément au Traité* de Baudry-Lacantinerie, Bonnesse évoque « la supériorité de la jurisprudence s'affirmant par la note d'arrêt dans l'élaboration du droit civil ». Il discute cette idée s'appuyant sur le caractère fragmentaire de la jurisprudence, impropre donc à constituer un système (85). Mais la phrase citée contient une autre idée selon laquelle la doctrine place la jurisprudence haut dans la hiérarchie des objets de connaissance juridique. L'évolution des travaux doctrinaux en témoigne : l'importance accordée à la jurisprudence croît corrélativement à la progression de l'idée selon laquelle elle constitue une source formelle du droit. Dans un système si perméable au formalisme juridique, il n'est guère surprenant que les sources du droit soient aussi sources du savoir.

Les décisions de justice ne sont pas seulement présentées comme une application d'une règle valide. Elles constituent du droit positif : connaître le droit, c'est connaître les règles et les arrêts des juridictions suprêmes sous peine de ne pas réussir ses examens à la faculté. Sur le plan strictement doctrinal, les notes d'arrêts et les commentaires d'arrêts portent la marque de leurs auteurs lorsqu'ils parviennent à l'entendement des juristes. *Méthodologiquement*, la jurisprudence est une source formelle du droit en ce sens qu'elle est traitée comme telle par la doctrine ; elle est un objet scientifique au même titre que les règles générales et abstraites qui constituent le système de droit.

L'activité doctrinale consiste, pour une part importante, à étudier la jurisprudence. Il s'agit d'abord de faire l'exposé utile des solutions judiciaires (86). Il s'agit, ensuite, de détecter les décisions authentiquement jurisprudentielles, c'est-à-dire celle dont on peut percevoir la portée normative (87) (il y a là encore une question de sources !). Enfin, le savoir juridique est nourri par la rationalisation de la jurisprudence des arrêts. En écho au programme d'Adhémar Esmein, les systèmes voilés par les faits doivent être révélés et les solutions mises en cohérence avec les autres normes qui forment l'ordre juridique. A cet égard, une différence de méthode s'observe entre ceux que l'on pourrait nommer les arrétistes et ceux qu'on appellerait les commentateurs (88).

Les premiers ont étudié le droit dans les facultés du 19^e siècle. Leurs maîtres interprétaient le code, eux-mêmes furent parfois des exégètes. Ils étudient la jurisprudence dans son aspect « fragmentaire » (89), comme autant d'hypothèses d'application ou de non-application des principes (90). L'exposition des solutions sert à concrétiser une règle abstraite ou à éprouver un système qui est *en-dehors* de la jurisprudence et qui englobe la loi et son interprétation par la doctrine.

Les seconds, les commentateurs d'arrêts, formés par ceux qui critiquèrent l'interprétation du code, se chargent au contraire de déceler les systèmes *dans* la jurisprudence. Perçue comme une condition de la connaissance du droit, la jurisprudence contient les règles qui commandent les solutions passées et futures. Progressivement au cours du 20^e siècle, la décision de justice se hisse au côté de la loi en tant qu'objet étudié (91). Mais le réalisme qui présidait à la réflexion doctrinale sur la jurisprudence n'a eu aucun succès chez les civilistes français (92). La doctrine concourt très largement à formaliser la jurisprudence mais discute peu la hiérarchie des sources, ce qu'une approche réaliste impose pourtant. Demogue avait adopté une telle posture dans Les notions fondamentales, ce qui lui a valu les accusations que l'on sait (93). Ainsi les méthodes ne sont pas celles du réalisme et demeurent finalement proches de celles déployées lors de l'étude de la loi (94). « Au fur et à mesure que les décisions devenaient plus nombreuses ..., leur signification même a changé dans l'esprit des auteurs ? Ils n'y cherchent plus un simple aspect de la réalité juridique, des cas et des raisons de décider ; ils prétendent y trouver des solutions préfabriquées » (95). L'attitude doctrinale est à peu de choses près identique qu'il s'agisse d'une loi ou d'un arrêt d'une juridiction suprême à commenter : il s'agit d'une donnée objective (96) du droit à partir de laquelle on sauvegarde ou on construit des systèmes.

La méthodologie à l'oeuvre dans l'étude de la jurisprudence doit ici être liée à celle qui domine l'activité doctrinale au moins depuis les années 1880 (97) : la construction de théories générales (98). Situées dans le prolongement, paradoxalement parfois (99), du pandectisme, les théories générales promeuvent ce que l'on peut qualifier d'épistémologie empiriste : la connaissance du droit passe par la découverte progressive de la réalité ou vérité juridique dont les sources formelles ne sont que les parcelles, les éléments visibles d'un système que la doctrine peut révéler.

Les méthodes contemporaines d'étude de la jurisprudence ont fait fructifier cet héritage. Les théories, les systèmes ou les principes s'épanouissent sous la plume des docteurs, au fil des commentaires de décisions. Une telle attitude emprunte au juralisme des modernes l'idée selon laquelle la règle préexiste au cas qu'elle résout et ainsi que le droit peut être formulé de manière générale et abstraite. Au terme d'une démarche inductive, la règle se dessine ; un énoncé à vocation universelle inféré d'énoncés singuliers. Ajoutons - ce qui est en apparence un paradoxe (100) - que cette démarche témoigne également d'une adhésion

fondamentale au positivisme juridique. La conception objective de la jurisprudence qui fait l'intérêt de son étude repose sur une conception des sources formelles du droit indissociable du positivisme. C'est parce que la jurisprudence est un matériau de droit positif que les théories élaborées à partir de celle-ci ont une forte propension à la positivité ; les théories générales prétendent à être descriptives d'une réalité (101). Par là, l'édification de théories générales rejoint la proposition de Kelsen : l'interprétation non authentique a pour but la connaissance de son objet. Ajoutons que pour être connaissable cet objet doit pouvoir être défini avec une marge de certitude suffisante - le critère de positivité. On en revient à la renaissance de la jurisprudence : émancipée, formalisée ; elle est un objet de connaissance.

Cette évolution appelle une critique en quatre points.

(1) L'évolution du concept de jurisprudence se traduit par une réduction du champ de la connaissance juridique. On le conçoit facilement si l'on admet le processus de formalisation de la jurisprudence ; la critique rejoint celle du légalisme dans ses versions radicales, critique qui dénonce la réduction du droit à la loi (102). L'incarnation la plus éclatante de cette critique est probablement dans De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit (103).

(2) L'évolution du concept de jurisprudence conduit à des confusions au plan de l'acquisition des connaissances. Les théories générales se mêlent avec le droit positif au point que, parfois, celui qui reçoit la connaissance n'a plus les moyens de distinguer ce qui relève de la théorie et ce qui n'en relève pas (104). Cette confusion apparaît comme une conséquence de l'assimilation de la jurisprudence à une source du droit. Dans un tel système, une théorie générale est le meilleur instrument pour saisir le droit positif en un tout dont les parties se trouvent dans la jurisprudence des arrêts.

On remarque alors à quel point l'exclusivité de ces théories brouille l'acquisition des connaissances juridiques. L'exposition de théories générales construites à partir des décisions jurisprudentielles conduit à exclure les hypothèses ou les cas qui paraissent s'y opposer. Ne comprenant le droit que par l'intermédiaire d'une théorie, le juriste ne concevra pas les argumentations qui, demain, doivent servir des causes à l'envers de la théorie. Il faudrait pour cela une nouvelle théorie. A l'extrême, une telle méthodologie masque la dimension conflictuelle du droit. Elle substitue au chaos des conflits d'intérêts l'ordre des synthèses de jurisprudence.

(3) La méthode inductive que requiert la construction de théories générales à partir de la jurisprudence appelle une critique. Ces théories établissent un principe général de solution à un problème juridique à partir d'une somme de solutions particulières. Cette méthode se fonde sur le fait que le principe en question est *vérifiable*. La solution donnée dans le futur par le juge à un problème similaire fournit le test. S'il statue dans le même sens, la théorie est vérifiée ; s'il statue en sens inverse la théorie est bouleversée. L'interrogation qui touche une telle méthode dans l'épistémologie vaut également s'agissant de la science juridique : le savoir progresse-t-il au gré de la succession dans le temps de théories vérifiées, c'est-à-dire de propositions universelles confirmées par un grand nombre de situations particulières ? Karl Popper répond négativement, estimant que le savoir progresse au gré de l'élimination des erreurs et non par une multiplication des confirmations des théories. Une proposition scientifique vaut par sa propension à être discutée ce qui condamne la méthode inductive (105). Si l'on s'accorde à reconnaître l'existence de la méthode inductive dans le domaine du droit, on doit aussi admettre qu'elle est critiquable.

(4) L'évolution du concept de jurisprudence a pour corollaire une certaine passivité de la doctrine face à son objet. Une part essentielle de l'activité doctrinale tourne autour de la norme jurisprudentielle à étudier (106). De ce fait, chacun est placé dans une situation d'attente permanente : la prochaine norme ; le prochain arrêt de la Cour de cassation qui fournira l'objet scientifique.

Au plan institutionnel, ceci pourrait expliquer que certains enseignants-chercheurs ne conservent avec leur faculté qu'un lien modeste, désireux d'éprouver leur savoir autrement que sur des décisions déjà rendues mais en pesant sur celles qui seront rendues demain, au service de tel ou tel intérêt.

La renaissance de la jurisprudence, c'est-à-dire sa formalisation par les savants, a pour corollaire une réduction de l'objet scientifique de ceux-ci. Le pari inverse pourrait être tenu : le retour à une conception moins formelle de la jurisprudence doit favoriser l'éclosion d'un objet scientifique renouvelé et plus fécond ; tel est l'enjeu de la récurrence.

Récurrence

« Remonter à l'origine » (107) du concept de jurisprudence doit permettre de résoudre le problème posé dans cette étude : comment re-penser les modes d'acquisition et transmission du savoir juridique à un moment où la représentation du droit se modifie ? L'interrogation peut-être formulée plus simplement : comment se détermine la connaissance juridique lorsque le critère d'identification du droit perd son efficacité ? Il faut que les modes d'acquisition de la connaissance du droit - les méthodes - soient détachables de la définition contingente du droit.

Le concept de jurisprudence offre des éléments de réponse. Son histoire montre que la connaissance irréductiblement juridique peut se passer d'un critère fiable d'identification du droit. Il revient précisément à la jurisprudence - savoir sur le droit - de concourir à la constitution du droit en dégageant des solutions au cas

par cas. Au Digeste, Ulpien écrit que la jurisprudence est la science du juste et de l'injuste ; le juste coïncide avec le concept de droit, toujours selon Ulpien (108). La jurisprudence d'alors rassemble ce qui est aujourd'hui séparé : les solutions qui terminent un procès et les argumentations des savants ; plus globalement, elle est un produit de la science du droit.

On peut ici tirer profit de cette conception. Un retour au cœur du concept de jurisprudence peut être envisagé ; l'idée de modes d'acquisition du savoir juridique autonomes d'une définition formelle du droit devient possible à penser. La jurisprudence est un projet à construire ; ses méthodes peuvent être adaptées.

La construction d'un projet

Parmi les diverses acceptions du mot, Demolombe indique que la jurisprudence est « 1° La science acquise du droit, *prudentia juris*, signification toute romaine, d'après laquelle on disait *jurisprudentes* aussi bien que *jurisconsulti* » (109). La jurisprudence y apparaît comme un résultat de la science du droit (110) ; primitivement, la jurisprudence dérive de la science du droit (111). On peut encore lire dans le cours de Zachariae par Aubry et Rau, que « la connaissance du droit est l'objet de la jurisprudence » (112).

Une telle signification n'est pas qu'archaïsante (113). C'est encore celle qui prévaut aujourd'hui dans le droit de *common law* (114).

A s'en tenir à l'approche romaniste, la jurisprudence rassemble une somme de connaissances dont la recherche du droit (*ius*) forme le dénominateur commun. Ce que l'on nomme droit ne se ramène évidemment pas à un ensemble de normes dont le mode de production est prédéterminé. Il n'est pas nécessaire, pour que la science du droit existe en tant que telle, d'exprimer le droit sous forme d'une législation humaine (115). Avantage, le besoin n'est pas ressenti d'élaborer une théorie du droit (116) au-delà de la présentation qu'en font les jurisconsultes au *corpus iuris civilis*. Il suffit de considérer le droit comme une pratique qui sollicite un certain savoir. L'idée de droit s'appréhende par une activité de recherche - celle du *ius* - guidée par une finalité - *Vid quod justum est* (ce qui est juste). La jurisprudence est au fondement du droit (117) ; la connaissance est au fondement de la jurisprudence.

Il y a là une invitation à rompre avec la pensée juridique moderne selon laquelle le droit est définissable abstraitement, comme un ordre ou un système, soit à raison de son contenu, soit à raison de sa forme. Au plan de la connaissance juridique, il faut encore rompre avec les théories générales qui structurent le droit en le rapportant au droit objectif ou aux droits subjectifs (118). Alors l'idée d'un droit authentiquement jurisprudentiel se conçoit, « un droit qui ne tombe pas d'en haut ; ne découle pas d'un souverain, d'une doctrine de théologien ou de moralistes, ni ne s'enferme dans les lois » (119). Le droit est un produit de la connaissance (120), il « procède d'une espèce de science » (121), *iurisprudentia*. Jurisprudence et droit sont dans un rapport dialectique.

Saisi par son lien avec la jurisprudence, le droit est un savoir. La jurisprudence embrasse un objet plus large que le droit positif (et bien différent du droit naturel). La connaissance des règles du droit en vigueur ne suffit pas à la connaissance du droit (122). Le savoir juridique n'est pas maintenu dans la dépendance d'une théorie des sources - sorte de cause efficiente - mais tend vers un but, le juste - sorte de cause finale. La science du droit progresse librement afin d'attribuer, chaque fois que survient le litige, à chacun sa part (123). On ne doit pas en déduire que le droit romain ne connaît pas de droit délibéré ; les lois sont mêmes nombreuses mais n'occupent simplement pas la même place que celle que nous leur donnons dans un système de droit codifié. Les lois ne peuvent être assimilées au droit ; elles concourent, comme les discussions des juristes, à la formation de la jurisprudence. Très clairement, l'acquisition des connaissances ne se fait pas à partir d'un système de droit formel ou de règles *a priori* (124). Voilà qui caractérise la jurisprudence en tant que projet ; une science qui progresse indépendamment d'une définition de son objet.

Dans cette perspective, la jurisprudence concerne à parts égales l'acquisition et la transmission du savoir. La quête de la solution de droit par le jurisconsulte se confond avec son enseignement. L'idée peut-être précisée à l'aide de ce passage tiré des *Pandectes* par Pothier :

« Les plus habiles et ceux que l'on consultait le plus souvent, fermaient le matin leur cabinet, montaient sur un tribunal placé dans le vestibule de leur maison, et de là, répondaient à toutes les questions qu'on venait leur faire résoudre [...] Avec les consultants, venaient aussi ceux qui voulaient s'instruire dans le droit qui écrivaient les réponses faites aux questions des consultants ; de manière que les jurisconsultes donnaient en même temps des décisions aux uns sur leurs affaires, et de leçons de droit aux autres » (125).

La jurisprudence, projet scientifique des juristes, comporte, par définition, un aspect épistémologique. La dimension savante du droit étant nettement plus marquée que sa dimension normative, la théorie de la connaissance juridique (épistémologie ou gnoseologie) se confond avec les méthodes de la science du droit. Les distinctions contemporaines des sciences juridiques (outre l'épistémologie, la dogmatique juridique, théorie générale du droit, méthodologie juridique, légistique) perdent leur intérêt parce qu'elles demeurent irréductiblement adossées à l'idée moderne du droit ; le droit connaissable par ses sources.

Peut-on imaginer transposer une telle vision de la jurisprudence dans notre droit

contemporain ? Le rapprochement de la doctrine et de la jurisprudence telles que nous les connaissons aujourd'hui est-il seulement envisageable ? *A priori* certainement pas. La conception normative du droit (126) s'y oppose parce qu'elle sépare hermétiquement le droit en vigueur et le droit savant. Or, la jurisprudence, projet de la science du droit les confond au service de la recherche, toujours renouvelée du droit. Répétons-le encore ; dans notre système la connaissance du droit dépend d'une conception préalable du droit. Puisque le droit est un ensemble de règles ou de normes, la connaissance s'organise à partir de cet ensemble. La hiérarchie ne saurait être modifiée pour en revenir à une conception romaniste dans laquelle le savoir est source des solutions, l'*auctoritas* et pas la *potestas* (127).

Une telle objection situe mal le problème. Evaluer l'impact d'une jurisprudence savante sur la construction du droit positif n'est pas la question. Nous étions à la recherche d'une conception de l'activité des juristes qui ne dépende pas d'une définition de son objet. Il apparaît qu'un retour aux origines de la jurisprudence rend cette rupture concevable, et elle seule importe. L'interprète du 21^e siècle confronté à un objet incertain, complexe, pluriel peut trouver dans la jurisprudence scientifique les moyens d'accroître ses connaissances d'une autre manière, de faire progresser un savoir irréductiblement juridique. Ce n'est donc pas le concept romain de jurisprudence qu'il faut transposer mais ses méthodes qu'il convient d'adapter.

L'adaptation des méthodes

Fondamentalement, un projet de jurisprudence scientifique emprunte à la conception romaine la recherche permanente des solutions du droit. Il s'agit du principe qui inspire la méthodologie.

Principe

Le droit civil romain se forme par la discussion des jurisconsultes sur les « causes », terme que l'on peut comprendre globalement, ici, comme les litiges (128). On peut lire au Digeste que l'« on ne déduit pas le droit de la règle mais on forme la règle selon le droit tel qu'il est » (129). Savigny écrit que « c'est comme si ce cas [le cas à trancher] était le point de départ de toute la science, à partir duquel celle-ci devait être inventée » (130). La connaissance juridique est alors toujours une réponse à une question et, imitant Bachelard, on dira que s'il n'y a pas de question de droit, il ne peut y avoir de connaissance du droit (131). L'aliment de la science juridique n'est donc pas la règle posée par l'autorité habilitée mais le conflit (132). A cet égard, la règle, qu'elle prenne la forme d'une loi ou d'une décision de justice n'est qu'un instrument de la progression du savoir juridique doté d'une force contraignante particulière. Mais le critère de cette force contraignante - la positivité - n'est plus suffisant pour que la connaissance juridique s'organise en fonction de celui-là (133). Autrement dit, la règle de droit n'est pas objet de savoir parce qu'elle est règle mais parce qu'elle est de droit ; elle est un matériau utile, parmi d'autres, à la construction de la solution à un litige. La connaissance juridique, « jurisprudentielle » au sens où nous l'entendons, trouve en effet une finalité dans l'argumentation au service de tel ou tel intérêt (134). En ce sens, le savoir des juristes naît de « la lutte pour le droit ». Voilà qui donne une structure au savoir juridique : nourrir l'argumentation au service des intérêts qui s'affrontent dans une société, plus spécifiquement devant un juge.

Selon une telle conception, la complexité du droit se trouve au fondement des processus d'acquisition et de transmission des connaissances. Les solutions sont élaborées au cas par cas, argument contre argument. La discussion est toujours recommencée qui utilise les discussions à propos des cas précédents. Le Digeste est composé de cette manière. Sur ce modèle sont encore élaborés les ouvrages dans lesquels on puise la connaissance du droit à l'époque médiévale : *questiones*, *disputationes*, *epistulae*, *reponsa* (135)... Au plan méthodologique, la jurisprudence scientifique sollicite la casuistique, la controverse, la dialectique et la rhétorique.

Méthodologie

Le droit français paraît exclure la méthode casuistique. On le sait légaliste et on le pense systématique ; la codification incarne de telles qualités (136). Et lorsque la doctrine se donne la jurisprudence à étudier, c'est moins pour verser dans la casuistique que pour intégrer les solutions à un système (137), promu scientifiquement au moyen des théories générales. Le droit français ne saurait se muer en *case law* sous l'impulsion des juristes. La casuistique y occupe plutôt une fonction critique.

Elle rappelle la relativité des théories générales. La discussion à propos d'un cas met toujours à l'épreuve la théorie (138). La théorie, essai d'explication ou de rationalisation d'un pan du droit, peut être amendée ou réfutée à tout moment par la décision de justice. En droit (139), un litige est toujours l'opposition de deux théories concurrentes, dont l'une au moins s'oppose à la théorie dominante. Admettre qu'elle puisse convaincre le juge amène à constater que la théorie n'est pas absolue. Ceci permet encore de mesurer la dimension instrumentale des théories ; elles ne peuvent être confondues avec le résultat qu'elles cherchent à provoquer - connaître un pan du droit - non plus qu'avec la réalité qu'elles cherchent à dominer (140). La casuistique permet l'accroissement des connaissances juridiques par la compréhension des « théories rivales » (141). Vient ensuite le désaccord que les théories rivales provoquent chez les interprètes. On en arrive à la controverse.

La controverse est une dispute en ordre. De la controverse entre les plaideurs naît

le besoin de droit (142) ; de la controverse entre les juristes (juges, avocats, auteurs) naît le droit en forme de jurisprudence. Le désaccord sur la solution fait mécaniquement progresser le savoir juridique. L'exposition des divergences d'opinions sur une question de droit offre un panorama d'interprétations, un réservoir d'arguments qui nourrit la science du droit. Les commentaires du code civil ont ainsi, au fil du 19^e siècle, constitué un savoir irréductible aux règles du code par la controverse systématique (143). « Du code civil, un siècle d'efforts et de controverses a progressivement fait surgir le droit civil » (144).

La controverse a également une fonction critique dans l'ordre des connaissances juridiques. Témoin de ce que le désaccord participe de la définition du droit, elle ramène sans cesse à la complexité de ce dernier. La controverse invite à se méfier de l'exposition trop simple d'une question de droit, comme d'une excessive synthèse ; elle prémunit encore celui qui étudie le droit contre l'idée d'une matière achevée, que l'on pourrait connaître de manière exhaustive.

Admettre que le savoir progresse par la controverse, c'est adhérer à une conception dialectique de la connaissance juridique. La dialectique est un instrument de la recherche juridique (145). Davantage, la dialectique permet d'assumer la complexité contemporaine du droit. On évoque volontiers aujourd'hui le dialogue des sources, et les dialogues doctrinaux s'incarnent en des projets pour un droit commun, notamment en Europe.

La rhétorique s'invite alors également dans le processus d'accumulation du savoir juridique. Le juriste qui construit sa science par un discours doit être rhéteur. Adoptant une posture plus réaliste, plus cynique peut-être, le juriconsulte moderne serait davantage un maître de rhétorique, ouvert à toutes les raisons, qu'un maître de dialectique en quête de vérité.

Au terme de cette esquisse, le concept de jurisprudence fournit une réponse à la question posée à son seuil : comment ordonner le savoir des juristes pour tenir compte de la crise de la théorie des sources et de l'affaiblissement subséquent du critère de positivité ? La réponse peut décevoir parce que, précisément, la jurisprudence propose un savoir qui ne s'ordonne pas, du moins au stade de son acquisition. Au contraire, la jurisprudence s'offre en modèle pour rendre compte d'un droit dé-systématisé ou réduit en micro-systèmes. Affranchie d'une définition contingente du droit - la définition formelle- l'approche jurisprudentielle de la connaissance juridique aide à concevoir un droit pluriel, nécessairement plus conflictuel. Croire aujourd'hui en un droit achevé que l'on pourrait connaître en vérité est téméraire. La prudence est une voie à explorer.

(1) J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, Quadrige, 2004, n° 142 ; Le *Vocabulaire Juridique* de l'association Henri Capitant, propose une définition, PUF.

(2) J. Carbonnier, *ibid.*

(3) On consultera sur cette question l'abondante bibliographie réunie par le professeur Bach, *Rép. civ. Dalloz*, spéc. n° 45 ; plus subtilement, la jurisprudence est parfois qualifiée de « sources de droit », V. ainsi H., L., J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, Introduction à l'étude du droit, 8^e éd., 1986, n° 105.

(4) D. 1,1,10,2. : « la jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines, la connaissance de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas ».

(5) Guyot écrit au Répertoire universel et raisonné de jurisprudence (il recopie alors l'Encyclopédie) que l'un des objets de la jurisprudence est la connaissance du droit, l'autre consistant en son application, 5^e éd., 1828 ; V. aussi De Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, nouvelle éd., Paris, 1769 : « nous remarquerons seulement ici que deux choses font une parfaite jurisprudence, la justice et le droit ... et personne ne peut mériter le nom de juriconsulte, qu'il n'ait acquis par l'étude des lois la science du droit ... aussi le plus grand mérite de ceux qui font profession d'enseigner la jurisprudence consiste à travailler à instruire des véritables principes du droit... ».

(6) Le premier sens de jurisprudence est « la science du droit et des lois ».

(7) Parmi les ouvrages devenus des symboles de cette entreprise, ceux de Geny (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*) et Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*) viennent immédiatement à l'esprit.

(8) Au Livre du centenaire du code civil, la question de la révision du code est posée ; elle donne lieu aux contributions de Larnaud (pour la révision), Pilon (pour), Planiol (contre une révision générale), Gaudemet (contre), Geny (pour une évolution de la méthode législative en cas de révision), Moreau (pour), rééd. Dalloz, 2004, présentation par J.-L. Halperin ; sur le code de commerce, V. la préface de Thaller au *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1900.

(9) J. Bonnecase, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Librairie du recueil Sirey, t. I, 1924 ; L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes, d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants, Paris, 1924 ; pour une exposition plus synthétique, *Science du droit et romantisme, Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Librairie du recueil Sirey, n° 5 s.

(10) S. Pimont, A propos de l'activité doctrinale civiliste, *Quelques questions dans*

l'air du temps, RTD. civ. 2006. 707 s.

(11) A. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, RTD. civ. 1902. 5 s. ; V. Ph. Jestaz, C. Jamin, *Doctrines et jurisprudence : cent ans après*, RTD. civ. 2002. 1 s.

(12) Pour une synthèse, L. Bach, *Rép. civ. Dalloz*, *op. et loc. cit.*

(13) M. Troper, Une **théorie réaliste de l'interprétation**, in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, p. 69 s.

(14) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8^e éd., t. I, 1920, n° 122 ; G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 11^e éd., 2003, n° 442.

(15) Quitte à galvauder quelque peu le sens du terme « épistémologie » ; il s'agirait davantage ici d'une fonction de gnoséologie juridique, V. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, « épistémologie » ; on admet néanmoins que l'épistémologie juridique embrasse « les réflexions sur l'état ou les tendances de la connaissance juridique », A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993, *Epistémologie juridique*, par J.-F. Perrin et A.-J. Arnaud ; on méditera, à propos de l'épistémologie juridique, l'avertissement de Carbonnier : « peut-être vaudrait-il mieux partir des métiers de juriste pour tracer les contours de la science du droit », *op. cit.*, n° 28.

(16) Le « tableau [des sources du droit], hexagonal et naïf, est mort », J.-P. Gridel, *Les sources du droit privé aujourd'hui*, in *Les sources du droit, Aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007, p. 39 s.

(17) On songe en premier lieu au droit de l'Union européenne.

(18) B. Opetit, *L'émergence de la lex mercatoria*, in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 53 s.

(19) Un engagement purement moral est parfois finalement interprété comme créateur d'obligation juridique, V. Cornu, 23 janv. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 12 ; JCP 2007. I. 176, n° 2, obs. C. Caron ; Defrénois, 2007. 1027, obs. E. Savaux ; CCE 2007. chron. 8, n° 9, obs. Kahn ; RLDC 2007/40, n° 2587, note N. Vignal ; RDC 2007. 697, obs. Y.-M. Laithier ; RTD. civ. 2007. 340, obs. J. Mestre et B. Fages.

(20) *Droit et complexité*, Actes du colloque de Brest, dir. M. Doat, L. Le Goff, Ph. Pedrot, PU Rennes, 2007 ; V. not. « la tragédie des trois C » évoquée par le professeur Delmas-Marty en préface à l'ouvrage. V. encore A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, LGDJ, *Droit et société*, 1998, spéc. leçon 2, p. 49 s.

(21) Sur le lien entre la théorie des sources et la représentation positiviste du droit, N. Bobbio, *Sur le positivisme juridique*, in *Essais de théorie du droit*, trad. L. Gueret avec la collaboration de C. Agostini, préface R. Guastini, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 28 ; C. Atias, *Quelle positivité ? Quelle notion de droit ?*, *Arch. Phil. dr.*, t. 27, « Sources » du droit, Sirey, 1982, p. 209 s. ; rapp. : « La fécondité d'une théorie du droit ne dépend plus de son aptitude à répondre à la question des sources du droit positif », Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 138, le texte est cité par Opetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 13.

(22) G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, 1938, rééd. Vrin, 2004, p. 13 s.

(23) Récemment, S. Goyard-Fabre, *Re-penser la pensée du droit, Les doctrines occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique*, Vrin, 2007 ; parmi les textes essentiels, la critique de R. Dworkin doit être relue : le programme positiviste est discutable en ce que le « test fondamental » qu'il postule (distinguer les standards juridiques des standards non juridiques et, au fond, la possibilité de séparer le droit de la morale) échoue dans les « systèmes juridiques compliqués ». Se trouve ainsi illustrée l'idée selon laquelle le droit ne peut se réduire à un « ensemble de règles » puisque le juriste est incapable d'établir avec certitude ce qui est du droit et ce qui ne l'est pas, *Prendre les droits au sérieux*, 4^e éd., 1984, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare présentée et révisée par F. Michaut, préf. P. Bouretz, PUF, 1995, spéc. p. 69 s. ; V. en ce sens, B. S. Jackson, *Structuralisme et « sources » du droit*, *Arch. Phil. dr.*, t. 27, préc., p. 149.

(24) M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006 ; G. Nicolau, G. Pignarre, R. Lafargue, *Ethnologie juridique, Autour de trois exercices*, Dalloz, 2007.

(25) La pensée nord-américaine en offre de prestigieux exemples, ainsi R. Dworkin, *op. cit.*, V. également *L'empire du droit*, PUF, 1994 ; J. Rawls porte la réflexion sur le contenu de la justice sociale, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Seuil, 2005, pour une conséquence sur l'acquisition des droits en société, p. 351.

(26) A.-J. Arnaud, *op. cit.*

(27) L'œuvre de Michel Villey est une invitation à repenser le droit au travers du filtre du savoir des juristes plutôt qu'à la lumière du critère de positivité. Parmi donc de très nombreuses références, V. La jurisprudence humaniste, in *La formation de la pensée juridique*, PUF, Quadrige, 2006, p. 454 s. ; *Le droit et les droits de l'homme*, 3^e éd., PUF, 1998, spéc. p. 66 à propos du droit dans la conception romaine classique : « le métier juridique n'est pas déduction opérée à partir de lois impératives. Il est travail de connaissance ».

(28) A l'inverse, le temps de la codification est celui du déclin de la science du droit, pour Savigny au moins, De la vocation de notre temps pour la législation et

la science du droit, traduction et présentation par A. Dufour, PUF, 2006, spéc. chap. 3 et 7.

(29) Le travail de C. Grzegorzczak s'offre en modèle dans le texte *Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ?*, Arch. Phil. dr., t. 30, La jurisprudence, 1985, p. 35 s.

(30) F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, *op. cit.*, p. 44 s.

(31) M. Villey, *op. cit.*

(32) Tel est le projet de Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Pradier-Fodere (1625), éd. par D. Alland et S. Goyard-Fabre, rééd. PUF, 1999, ainsi, « les préceptes du droit naturel étant toujours les mêmes, peuvent facilement être réunis en règles de l'art » ; d'une manière générale, A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, LGDJ, 1969, l'ensemble du livre second A la recherche de l'ordre peut être consulté sur ces questions, p. 121 s., plus spécialement, la partie consacrée à La recherche de plans spécifiques du jusnaturalisme systématique axiomatique, p. 142 s.

(33) Art. 4 et 5 c. civ.

(34) *Iuris prudentia est ... iusti atque iniusti scientia*.

(35) J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 2^e éd., 2003, n° 167.

(36) La loi de promulgation du code civil (21 mars 1804) porte « la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des français », en même temps qu'elle abroge « les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements » ; c'était la pire des erreurs pour Savigny, *op. cit.*, p. 89.

(37) X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, Dominique Martin Morin, Bouière, 2003, p. 59 ; on songe, aussi, à Carbonnier, V. not., *Le Code civil, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, spéc. p. 33.

(38) *Case law* est une traduction anglaise du mot jurisprudence (celle des arrêts), l'autre jurisprudence étant *science of law* ; V. la traduction anglaise du sommaire des Archives de philosophie du droit consacrées à la jurisprudence (*op. cit.*).

(39) A.-J. Arnaud, *op. cit.*

(40) F. Michaut, *L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains*, in *Théorie du droit et science*, dir. P. Amselek, PUF, 1994, p. 265 s. La connexion entre la théorie réaliste américaine et la jurisprudence des jurisconsultes s'établit sous la plume de Michel Villey, par ex. : « Pour chercher l'ordre naturel, nous partirons du monde visible. Et nous voyons l'homme social ..., l'homme divers ... changeant parce qu'il est libre engagé dans des situations variables dans le temps et dans l'espace », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, rééd. Dalloz, 2002, p. 137-138 ; plus encore, « Yan Thomas vient de le montrer, le langage juridique romain s'est élaboré par la nomination des « causes », distinguées dans la profusion des cas judiciaires. Méthode casuistique restée à l'honneur dans la *common law*. Il est curieux de constater qu'elle trouve à nouveau la faveur de nos théoriciens du droit », *Le droit et les droits de l'homme*, 3^e éd., PUF, p. 66.

(41) Acolas, *Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, 2^e éd., Paris, 1874, p. XXVIII (introduction).

(42) Montesquieu indique que lorsque commença à se former : « un certain art de la jurisprudence ; lorsqu'on vit naître des praticiens et des jurisconsultes, les pairs et les prud'hommes ne furent plus en état de juger », *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, chap. XLII, Flammarion, 1979. Ce chapitre exprime l'idée que la connaissance du droit devient une condition de formation de la jurisprudence des arrêts.

(43) Ph. Raynaud, *La loi et la jurisprudence des lumières à la révolution française*, Arch. Phil. dr., t. 30, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 62.

(44) C'est l'une des thèses fortes du *Contrat social* de Rousseau. Un exemple parmi d'autres : « Quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps ; ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre ».

(45) C'était l'un des griefs de Beccaria contre la jurisprudence, ainsi que l'analyse M. Ph. Raynaud, *op. cit.*

(46) L'arbitraire s'explique techniquement : à partir du 18^e siècle, l'usage consistant à insérer dans les décisions les motifs est oublié et les décisions de justice ne sont donc pas motivées. Pour cette raison, les magistrats ont un temps discuté de l'opportunité de publier les arrêts, V. Meynial, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*, in *Le Code civil, Le livre du centenaire*, rééd. Dalloz, 2004, p. 173 s.

(47) Un symptôme : les articles 1 et 2 du code civil.

(48) Très nettement, E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, th. Lyon 1983, Lyon, PUL, 1990, p. 68 s.

(49) Chez Duranton, qui appartient à la première génération de commentateurs, l'assimilation est totale : « les lois françaises forment le droit français ; et la

connaissance de ces lois constitue la science du droit qui nous régit », *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd. t. I, 1844, n° 8.

(50) La lecture du Cours de droit civil français de Zachariae par Aubry et Rau fournit un bel exemple de cette ambiguïté. Le premier paragraphe de l'ouvrage est consacré à « la jurisprudence en général » et la définition suivante en est donnée : « Le droit est l'ensemble des lois, à l'observation desquelles il est permis d'atteindre l'homme par une coercition extérieure ou physique. La connaissance du droit est l'objet de la jurisprudence », 2^e éd., t. I, Bruxelles, 1850.

(51) Ph. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, spéc. p. 120-264 ; C. Jamin, *La doctrine : explication de texte*, in *Mél. en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 225 s. ; *adde*. C. Jamin, *La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle*, in *Mél. en l'honneur de Michel Troper*, 2006, p. 501 s.

(52) M. Boudot, *Présentation de Propriété et contrat, les leçons de Claude Bufnoir réunies par certains de ses étudiants en 1924*, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2005, p. IX ; E. Serverin, *op. cit.*, p. 107 s.

(53) Ph. Remy, *Eloge de l'exégèse, Droits*, I, 1985, 115 s., par ex. : « L'exégète, dès que la loi a parlé, lui pose des questions ... S'il interroge la loi, ce n'est point pour l'accuser, c'est pour la faire répondre ; l'exégèse est d'abord un dialogue de l'interprète et de la loi ... l'exégète s'aide de recettes également rhétoriques : le cas et la controverse... » ; « le Droit ne se trouve pas dans n'importe quelle loi ... le Droit est avant la loi ... le Droit n'est pas tout entier dans la loi ».

(54) *Méthode dogmatique contre méthode exégétique*, V. C. Atias, *Réflexions sur les méthodes de la science du droit*, D. 1983. Chron. 145 s., n° 7.

(55) Le mot est emprunté à Carbonnier.

(56) Bonnet, *La science du droit privé en France au début du XIX^e siècle*, La Thémis, 1819-1831, Son fondateur Athanase Jourdan, Librairie du recueil Sirey, 2^e éd., 1914 ; E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, rééd. La Mémoire du droit, présentation de C. Jamin et Ph. Jestaz, bibliographie critique par F. Rolin, p. 76 s. ; rapp. « celui qu'a convaincu la justesse de ce que nous avons dit de la nature et de l'origine de nos Codes ne doutera que la même étude historique du droit qui était nécessaire avant leur introduction ne soit pour autant devenue moins indispensable, et qu'en particulier cela n'avance à rien de croire qu'on puisse maintenant se contenter grâce au Codes d'un exposé superficiel du droit jusqu'alors en vigueur », Savigny, *op. cit.*, p. 115.

(57) Laboulaye, *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir*, Rev. historique de droit français et étranger, 1855, 1 s.

(58) Ph. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 99 ; E. Serverin, *op. cit.*, p. 108 s.

(59) *Op. et loc. cit.*

(60) Le premier numéro de la Thémis paraît cette année-là.

(61) *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Second tirage de l'édition de 1919, LGDJ, 1954, t. I, spéc. n° 3 *in fine*.

(62) Par ex. : « Je persisterai donc, quant à moi, à refuser de voir en notre jurisprudence, une source formelle de droit privé positif ... Est-ce à dire que je lui dénie toute autorité et tout valeur positive ? Ces conséquences seraient loin de ma pensée ... Tout d'abord, les précédents judiciaires, surtout quand ils forment en un sens déterminé, une suite constante de décisions uniformes et faisant bloc, doivent avoir dans l'esprit de l'interprète, une autorité considérable ... D'un autre côté, si la jurisprudence n'a pas, par elle-même, la valeur d'une source formelle de règles juridiques, elle contribue souvent à la formation de semblables sources, ou même, elle en constitue comme un élément essentiel et indispensable, dans la réalité des choses ... Elle n'apparaît, dans ces hypothèses, que comme propulseur de la coutume, mais propulseur tellement indispensable... », *op. cit.*, t. II, n° 150.

(63) Sur la question, G. Babert, *Le système de Planiol, Bilan d'un moment doctrinal*, th. Poitiers, 2002, n° 113.

(64) Le numéro 14 du *Traité* indique que la coutume est formée des usages conventionnels et de la jurisprudence, 4^e éd., LGDJ, 1906, t. I.

(65) « Comparé au rôle du législateur, le rôle du juge semble modeste ; en réalité il est presque égal », *Traité*, n° 122.

(66) A. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, RTD. civ. 1902, 5 s.

(67) Pour une comparaison, critique, entre la libre recherche scientifique et le mouvement du droit libre, V. chap. IV de l'épilogue ajouté à la deuxième édition de *Méthodes d'interprétations*, *op. cit.*, t. II, p. 330 s.

(68) R. Saleilles, *Préface aux Méthodes d'interprétation*.

(69) *Méthodes d'interprétation*, p. 33 s.

(70) Rapp. A. Ross, *Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit*, in *Introduction à l'empirisme juridique*, textes traduits par E. Millard et E. Matzner, présentés par E. Millard, Bruylant, LGDJ, 2004, p. 23 s., spéc. p. 27.

- (71) N. Bobbio, Sur le positivisme juridique, *in* Essais de théorie du droit, trad. L. Gueret avec la collaboration de C. Agostini, préface R. Guastini, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 28 ; sur la nécessité de la sanction pour que l'on puisse parler de « droit » ou d'« ordre juridique », H. Kelsen, Théorie pure du droit, 2^{éd.}, trad. Eisenmann, p. 57, 70.
- (72) « une norme ne fait partie d'un ordre juridique que parce qu'elle a été posée conformément aux dispositions d'une autre norme de cet ordre », H. Kelsen, *op. cit.*, p. 315.
- (73) Le critère formel est le « pedigree » de la règle de droit, Dworkin, *op. cit.*, p. 72-73 ; rappr. U. Scarpelli qui, cherchant un point de départ à une définition unitaire du positivisme juridique, estime qu'il peut être trouvé dans la définition du droit comme « système de normes posées par la volonté d'êtres humains, système porteur de certaines caractéristiques qui permettent de l'identifier indépendamment de sa conformité aux préceptes ou aux valeurs d'une morale ou d'une idéologie », Qu'est ce que le positivisme juridique ?, Milan, 1965, rééd. Bruylant LGDJ, 1996, p. 20.
- (74) F. Zenati, *op. cit.*, p. 132 s. ; pour une illustration, Savigny, *op. cit.*, rappr. chap. 2, 3 et 9.
- (75) Jhering, L'évolution du droit, traduit de la 3^{éd.} par Meulenaere, Maresq Aîné, 1901, n° 145, n° 148 s.
- (76) Théorie pure du droit, p. 313.
- (77) Très nettement, Planiol, Traité, n° 4.
- (78) S. Pina, Des origines de la pensée de Hans Kelsen à sa réception en France (contribution à une épistémologie juridique), th. Clermont-Ferrand, 2004, p. 165 s. L'ampleur des controverses auquel elle a donné lieu témoigne du succès de la hiérarchie des normes kelsénienne, V. par ex. P. Amselek, Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique, RD publ. 1978, n° 1, p. 5 s. ; M. Troper, La pyramide est toujours debout !, RD publ. 1978, n° 6, p. 1523 s., M. Van De Kerchove, La pyramide est-elle toujours debout ? Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 471 s. ; V. également la controverse figurant à la RRJ sous le titre L'ordre de la hiérarchie des normes et la **théorie réaliste de l'interprétation** : D. de Bechillon, Réflexions critiques, M. Troper, Réplique, Présentation par Alain Seriaux, RRJ 1994. 246 s.
- (79) E. Serverin, *op. cit.*, p. 123. : « Lorsque la doctrine s'intéresse à la jurisprudence, c'est pour lui donner le statut d'un concept relatif non à une activité pratique, mais au problème théorique des sources du droit ».
- (80) C. Atias, D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé, RTD. civ. 2007. 23 s., n° 9.
- (81) Ripert parle « d'égalité de valeur » mais, adoptant probablement une conception du positivisme plus proche de Jhering que de Kelsen, voit dans la reconnaissance du pouvoir créateur du juge une contradiction avec l'idée même de droit positif, Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955, n° 159 s.
- (82) M. Troper, Hans Kelsen et la jurisprudence, Arch. Phil. dr., t. 30, La jurisprudence, 1985, p. 83 s., très nettement p. 84.
- (83) Jacques Maury pose très clairement le problème, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, *in* Le droit privé au milieu du 20^{siècle}, Etudes offertes à Georges Ripert, LGDJ, 1950, p. 28 s.
- (84) M. Waline, Le pouvoir normatif du juge, Etudes en l'honneur de Georges Scelle, LGDJ, 1950, t. II, p. 162.
- (85) Bonnacese structure son propos autour de la contribution de Meynial, Les recueils d'arrêts et les arrêtistes, Livre du centenaire du code civil, réimpr. Dalloz, 2004
- (86) Meynial, *op. cit.*, spéc. p. 196 s.
- (87) Ph. Jestaz, La jurisprudence, ombre portée du contentieux, D. 1989. Chron. 149 s., spéc. p. 152 : « le plus souvent, la norme jurisprudentielle a un caractère plus ou moins implicite. Le rôle du commentateur devient alors primordial : il dégage cette norme, il la fait monter jusqu'à la conscience juridique, et, le cas échéant, il l'induit de façon divinatoire » ; *addé.* J.-L. Bergel, Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques, RRJ 1993. 1055 s.
- (88) E. Serverin, *op. cit.*
- (89) Meynial, *op. cit.*,
- (90) Demolombe, Cours de code, t. I, préface.
- (91) La présentation du volume des Archives de philosophie du droit consacrées à La création du droit par le juge (t. 50, Dalloz, 2007) est éloquent sur ce point. Les contributions sont bien entendu plus nuancées sur la question étant entendu que le thème m'a semblé être généralement traité sous l'angle du contenu du droit créé par le juge moins que sur la portée ou consistance de la norme jurisprudentielle.
- (92) C. Jamin, La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle, *op. cit.*
- (93) V. Le numéro spécial de la Revue interdisciplinaire d'études juridiques consacré à René Demogue, n° 56, 2006, spéc. C. Jamin, Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique, p. 5 s. ; D. Kennedy et M.-C. Belleau, La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine, p. 163.
- (94) F. Zenati, *op. cit.*
- (95) C. Atias, Réflexions sur les méthodes de la science du droit, D. 1983. 147 s., n° 8 pour la citation.
- (96) Rappr. J. Ghestin, Les données positives du droit, RTD. civ. 2002. 11 s.
- (97) En 1883, Bufnoir propose un cours de droit civil organisé en théories générales ; il est déjà proche d'une telle méthode dans son ouvrage La théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain, V. M. Boudot, *op. cit.*, p. XIII
- (98) Sur cette question, C. Jamin, Ph. Jestaz, La doctrine, *op. cit.* ; M. Xifaras, La *veritas iuris* selon Raimond Saleilles, Remarques sur un projet de restauration du juridisme, Droits, n° 47, 2008. 77 s. ; S. Pimont, Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemple en droit du contrat, *supra*, p. 417.
- (99) Chez Planiol par exemple, l'influence du conceptualisme de Savigny est tangible alors qu'il entend appliquer le programme de Jhering et reprend la critique de celui-ci contre celui-là ; en ce sens G. Babert, *op. cit.*, n° 46 s.
- (100) A suivre Michel Villey, on ne verra aucun paradoxe : le positivisme juridique est fils du rationalisme juridique ; Del Vecchio cultive un tel paradoxe dans sa Philosophie du droit, rééd. Dalloz, 2003.
- (101) Est positif ce qui est réel, qui présente le plus haut degré de certitude, V. « positif » et « positivisme » au Vocabulaire technique et critique de la philosophie de Lalande.
- (102) De ce point de vue, la critique du légalisme ne peut être confondue avec celle de l'exégèse, V. Ph. Remy, *Eloge, op. cit.*
- (103) Rééd. PUF, 2006, Traduction, présentation et notes par A. Dufour.
- (104) V. par ex. la confusion de la théorie générale du contrat et du droit commun du contrat dénoncée dans sa thèse par M. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, th., LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 264, 1997.
- (105) La logique de la découverte scientifique, trad. N. Thyssen-Rutten et Ph. Devaux, préface J. Monod, Payot, 1989 ; la correction introduite par Popper dans La connaissance objective intéresse davantage le discours des juristes, rééd. Flammarion, 1998, en ce sens, D. Collin : « Popper introduit une distinction utile : si les théories métaphysiques sont non testables, elles peuvent néanmoins être rationnellement discutables ».
- (106) « La Faculté se subordonne trop au Palais, elle se laisse prendre par lui en remorque. Nous critiquons ses arrêts, il est trop tard alors pour les changer. Je revendique pour nous une mission plus indépendante », E. Thaller, Préface à la deuxième édition du Traité élémentaire de droit commercial, Paris, Rousseau, 1900, p. VI.
- (107) Telle est la signification du terme « récurrence » au dictionnaire Littré.
- (108) D. 1,1,10 : « *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi ... Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* » ; D. 1,1,1, pr. : « *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum : nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi* ».
- (109) Cours de Code Napoléon, 2^{éd.}, t. 1, Paris, Durand et Hachette, 1860, n° 13.
- (110) Indépendamment du point de savoir si la science du droit est véritablement une science, V. F. Zenati, *op. cit.*, p. 94 s. ; E. P. Haba, Science du droit - Quelle science ? Le droit en tant que science : une question de méthodes, Arch. Phil. dr., t. 36, 1991, p. 167 s.
- (111) C'est ce qu'écrivit Durantou, Cours de droit français suivant le Code civil, 4^{éd.} t. 1, 1844, n° 9, V. encore, Marezoll, Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains, trad. Pellat, 2^{éd.} française, 4^{éd.} allemande, Paris, 1850, p. 15.
- (112) 2^{éd.}, t. I, Bruxelles, 1850, § 1.
- (113) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 142.
- (114) D. Alland, S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Lamy, PUF, Jurisprudence par M. Deguegue ; A.-J. Arnaud (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2^{éd.}, 1993, Jurisprudence par E. Serverin.
- (115) Georges Pieri, évoquant Pomponius, relève que « la jurisprudence est ainsi définie comme une source du *ius* qui ne dépend ni de l'activité législative, ni de l'activité du juge mais de celle d'experts chargés d'aider les parties dans la pratique judiciaire », *Ius et iurisprudentia*, Arch. Phil. dr., t. 30, préc., p. 54.
- (116) Au sens qui lui confère Bobbio comme la manière d'entendre une réalité (ici, le droit) et d'en donner description et une explication globale, Sur le positivisme

juridique, in *Essais de théorie du droit*, *op. cit.* p. 24

(117) Pour Accollas, le mot jurisprudence a deux sens : « d'après le premier, le moins fréquent, il est synonyme du mot droit », Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques, t. I, 2^{ed.}, Paris, 1874, p. XXI.

(118) Ces « théories générales du droit civil » permettent à Jean Carboneur de structurer - effectivement - la matière du droit civil qu'il enseigne : elles « concernent soit le droit objectif, soit les droits subjectifs ... Suivant la conception la plus classique, le droit objectif est l'ensemble des règles de droit ; le droit subjectif est le pouvoir d'agir reconnu à l'individu, au sujet de droit, par ces règles », Droit civil, Introduction, PUF, Quadrige, 2004.

(119) M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, 3^{ed.}, PUF, p. 68.

(120) Paul : « *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* », D. 50,17,1 ; V. F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, préf. Ph. Nemo, 2007, PUF, Quadrige p. 187, 1 note ; toujours sur ce texte de Paul, M. Villey, *op. cit.*, p. 67 ; aj. M. Villey, p. 66 : « le métier juridique n'est pas déduction opérée à partir de lois impératives. Il est travail de connaissance ».

(121) *Op. cit.*, p. 68.

(122) « La simple connaissance des lois en vigueur dans un état ne constitue pas encore la jurisprudence... », Mackelden, Manuel de droit romain contenant la théorie des Institutes précédée d'une introduction à l'étude du droit romain, 2^{ed.}, trad. de la 11^{ed.} allemande par J. Reving, Bruxelles, 1841, § 9.

(123) La formule que le Digeste emprunte à Ulpian (*suum jus cuique tribuere*) est parfois traduite par « attribuer à chacun ce qui lui revient » (J. Gaudemet, *Droit privé romain*, 2^{ed.}, Paris, 2000, p. 305, n° 1-2) ; sur la traduction utilisée ici, M. Villey, *op. cit.*, p. 62.

(124) J.-M. Carbasse, Manuel d'introduction historique au droit, PUF, 2002, n° 38 ; les mots de Savigny illustrent l'idée : « c'est alors comme si ce cas [le cas à trancher par les juristes romains] était le point de départ de toute la science à partir duquel celle-ci devait être inventée », De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit, traduction et présentation par A. Dufour, PUF, 2006, p. 64.

(125) *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, trad. Breard-Neuville, t. I, Paris, 1818, p. 75.

(126) Le droit aurait une nature essentiellement normative, P. Amselek, *Brèves réflexions sur la notion de sources du droit*, Arch. Phil. dr., t. 27, préc., p. 251 s., spéc. p. 256.

(127) A. Seriaux, *Les sources du droit : vision jusnaturaliste*, RRJ 1990-1.

(128) « La cause est cette « chose » transformée dans le lieu de la controverse : « chose posée dans la dispute des parties ». Telle est la première étape d'une mise en forme verbale, par le contrat, de toutes les violences qui se résolvent en procès », Y. Thomas, *Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome*, Arch. Phil. dr., t. 23, *Formes de rationalité en droit*, Sirey, 1978, p. 93 s., p. 102 pour la citation.

(129) Paul, *Digeste*, 50,17,1 ; sur ce texte et le droit romain « casuistique », P. Stein, *Le droit romain et l'Europe*, *Essai d'interprétation historique*, préface de J.-Ph. Dunand et A. Keller, 2^{ed.}, Bruylant, LGDJ, Schultess, Collection Genevoise, p. IX s.

(130) De la vocation de notre temps..., *op. cit.*, p. 65.

(131) « Pour un esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir de connaissance scientifique », La formation de l'esprit scientifique, 1938, rééd. Vrin, 2004, p. 16.

(132) Pour un bel exemple de cette nécessité de percevoir le droit contemporain comme le produit du conflit, CJCE 17 avr. 2008, demande de décision préjudicielle du Bundesgerichtshof - Allemagne - *Quelle AG c/ Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, aff. n° C-404/06.

(133) En ce sens, Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^{ed.} trad. Meulanaere, t. III, 1877, p. 8-9.

(134) Rapp. Savigny, *op. et loc. cit.* : « Ainsi, il n'y a pas de différence pour eux [les juristes romains] entre théorie et pratique, leur théorie est élaborée jusqu'à son application la plus immédiate et leur pratique est constamment anoblie par le traitement scientifique ».

(135) M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 470.

(136) V. G. Cornu à propos de la codification, *Droit civil*, Introduction, Les personnes, Les biens, 11^{ed.}, 2003, n° 222.

(137) M. Boudot, *Les programmes scientifiques des revues juridiques des 19 et 20 siècles*, in *Coutumes, doctrine et droit savant*, sous la responsabilité de V. Gazeau et J.-M. Augustin, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, p. 307 s., spéc. p. 315 s. sur l'étude systématique de la jurisprudence.

(138) « Il y a bien peu de solutions de droit qui soient à l'abri de la discussion ; et il n'est pas bon de donner l'impression que le droit est sûr, déterminé, achevé », C.

Atias, *Réflexions sur les méthodes de la science du droit*, préc.

(139) On entend par là la formulation du conflit d'intérêt en question de droit ; en droit romain, le passage de la *causa* à la *questio*, Y. Thomas *op. cit.*, p. 103.

(140) « Les théories sont des filets destinés à capturer ce que nous appelons « le monde » », K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, trad. N. Thyssen-Rutten et Ph. Devaux, préface J. Monod, Payot, 1989, p. 57 ; l'exemple type est la classification doctrinale.

(141) Pour un bel exemple de progression des connaissances par la casuistique, V. T. K. Graziano, *Le contrat en droit privé européen*, Exercices de comparaison et d'harmonisation, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2006.

(142) Y. Thomas, *op. et loc. cit.*

(143) C. Atias, préc., n° 14.

(144) Ph. Remy, *Eloge de l'exégèse*, *op. cit.*, p. 115 s., spéc. p. 120 s.

(145) M. Villey, *op. cit.*, p. 469.

Rafael Encinas de Munagorri, L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation, RTD Civ. 2006 p. 505

La querelle française de l'analyse économique du droit

Parmi les juristes français, « l'analyse économique du droit » est mal connue. Elle ne constitue pas moins - et peut-être pour cette raison - un objet de querelle entre les anciens et les modernes (H. Muir-Watt, *Les forces de résistances à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37 ; M.-A. Frison-Roche, *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit*, Petites affiches, 19 mai 2005, n° 99, p. 15). Trois ingrédients sont réunis pour qu'elle constitue un terrain d'affrontement doctrinal.

D'abord, les analyses économiques du droit puisent leurs origines aux Etats-Unis. Si l'on se réfère souvent à l'article de l'économiste R. Coase sur le coût social du droit publié en 1960, il revient au juge Posner, lui-même professeur de droit, d'avoir impulsé dans les années 1970, sur le versant juridique mais aussi économique, une dynamique, un courant de pensée et une discipline (*Law and Economics*), à partir de l'université de Chicago, également connue comme foyer des économistes dits néoclassiques (S. Harnay et A. Marciano, Richard A. Posner. *L'analyse économique du droit*, éd. Michalon, 2003 ; A. Ogus et M. Faure, *Economie du droit : le cas français*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 19 et s. ; Mackaay Ejan, *La règle juridique observée par le prisme de l'économiste une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, RID éco. 1986, p. 43). Le terreau des analyses économiques du droit est donc celui de la *common law* : le juge y occupe une place prédominante et la pensée utilitariste y est influente. Cela n'est guère dans nos traditions où la loi est pétrie de fondements souverains et le juge rompu à des raisonnements abstraits. Sur fond de concurrence mondiale entre les systèmes juridiques, les deux conceptions sont rivales. Que la Banque mondiale - dans son rapport *Doing Business* de 2005 - ait entrepris de mesurer l'efficacité économique des droits nationaux avive la controverse (G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, spéc. p. 19). Dans ce contexte, la *common law* irrite plus d'un juriste français et les idées qui s'y forment ne sont pas souvent bien accueillies. Le patriotisme juridique reste vivace. Ensuite, les analyses économiques du droit sont nées d'échanges intellectuels entre les juristes et les économistes. Or, si l'interdisciplinarité est devenue pratique courante au sein des campus américains - depuis les critiques du formalisme de l'entre-deux guerres et l'avènement corrélatif des positions réalistes - il n'en va guère de même dans nos facultés de droit où les penseurs en sciences sociales restent tenus à l'écart du domaine juridique. Le combat des civilistes du début du 19^e siècle pour contrer les tenants de l'économie politique s'est prolongé jusqu'à nous (en ce sens, Ch. Jamin, *Economie et droit*, in *Dictionnaire de la Culture juridique*, Puf/Lamy, 2003, p. 578 ; et de manière plus générale, F. Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France*, th. Université de Bourgogne, 2005). La posture morale d'un Ripert en est le fruit, confit dans le droit pourrait-on dire, et ce y compris lorsqu'il envisage des mutations économiques dans les Aspects juridiques du capitalisme moderne (LGDJ, 2^e éd. 1951). Or - c'est une banalité d'évidence - la compréhension du thème de « l'analyse économique du droit », qui comporte de nombreuses versions au sein des relations entre le droit et l'économie, suppose l'existence d'échanges interdisciplinaires entre juristes et économistes (en ce sens, A. Jeammaud, in T. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS éd. 2000, p. 219, V. aussi, B. Oppetit, *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, t. 37, Sirey, 1992). Pour des motifs aussi divers que la paresse, la méfiance ou le désintérêt, tous les juristes ne la souhaitent pas !

Enfin, les plus ouverts à une diversification des sources du droit, tel François Gény en son temps, ont été plus sensibles au droit naturel qu'aux apports des sciences économiques. En outre, le juriste français se définit surtout comme un littéraire et cultive une certaine aversion pour les équations. Parfois même, le calcul est stigmatisé comme symbole de l'impérialisme économique, lorsqu'il n'est pas accusé de porter les germes d'un individualisme destructeur du Droit avec un grand D (pour une critique de l'analyse économique droit dans la veine d'un jusnaturalisme

inavoué à caractère réactionnaire, V. A. Supiot, *Homo juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Seuil, 2003, p. 26). La lutte porte alors sur les valeurs et notions à même de refonder le droit civil. Elle prend vite la tournure manichéenne de l'opposition entre deux fondamentalismes.

Les enjeux sont aussi concrets. L'« analyse économique du droit » ne se réduit pas à constituer une branche des sciences économique - connue en France, sous l'appellation, *Economie du droit* - (V. sous ce titre, B. Lemmenier, Cujas, 1992, et surtout T. Kirat, *La Découverte*, coll. Repères, 1999), ou à refonder le droit sur des principes économiques : elle prétend aussi avoir des incidences concrètes sur le plan normatif. L'analyse économique est-elle alors une source du droit à même d'influencer le cours des lois et des décisions de justice ? Si l'interrogation définit le contour général de la présente chronique, c'est bien la doctrine proposée par le Premier président de la Cour de cassation qui a retenu notre attention.

L'engagement doctrinal du premier président de la Cour de cassation

Avec l'ouverture d'esprit et le dynamisme qui le caractérise, M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation depuis 1999, s'est engagé dans une activité en faveur de l'analyse économique du droit que nous n'hésiterons pas à qualifier de doctrinale. Nous savions déjà que la Cour de cassation fait l'objet de l'attention de la doctrine universitaire (G. Canivet, *La Cour de cassation et la doctrine*. Effets d'optique, Mélanges Aubert, 2003, p. 374). Ou encore que la Cour de cassation elle-même mentionne parfois, de manière explicite, sa doctrine dans ses arrêts (V. dans cette chronique, les obs. de nos collègues R. Libchaber, 2000.1997, N. Molfessis, 2003.567 et P. Deumier, 2006.72). Il faut désormais admettre que ses membres, qui plus est les plus éminents, développent une doctrine, sans engager l'institution qu'ils servent. Rien ne s'y oppose, sauf à caractériser la doctrine « par son extranéité à la décision sur le droit » (P. Brun, *Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine*, in Mélanges P. Jestaz, 2006, p. 78). Des voix prudes pourraient certes s'offusquer de l'utilisation d'un titre pour donner prestige à des écrits et des positions doctrinales. Elles seraient déplacées, surtout dans le concert doctrinal, où nul ne publie sous pseudonyme, et moins encore ne fait parvenir ses articles aux éditeurs dans l'anonymat. Cela dit, la doctrine de M. Guy Canivet - qui est assez nourrie pour fournir matière à un mémoire de master (C. Bailly, *Les écrits de Guy Canivet sur l'analyse économique du droit*, Master droit privé, Nantes, 2006) - se singularise par son auteur, qui est aussi premier président de la Cour de cassation. Diffuser une doctrine suppose une audience et conduit à créer des alliances. En qualité de premier président de la Cour de cassation, les occasions de prise de parole ne manquent pas. Aux discours officiels, s'ajoutent des débats avec des professionnels, des entretiens avec des journalistes (Les Echos, 26 juin 2006, p. 11, et M.-A. Frison-Roche, 28 juin 2005, p. 19) ou spécialisés (à nouveau en duo avec celle-ci, *Droit, économie et justice dans le secteur bancaire*, Petites affiches, 31 mai 2005, n° 107, p. 3). C'est plus activement encore que M. Guy Canivet s'est impliqué dans des conférences et colloques relatifs à l'analyse économique du droit. Citons en particulier celui du 13 mai 2004 sur l'analyse économique du droit des contrats organisé à la Maison du Barreau de Paris avec Mme Horatia Muir-Watt ou encore celui d'ouverture du Cycle de conférences Droit, économie et justice (V. les contributions réunies sous le titre *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, Petites affiches, n° spécial 99, 19 mai 2005) qui s'est tenu à la Cour de cassation, sous l'égide de cette même prestigieuse juridiction et de Sciences Po, plus précisément de la Chaire de régulation animée par Mme Marie-Anne Frison-Roche. Les jaloux diront que M. Guy Canivet sait bien s'entourer. Il faut surtout relever la constance avec laquelle il publie des textes - il est vrai parfois quasi identiques, comparer *Economie, droit et justice* Gaz. Pal. 9-10 mars 2005, n° 68, p. 7 et *La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge*, Petites affiches, *op. cit.* p. 23) - et prend part à des ouvrages collectifs (V. not. B. Daffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002 ; *Mesurer l'efficacité économique du droit*, *op. cit.* 2005). La visée est aussi d'élargir son audience et de sensibiliser des publics nouveaux réputés plus réticents (L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation, *Dr. soc. nov.* 2005, n° 11, p. 951). L'activité doctrinale du premier président de la Cour de cassation est donc soutenue et l'engagement certain. Reste à en préciser la teneur.

Le credo de M. Guy Canivet en faveur de l'analyse économique du droit

Plusieurs thèmes sont réunis sous la bannière de « l'analyse économique du droit » par M. Guy Canivet. Il s'agit tout à la fois de modifier la formation des juristes, le raisonnement des juges, l'évaluation du droit et de la justice, et de refonder le droit pour le mettre en accord avec les réalités économiques de son temps. Ces thèmes prennent place, selon l'auteur, dans un contexte général marqué par l'affaiblissement du rôle de l'Etat, l'importance du juge dans la production des règles, et l'extension du domaine économique à diverses branches du droit.

La formation des juristes est une préoccupation première. M. Guy Canivet fait le constat d'un « grave déficit français dans l'approche économique du droit » et déplore que les introductions au droit et les enseignants universitaires n'exploitent pas ces acquis (L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, *op. cit.* p. 1). Il en résulte des conséquences néfastes sur le plan du cloisonnement des savoirs. « L'idéal serait évidemment que les chercheurs, enseignants et praticiens concernés, soient d'un niveau de qualification adapté aussi bien en droit qu'en économie, qu'ils opèrent eux-mêmes la synthèse des deux sciences » (*ibid.* p. 3). Cela n'est pas le cas et la formation universitaire n'est pas appropriée, du moins dans l'objectif poursuivi. « Renforcer l'incidence de l'analyse économique dans les solutions judiciaires, requiert, d'abord, que les auxiliaires de justice soient aptes à développer, de manière crédible, des argumentations qui s'y réfèrent. Il s'agit autant de la qualification des juges que

de la formation des avocats, donc, à l'origine, d'une question de responsabilité de l'université » (*ibid.* p. 2). Successivement professeur associé à l'Université de Paris V, puis, depuis 2004, à l'Institut d'études politiques de Paris, M. Guy Canivet parle en connaissance de cause. Il sait aussi que les carences de formation initiale sont difficiles à pallier au stade de la formation des magistrats (La formation du juge à l'économique, *RJ com.* 2002.63).

Le raisonnement judiciaire doit intégrer - plus largement selon l'auteur - des considérations économiques au stade de l'application du droit et de l'élaboration de la règle jurisprudentielle. D'abord, les juges sont confrontés à des notions (marché, entreprise, etc.) qu'ils maîtrisent mal. Cela est notamment le cas des notions souples - standards - du droit de la concurrence ou des procédures collectives « qui ont érigé directement des notions économiques en concepts juridiques » (La pertinence de l'analyse économique du droit, *op. cit.* p. 27). Réaliser une qualification juridique ou apprécier les finalités d'une loi suppose alors d'avoir recours à des notions économiques. Ensuite, lorsqu'il s'agit d'élaborer une règle jurisprudentielle, il convient « d'anticiper la façon dont les sujets de droit ou les agents économiques réagissent et intègrent dans leurs choix stratégiques l'incidence économique des règles de droit » (*op. cit.* p. 24). Le droit a un coût, et les choix normatifs ont des conséquences économiques. Les juges ne peuvent l'ignorer dans leurs constructions jurisprudentielles. Plus encore, ils doivent être conscients de la compétition entre les systèmes juridiques. « Faire évoluer la jurisprudence comme modifier la loi pèse nécessairement sur les conditions de cette compétition. Pour cette raison, la jurisprudence devrait, plus qu'elle ne le fait, prendre en compte la nécessité d'améliorer l'efficacité des institutions juridiques, ou, en tout cas, de ne pas la contrarier » (*ibid.* p. 25). Le *forum shopping* est alors envisagé à front renversé. La préoccupation est celle de l'offre et non de la demande : il s'agit d'offrir le système juridique le plus attractif pour attirer les opérateurs économiques. « L'Etat doit en tenir compte : le droit est une valeur économique en soi » (Les Echos, Lundi 26 juin 2006, p. 11). C'est du reste ce qu'a évalué la Banque mondiale dans son rapport de 2005 (V. *supra*), même si les critères devraient être revus pour intégrer la dimension qualitative de la justice, qui est aussi facteur de performance (Evaluation de l'efficacité économique des procédures, in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, *op. cit.* p. 80).

L'analyse économique a aussi l'ambition de fournir un prisme par lequel le droit peut être compris et refondé. Comme il a pu être démontré, elle « explique et justifie la raison d'être des principes du droit... Elle serait, en outre, un facteur de renouveau d'une doctrine, qui a tendance à se réfugier dans un positivisme stérile en lui restituant sa fonction essentielle de dégager les fondements de la règle et de proposer son adaptation aux nouvelles réalités » (L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, p. 3). Le droit civil ne fait pas ici exception. Aucun domaine (responsabilité civile, contrat, propriété, famille) n'échappe *a priori* à son pouvoir explicatif et à la présence de ses justifications économiques. C'est que le droit est devenu pour l'essentiel « l'instrument d'une finalité économique... La qualité de la règle de droit s'apprécie à sa capacité à satisfaire des objectifs économiques » (La formation du juge à l'économique, *préc.* p. 64). Les modes de raisonnement économique s'appliquent même en dehors du droit économique au sens strict. Ainsi, lorsque le juge précise la notion de « bon père de famille », ou réalise une pesée d'intérêts divergents, il ne fait que contribuer à la recherche d'une solution optimale, ce qui est une autre manière de dire qu'il réalise la justice.

En définitive, lorsque l'auteur s'interroge sur « la finalité et les apports de l'analyse économique à la jurisprudence. A quoi sert-elle au juge ? En quoi peut-elle entrer dans le mécanisme jurisprudentiel ? », c'est pour apporter des réponses univoques : elle permet de mesurer l'aptitude d'une règle à remplir sa finalité sociale ; elle est facteur de progrès car « c'est la construction d'un monde meilleur qui est visé » ; elle permet de comparer l'efficacité respective de systèmes juridiques distincts ; et de « provoquer et d'anticiper des changements jurisprudentiels si se révèle une adéquation insuffisante entre les modèles et la réalité » (La pertinence de l'analyse économique du droit, *op. cit.* p. 26). Nul doute que l'analyse économique est alors présentée comme une source d'influence du droit.

Eléments pour une discussion critique de l'analyse économique du droit

Si le format de la présente chronique ne permet guère de mener une étude approfondie de l'analyse économique du droit, il est possible d'avancer quelques éléments pour une discussion critique de la doctrine du premier président de la Cour de cassation, que nous espérons avoir présentée de manière fidèle. Cela n'est pas toujours facile car cette doctrine présente de manière imbriquée des éléments qui relèvent d'analyses distinctes. Ainsi, par exemple, le thème classique de l'adaptation du droit aux réalités économiques voisine avec celui, moins familier aux juristes, de l'évaluation de l'efficacité économique du droit. Dans l'ensemble, la proposition doctrinale nous semble perfectible sur au moins trois points.

En premier lieu, il faut regretter sa trop grande *imprécision*. Lorsqu'il évoque les origines du mouvement de l'analyse économique du droit (La pertinence de l'analyse économique du droit, *op. cit.* p. 25), M. Guy Canivet passe sous silence sa proximité intellectuelle avec les courants de la science économique néoclassique qui conçoit le libéralisme sur un mode qui ne fait pas l'unanimité. Il existe pourtant d'autres courants de l'économie du droit, tels que les écoles institutionnalistes, qui auraient mérités au moins d'être signalées (T. Kirat, *Economie du droit*, *op. cit.* p. 12). Une fois averti, le lecteur aimerait surtout pouvoir approfondir la portée de l'analyse économique du droit sur le plan juridique. Or, si des exemples sont mentionnés, ils ne le sont que de manière générale, et à notre connaissance, aucun arrêt n'est jamais cité. La doctrine proposée gagnerait à expliciter son incidence à partir d'un cas

concret, y compris en explicitant le mode de calcul permettant de mesurer l'impact économique d'une règle de droit. Présenter des équations permettrait aussi de mieux comprendre comment l'analyse économique peut contribuer au droit. Sans cela, la doctrine de l'analyse économique du droit ne se présente ni comme une analyse, ni comme économique (on pourrait tout aussi bien la désigner comme une analyse sociale du droit, en évitant d'opposer un sociologisme de gauche à un économisme de droite). Dire que le juge applique déjà l'analyse économique du droit, par la recherche de la solution collectivement optimale, comme M. Jourdain parle la prose sans le savoir, n'a pas de quoi émerveiller, sauf à susciter des comparaisons désobligeantes.

En second lieu, il faut s'interroger sur le caractère *irréaliste* des rapports entre l'économie et le droit. La tentation du juge est certes de solliciter des connaissances externes à son domaine pour accroître son autorité et la légitimité de ses décisions. M. Guy Canivet invoque à diverses reprises la prise en compte de facteurs économiques, comme s'il s'agissait de faits ou de réalités tangibles. Le problème est précisément que les sciences économiques décrivent fort peu de réalités ou de faits par des études empiriques ; elles élaborent des théories et proposent des modèles. A tel point que c'est à l'inverse par la connaissance du droit que les économistes parviennent à trouver ancrage dans la réalité. Bruno Deffains, promoteur de l'analyse économique du droit en France, le reconnaît aisément : « l'étude des comportements qui fait abstraction du cadre juridique existant risque de ne pas avoir de valeur dans le monde réel. Si les économistes écoutent ce que les juristes leur disent, ils seront capables de développer des modèles plus proches de la réalité », (*Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste*, Petites affiches, *op. cit.* p. 11). La réalité n'est pas plus du côté des économistes que des juristes, de même d'ailleurs que les modèles. Et l'esprit critique du juriste ne doit pas « sombrer dans un économisme caricatural et béat » (L. Grynbaum, *Le développement de l'analyse économique du droit : vers un néo-positivisme ?*, compte rendu de la thèse de M. Laithier, RDC 2005.1269). La leçon de réalisme des sciences sociales est autre : elle est de considérer que la réalité est construite, ou si l'on préfère coproduite, en l'occurrence par les juristes et les économistes (Ian Hacking, *Entre science et réalité : la construction sociale de quoi ?*, La Découverte, 2001). L'étymologie du fait (de *factum*, fabriquer) permet de le rappeler.

En dernier lieu, le caractère *asymétrique* de l'analyse économique du droit n'est pas à l'avantage de ce dernier. Certains économistes du droit n'hésitent d'ailleurs pas à employer un vocabulaire polémique : « l'étude des normes juridiques et des institutions doit permettre aux économistes de participer aux réflexions normatives dominées jusqu'ici par les juristes » (B. Deffains, *op. cit.* p. 11) ; ou encore à propos des standards : « Ces normes sont le cheval de Troie de l'analyse économique dans la citadelle du droit positif. En effet, il est possible de donner une interprétation de ces normes vagues qui valorisent leurs fondements économiques sans pour autant provoquer des conflits avec les valeurs de justice » (*ibid.* p. 12). Le discours des économistes semble alors entrer en rivalité avec celui des juristes pour déterminer le droit. Le projet de Karl Marx, brillant économiste du droit, fut d'ailleurs de substituer la pensée économique au droit, réduit à une superstructure des rapports de production. Sa valeur scientifique eut moins de succès que sa force dogmatique. A cette aune, l'analyse économique du droit a de l'avenir devant elle.

L'horizon des juristes est-il toutefois de fournir des matériaux aux économistes ou de devenir leurs experts ? La perspective est pour le moins réductrice. L'apport des juristes aux économistes peut aussi être conçu de manière symétrique. Si la doctrine de Guy Canivet semble maintenir la tradition d'une analyse juridique de l'économie, elle ne met l'accent ni sur ses vertus pour éclairer la part normative intégrée dans les calculs et modèles économiques, ni sur ses ressources pour contribuer à l'intelligibilité de l'économie capitaliste qui est la nôtre. Reste donc à approfondir nos liens avec les économistes pour faire éclore, en toute lucidité, les bourgeois des analyses communes à l'économie et au droit.

Ronald H. Coase, *The problem of social cost*, *Journal of Law and Economics*, oct. 1960, p. 44

I. Le problème à examiner

Cet article s'intéresse aux activités des entreprises dont les effets externes nuisent à autrui. L'exemple type est celui d'une usine dont la fumée nuit aux occupants des propriétés voisines. L'analyse économique d'une telle situation tend généralement à établir une distinction entre le produit social et le produit privé de l'usine, ce en quoi les économistes se sont largement inspirés des analyses de Pigou dans *The Economics of Welfare*. Ce type de raisonnement semble avoir conduit la plupart d'entre eux à conclure qu'il est souhaitable de rendre le propriétaire de l'usine responsable des dommages causés à ceux que la fumée a lésés, ou bien de l'assujettir à une taxe qui varierait en fonction de la quantité de fumée émise, et qui serait équivalente, en termes monétaires, aux dommages provoqués, ou enfin, d'écarter l'usine des quartiers résidentiels - et sans doute de toute autre zone dans laquelle l'émission de fumées aurait des effets externes négatifs pour autrui. J'ai l'intention de montrer que ces lignes de conduite, telles qu'elles sont envisagées, sont inadéquates, dans la mesure où elles donnent des résultats qui ne sont pas nécessairement, ni même en général, souhaitables.

II La nature réciproque du problème

L'approche traditionnelle a eu tendance à brouiller la nature du choix qui doit être fait. On envisage en général le problème sous l'angle suivant: A fait du tort à B, et

ce qu'il faut décider, c'est comment réfréner A. Mais cette approche est fautive. Nous avons affaire à un problème de nature réciproque. Empêcher A de nuire à B, ce serait nuire à A. La vraie question à résoudre est la suivante: doit-on laisser A nuire à B, ou doit-on laisser B nuire à A ?

Le problème est d'empêcher que soient commis les torts les plus importants. Dans mon article précédent, j'ai donné l'exemple d'une fabrique de bonbons dont les machines, bruyantes et trépidantes, dérangent un médecin dans l'exercice de son activité. Éviter de gêner le médecin, c'était porter tort au confiseur. Le problème posé revenait essentiellement à se demander si cela valait vraiment la peine, en restreignant les méthodes de production utilisables par le confiseur, d'en arriver à augmenter la production des soins en contrepartie d'une diminution de l'offre des produits de la confiserie. Le problème du bétail errant qui détruit les récoltes sur les terres avoisinantes offre un autre exemple. S'il est inévitable que des bêtes s'échappent, une baisse de l'offre de récolte sera la nécessaire contrepartie d'une augmentation de l'offre de viande. La nature du choix est claire : viande ou récolte. Bien entendu, la réponse à apporter n'est pas évidente, à moins de connaître la valeur de ce que l'on obtient ainsi que la valeur de ce que l'on sacrifie pour l'obtenir.

Pour prendre un autre exemple, le professeur George J. Stigler cite celui de la pollution d'un cours d'eau. En partant du principe que l'effet externe négatif de la pollution est la destruction des poissons, la question qu'il faut trancher est la suivante : la valeur des poissons perdus est-elle supérieure ou inférieure à celle de la production que la pollution du ruisseau rend possible ? Il va presque sans dire que cette question doit être envisagée à la fois dans sa globalité et à la marge.

III. Le mécanisme de fixation des prix avec indemnisation des dommages

Je me propose de commencer mon analyse par l'étude d'un cas sur lequel la plupart des économistes tomberaient probablement d'accord pour estimer qu'il peut être résolu de façon parfaitement satisfaisante : lorsqu'une entreprise responsable d'un préjudice doit rembourser l'intégralité du dommage commis, et lorsque le système de tarification fonctionne sans heurts - ce qui signifie, en termes précis, que la mise en oeuvre de la tarification n'a aucun coût.

Le cas du bétail qui divague et qui détruit les récoltes poussant sur les terres voisines offre un bon exemple du problème que nous évoquons. Supposons qu'un agriculteur et qu'un éleveur exercent leurs activités sur des terres mitoyennes. Supposons encore que, en l'absence de toute clôture entre les deux exploitations, un agrandissement du troupeau de l'éleveur se traduise par une augmentation globale des dommages causés aux récoltes de l'agriculteur. L'incidence de l'agrandissement du troupeau sur le préjudice marginal est un autre problème. Cette incidence dépend de toutes sortes de facteurs : les bêtes ont-elles tendance à se déplacer l'une derrière l'autre, ou côte à côte ? Ont-elles tendance à plutôt plus, ou à plutôt moins s'agiter lorsque la taille du troupeau augmente ? Etc. Les hypothèses sur l'incidence que l'agrandissement du troupeau exerce sur le préjudice marginal n'ont aucune influence sur ma démonstration.

Pour la simplifier, je me propose d'utiliser un exemple arithmétique. Je suppose que clôturer les terres de l'agriculteur a un coût annuel de neuf dollars, et que le prix de la récolte est d'un dollar par tonne. Je suppose également que la relation entre le nombre de têtes de bétail et la perte de récolte annuelle est la suivante :

Nombre de têtes (Bovins)	Perte de récolte annuelle (en tonnes)	Perte de récolte par tête de bétail supplémentaire (en tonnes)
1	1	1
2	2	2
3	6	3
4	10	4

Étant donné que l'éleveur est responsable des préjudices causés, le coût annuel additionnel qui lui est imposé, si, par exemple, il fait passer son cheptel de deux à trois têtes, s'élève à trois dollars. Il doit donc prendre ceci en compte, en plus des autres coûts, lorsqu'il décide de la taille de son troupeau. Autrement dit, il n'augmentera son cheptel que si la valeur du surplus de viande produite - en supposant que l'éleveur destine le bétail à la boucherie - est supérieure aux coûts additionnels que cela entraîne, y compris la valeur de la récolte supplémentaire détruite. Bien entendu, si le recours à des chiens, des bergers, des avions, des talkies-walkies, ou à tout autre moyen permet de réduire le montant du préjudice, ces moyens seront adoptés lorsque leur coût sera inférieur à la valeur de la récolte dont ils évitent la destruction. Étant donné que clôturer le terrain a un coût annuel de neuf dollars, l'éleveur qui souhaiterait exploiter un troupeau de quatre têtes ou plus prendrait à sa charge la mise en place et l'entretien de la clôture, dans la mesure où il n'obtiendrait pas les mêmes résultats par d'autres moyens meilleur marché. Une fois la clôture dressée, le coût marginal qu'entraîne la responsabilité vis-à-vis des préjudices causés devient nul, sauf si l'augmentation de la taille du

troupeau nécessite une clôture plus robuste, et donc plus onéreuse, parce qu'un nombre plus grand de bovins sont susceptibles de s'y appuyer en même temps. Mais bien entendu, il est peut-être plus économique, pour l'éleveur, de ne pas dresser de clôture et de payer les récoltes endommagées, comme dans mon exemple arithmétique, quand le nombre de têtes est inférieur ou égal à trois.

On pourrait penser que le fait de voir rembourser tout dommage causé à ses récoltes pourrait pousser l'agriculteur à augmenter sa surface cultivée, si un éleveur venait à occuper les terres voisines. Mais tel n'est pas le cas. Si la récolte était précédemment vendue dans des conditions de concurrence pure et parfaite, le coût marginal serait égal au prix pour la surface cultivée, et toute augmentation de cette surface aurait diminué les bénéfices de l'agriculteur. Dans la nouvelle situation, l'existence de dommages causés à ses récoltes impliquerait que l'agriculteur vendrait moins sur le marché, mais que ses rentrées pour un niveau de production donné seraient les mêmes, étant donné que l'éleveur l'indemniserait au prix du marché pour toute perte de récolte. Bien sûr, si l'élevage impliquait communément la destruction de récoltes, l'apparition d'une importante activité d'élevage pourrait faire monter le prix des récoltes concernées et les agriculteurs auraient alors tendance à augmenter leur surface cultivée. Mais je souhaite me limiter aux cas des agriculteurs individuels.

J'ai dit que l'occupation, par un éleveur, de terres voisines, ne provoquerait pas l'augmentation de la production de l'agriculteur, ou, plus précisément, celle de la surface qu'il cultive. En fait, si l'activité de l'éleveur a une incidence, ce sera plutôt de faire diminuer la surface cultivée. En effet, si, pour une parcelle donnée, la valeur de la récolte endommagée est assez importante pour que les revenus tirés de la vente de la partie intacte de la récolte soient inférieurs au coût total de l'exploitation de cette surface, l'agriculteur et l'éleveur trouveront avantage à négocier sa mise en jachère. Cela peut être mis en lumière par un exemple chiffré. Supposons pour commencer que la valeur de la récolte tirée d'une parcelle donnée est de douze dollars et que les frais d'exploitation de cette surface s'élèvent à dix dollars, le bénéfice net réalisé étant de deux dollars. Je suppose, pour simplifier, que l'agriculteur est propriétaire de sa terre. Supposons à présent que l'éleveur se mette à exercer son activité sur une propriété mitoyenne et que la valeur des récoltes détruites soit de un dollar. Dans ce cas, l'agriculteur tire onze dollars de la vente de ses récoltes, l'éleveur lui paie un dollar au titre du dommage subi, et le bénéfice net est toujours égal à deux dollars. Supposons maintenant que l'éleveur estime qu'il est profitable d'augmenter la taille de son troupeau, bien que le montant des indemnités atteigne trois dollars.

Cela signifie que la valeur de la production supplémentaire de viande est supérieure aux coûts additionnels, y compris les deux dollars supplémentaires de dédommagement. Mais le coût global de ce dédommagement s'élève désormais à trois dollars. Le bénéfice net que tire l'agriculteur de l'exploitation de sa terre est toujours de deux dollars. L'éleveur serait bénéficiaire si l'agriculteur acceptait de ne pas cultiver sa terre en contrepartie d'un dédommagement inférieur à trois dollars. L'agriculteur pourrait accepter de laisser sa terre en jachère en contrepartie de tout paiement supérieur à deux dollars. Il est clair qu'il y a place pour un accord mutuellement avantageux qui conduirait à la mise en jachère. Le même argument est valable non seulement pour l'ensemble des terres cultivées par l'agriculteur, mais aussi pour le moindre bout de terrain. Supposons, par exemple, que le bétail a un itinéraire précis pour gagner un ruisseau ou une zone d'ombre. Dans ce cas, le montant des dégâts causés à la récolte sur le passage du bétail peut être considérable, et il se pourrait alors que l'agriculteur et l'éleveur trouvent profitable de négocier un accord en vertu duquel l'agriculteur consentirait à ne pas cultiver cette bande de terre.

Mais cela soulève une autre possibilité. Supposons qu'existe effectivement un tel itinéraire. Supposons encore que la valeur de la récolte qui serait obtenue en cultivant cette bande de terre soit de dix dollars, mais que le coût d'exploitation s'élève à onze dollars. En l'absence de l'éleveur, cette parcelle ne serait pas cultivée. Cependant, étant donné la présence de l'éleveur, il pourrait bien se produire que, si la parcelle était cultivée, toute la récolte soit détruite par le bétail. Dans ce cas, l'éleveur serait tenu de verser dix dollars à l'agriculteur. Il est vrai que l'agriculteur perdrait un dollar. Mais l'éleveur en perdrait dix. Il est évident qu'une telle situation ne pourrait pas durer indéfiniment, aucune des deux parties ne le souhaitant.

L'objectif de l'agriculteur consisterait à amener l'éleveur à le payer pour accepter de ne pas cultiver cette parcelle. Il ne pourrait pas obtenir une somme supérieure au coût de clôture de la parcelle, ni un montant tel qu'il conduirait l'éleveur à abandonner l'exploitation de la terre voisine. Le montant versé dépendrait en fait de l'habileté de l'éleveur et de l'agriculteur en tant que négociateurs. Mais comme le paiement ne serait pas assez élevé pour amener l'éleveur à abandonner l'emplacement, et comme il ne varierait pas en fonction de la taille du troupeau, un tel accord n'aurait aucune incidence sur l'affectation des ressources, mais modifierait simplement la répartition des revenus et des richesses entre l'éleveur et l'agriculteur.

Je pense qu'il est clair que si l'éleveur doit répondre des dommages causés, et que le mécanisme de fixation des prix fonctionne bien, la réduction de la valeur de la production ailleurs sera prise en compte dans le calcul du coût additionnel lié à l'augmentation de la taille du troupeau. Ce coût sera pondéré par la valeur de la production additionnelle de viande, et l'affectation des ressources sera optimale dans le secteur de l'élevage, étant donné des conditions de concurrence pure et parfaite. Ce qu'il faut souligner, c'est que la chute de la valeur de la production

ailleurs, qui serait prise en compte dans les coûts de l'éleveur, pourrait bien être inférieure au dommage que le bétail causerait aux récoltes, si le cours des choses se déroulait normalement. Cela est possible parce que les transactions sur le marché permettent de suspendre la culture des terres. Cela est souhaitable chaque fois que le dommage que pourrait causer le bétail, et que l'éleveur accepterait de payer, dépasserait le montant que l'agriculteur payerait pour exploiter sa terre.

Dans des conditions de concurrence pure et parfaite, le montant que l'agriculteur payerait pour exploiter sa terre est égal à la différence entre la valeur de la production totale lorsque les facteurs sont employés sur cette terre, et la valeur du produit supplémentaire obtenu lorsqu'on les utilise pour le meilleur produit de substitution - ce qui correspondrait à ce que l'agriculteur aurait à payer pour les facteurs. Si le dommage dépasse le montant que l'agriculteur payerait pour exploiter sa terre, la valeur du produit supplémentaire des facteurs employés ailleurs dépasserait la valeur du produit total de cette utilisation, après prise en compte du dommage.

Il en résulte qu'il serait souhaitable d'abandonner l'exploitation de cette terre et de libérer les facteurs employés pour produire ailleurs. Une procédure qui se contenterait d'offrir un paiement pour le dommage causé aux récoltes par le bétail, mais qui ne permettrait pas de suspendre l'exploitation de la terre, aboutirait à une utilisation insuffisante des facteurs de production dans le secteur de l'élevage, et à une utilisation excessive des facteurs dans le domaine des cultures.

Compte tenu des possibilités de transactions sur le marché, une situation dans laquelle le dommage causé aux récoltes dépasserait le montant du loyer des terres, ne pourrait pas durer. Que l'éleveur paie l'agriculteur pour qu'il laisse ses terres en jachère, ou qu'il loue lui-même les terres au propriétaire, en lui versant un loyer légèrement supérieur à celui qu'acquitterait l'agriculteur - si celui-ci louait lui-même les terres -, le résultat final serait le même, et maximiserait la valeur de la production. Même lorsque l'agriculteur est amené à réaliser des cultures qu'il ne serait pas rentable de produire en vue de les vendre sur le marché, il ne pourra absolument s'agir que d'un phénomène à court terme et qui devrait déboucher sur un accord prévoyant l'interruption de cette culture. L'éleveur restera dans les lieux, et le coût marginal de la production de viande sera le même qu'auparavant, ce qui n'impliquera aucun effet à long terme sur l'affectation des ressources.

IV. Le mécanisme de fixation des prix sans indemnisation des dommages

Je vais maintenant m'intéresser au cas dans lequel, bien que le mécanisme de fixation des prix fonctionne sans heurts - c'est-à-dire qu'il n'a pas de coût-, l'entreprise responsable n'est tenue de payer aucune indemnisation pour les dommages qu'elle cause. Cette entreprise n'est pas tenue de payer quoi que ce soit à ceux qui subissent des dommages provoqués par ses actions. Je me propose de démontrer que l'affectation des ressources sera la même dans ce cas, que lorsque l'entreprise était tenue de payer une indemnisation pour les dommages causés. Étant donné que j'ai déjà démontré, dans le cas précédent, que l'affectation des ressources était optimale, il ne sera pas nécessaire de revenir sur cette partie de ma démonstration.

Je reviens à l'exemple de l'agriculteur et de l'éleveur. La récolte de l'agriculteur subira des dommages de plus en plus importants au fur et à mesure que la taille du troupeau augmentera. Supposons que l'éleveur possède trois têtes de bétail - et qu'il s'agisse de la taille du troupeau qui serait maintenue si le dommage causé aux récoltes n'était pas pris en compte. L'agriculteur sera prêt à verser trois dollars si l'éleveur réduit son cheptel à deux têtes, jusqu'à cinq dollars s'il ne garde qu'une bête, et jusqu'à six dollars s'il abandonne l'élevage. L'éleveur recevrait donc trois dollars de l'agriculteur, s'il conservait deux têtes de bétail au lieu de trois. La renonciation à ces trois dollars fait donc partie du coût supporté pour conserver la troisième bête. Que ces trois dollars constituent un versement que l'éleveur doit effectuer s'il ajoute une troisième tête à son troupeau - ce qui serait le cas s'il était tenu de dédommager l'agriculteur pour les dégâts causés à ses récoltes-, ou bien qu'ils constituent une somme d'argent qu'il aurait reçue s'il n'avait pas conservé une troisième bête - ce qui serait le cas s'il n'était pas tenu de dédommager l'agriculteur pour les dégâts causés à ses récoltes -, cela n'affecte en rien le résultat final.

Dans les deux cas, ces trois dollars font partie du coût de l'ajout d'une troisième tête de bétail, et doivent être comptabilisés avec les autres coûts. Si l'augmentation de la valeur de la production de l'élevage, obtenue en faisant passer le troupeau de deux à trois têtes, est supérieure aux coûts supplémentaires qui doivent être supportés - y compris les trois dollars dus au titre du dommage causé aux récoltes -, la taille du troupeau sera augmentée. Dans le cas contraire, elle ne le sera pas. Le nombre de têtes de bétail sera le même, que l'éleveur soit ou non tenu de payer les dommages causés aux récoltes.

On pourrait soutenir que l'hypothèse de départ - un cheptel de trois têtes - était arbitraire. Cela est vrai. Mais l'agriculteur ne serait pas prêt à payer pour éviter à ses récoltes des dommages que l'éleveur ne serait pas en mesure de provoquer. Par exemple, le montant annuel maximum de la somme que l'agriculteur pourrait être amené à verser ne dépasserait pas neuf dollars, c'est-à-dire le coût annuel pour clôturer son terrain. Et l'agriculteur n'accepterait de payer cette somme que si elle ne réduisait pas ses revenus à un niveau qui le ferait renoncer à exploiter cette parcelle. De plus, l'agriculteur n'accepterait de verser cette somme que s'il pensait que, sans paiement de sa part, la taille du troupeau de l'éleveur atteindrait ou dépasserait quatre têtes. Supposons que tel est le cas.

L'agriculteur acceptera alors de payer jusqu'à trois dollars si l'éleveur réduit son troupeau à trois têtes, jusqu'à six dollars si le cheptel est ramené à deux têtes, jusqu'à huit dollars s'il ne reste qu'une seule bête, et jusqu'à neuf dollars si l'élevage est abandonné. On remarquera que le changement d'hypothèse de départ n'a pas modifié la somme qui reviendrait à l'éleveur s'il réduit son cheptel d'une quantité donnée. Il est toujours exact que l'éleveur pourrait recevoir de l'agriculteur trois dollars supplémentaires s'il acceptait de faire passer le nombre de ses têtes de bétail de trois à deux, et que ces trois dollars représentent la valeur de la récolte qui serait détruite par l'ajout d'une troisième tête au troupeau. Bien qu'une appréciation différente -justifiée ou non - du nombre de têtes que l'éleveur conserverait en l'absence de paiements de sa part puisse amener l'agriculteur à payer une somme totale plus ou moins importante, cette différence d'opinion n'aurait pas le moindre effet sur la taille effective du troupeau de l'éleveur. Il aura la même taille que si l'éleveur était tenu de payer les dommages provoqués par son bétail, puisque renoncer à une somme donnée revient à payer le même montant.

On pourrait penser que l'éleveur aurait intérêt à augmenter son cheptel au-delà de ce qu'il souhaitait une fois l'arrangement conclu, afin d'inciter l'agriculteur à payer une somme totale plus importante. Et il se peut que cela soit vrai. Cette attitude est de même nature que celle de l'agriculteur qui exploite - dans le cas où l'éleveur est tenu de payer les dommages qu'il a causés- des terres qu'il abandonnera par la suite, après avoir conclu un arrangement avec l'éleveur -y compris des parcelles qui ne seraient pas du tout exploitées en l'absence d'élevage. Mais il ne s'agit que de manoeuvres préliminaires qui précèdent un accord et qui n'ont pas d'incidence sur la situation d'équilibre à long terme. Celle-ci est la même, que l'éleveur soit ou non tenu responsable des dommages causés par son bétail.

Il est nécessaire de savoir si l'entreprise responsable est tenue ou non de payer pour les dommages qu'elle a causés, étant donné que, si l'on ne délimite pas dès le départ ces droits, aucune transaction sur le marché ne permet de les transférer ou de les redistribuer. Mais le résultat final - qui maximise la valeur de la production - est indépendant de l'aspect juridique si l'on admet que le système de tarification n'a pas de coût.

V. Quelques nouveaux exemples illustrant le problème

Les effets externes négatifs des activités d'une entreprise peuvent prendre des formes très variées. La justice anglaise a eu jadis à connaître d'une construction qui, en empêchant l'air de circuler, entravait le fonctionnement d'un moulin à vent. Une affaire récente, en Floride, portait sur un immeuble qui faisait de l'ombre à la piscine et au solarium d'un hôtel voisin. Le problème du bétail qui divague et des dégâts aux récoltes, qui a fait l'objet d'une analyse détaillée dans les deux précédentes sections, a pu sembler constituer un cas tout à fait particulier, mais ce n'est en réalité qu'un exemple parmi d'autres d'un problème qui peut se poser sous de nombreuses formes.

Pour clarifier la nature de mon argumentation et pour démontrer qu'elle s'applique de façon tout à fait générale, je me propose de choisir quatre affaires réelles, à titre de nouveaux exemples.

Reprenons d'abord l'affaire *Sturges contre Bridgman* que j'ai utilisée pour éclairer le problème général dans mon article sur « The Federal Communications Commission ». Dans cette affaire, un confiseur - de Wigmore Street - utilisait deux mortiers à piler dans le cadre de son activité - l'un d'entre eux fonctionnait au même endroit depuis soixante ans, et l'autre, depuis plus de vingt-six ans. Un médecin est venu s'installer dans des locaux voisins - sur Wimpole Street. Les machines du confiseur n'ont causé aucun préjudice au médecin jusqu'au jour où, huit ans après s'être installé, il a fait construire un cabinet de consultation au fond de son jardin, adossé au laboratoire du confiseur. On s'est alors aperçu que le bruit et les vibrations provoqués par les machines du confiseur rendaient difficile l'utilisation par le médecin de son nouveau cabinet de consultation. « En particulier, [...] le bruit l'empêchait d'ausculter ses patients atteints de maladies respiratoires. Il lui paraissait également impossible de se livrer de manière efficace à toute occupation requérant réflexion et concentration. Le médecin entama donc une action en justice afin de contraindre le confiseur à cesser d'utiliser ses machines. Le tribunal rendit sans difficulté une ordonnance donnant satisfaction au médecin. » La stricte application du principe sur lequel repose notre jugement peut être à l'origine de graves inconvénients pour certains individus. Toutefois, la négation de ce principe provoquerait encore plus d'inconvénients personnels, et pourrait en même temps avoir un effet préjudiciable sur l'évolution des terrains à des fins résidentielles.

La décision du tribunal établit que le médecin avait le droit d'empêcher le confiseur d'utiliser ses machines. Mais il aurait bien sûr été possible de modifier les dispositions envisagées par la décision judiciaire, en négociant un arrangement entre les deux parties. Le médecin aurait été prêt à renoncer à ses droits et à accepter la poursuite du fonctionnement des machines, si le confiseur lui avait payé une somme d'argent d'un montant supérieur à la perte de revenu qu'il aurait subie du fait d'être contraint soit d'emménager dans un emplacement plus onéreux ou moins commode, soit de réduire ses activités sur place, soit encore, comme la possibilité en avait été suggérée, d'avoir à construire un mur distinct pour amortir le bruit et les vibrations. Le confiseur aurait accepté cette proposition si le montant qu'il avait eu à payer au médecin avait été inférieur à la baisse de revenu qu'il aurait subie du fait de devoir soit modifier son mode de fonctionnement sur place, soit abandonner sa production, ou encore installer ailleurs son entreprise de confiserie. La solution du problème dépend essentiellement du fait de savoir si

continuer à utiliser les machines augmente davantage les revenus du confiseur que cela ne diminue ceux du médecin ?

Mais quelle aurait été la situation si le tribunal avait donné raison au confiseur? Celui-ci aurait pu continuer à utiliser ses machines bruyantes et trépidentes sans avoir à payer quoi que ce soit au médecin. La balle aurait été dans l'autre camp : le médecin aurait eu à payer le confiseur pour l'inciter à cesser de se servir de ses machines. Si la poursuite de leur utilisation avait entraîné, pour le médecin, une baisse de ses revenus supérieure à l'augmentation de revenus qu'elle entraînait pour le confiseur, il y aurait manifestement eu place pour la négociation d'un arrangement par lequel le médecin aurait payé le confiseur pour cesser d'utiliser ses machines.

En d'autres termes, les circonstances dans lesquelles il ne serait pas de l'intérêt du confiseur de continuer à utiliser ses machines, et de dédommager le médecin du préjudice qu'il subirait - si le médecin avait le droit d'empêcher le confiseur d'utiliser ses machines - seraient les mêmes que celles dans lesquelles il serait de l'intérêt du médecin de payer une certaine somme au confiseur pour l'inciter à cesser d'utiliser les machines - s'il était en droit de les faire fonctionner. À la base, les conditions sont exactement les mêmes, dans cette affaire, que dans l'exemple du bétail qui détruisait les récoltes. Si les opérations commerciales n'avaient aucun coût, la décision des tribunaux quant à d'éventuels dédommagements n'aurait aucune incidence sur l'affectation des ressources. Bien sûr, les juges ont eu le sentiment d'exercer une certaine influence sur le fonctionnement du système économique - et d'aller dans la bonne direction. Toute autre décision aurait « porté préjudice à l'aménagement du terrain en zone résidentielle, un argument développé en prenant l'exemple d'une forge fonctionnant sur une lande déserte, transformée par la suite à des fins résidentielles ». Le point de vue des juges, selon lequel ils décidaient de l'utilisation des terrains, ne serait fondé que dans le cas où le coût des indispensables transactions sur le marché dépasserait le bénéfice qui pourrait être obtenu par tout réaménagement des droits. Et il ne serait souhaitable de réserver les zones concernées - qu'il s'agisse de Wimpole Street ou de la lande - à des fins résidentielles ou à l'exercice de professions libérales - en autorisant les résidents non industriels à faire cesser par injonction du tribunal les bruits, les vibrations, les fumées, etc. - que si la valeur des installations résidentielles supplémentaires était supérieure à celle des bonbons ou du fer non produits. Mais, de cela, les juges ne semblaient pas être conscients.

L'affaire *Cooke contre Forbes* fournit un autre exemple du même problème. Au cours de l'un des stades de la fabrication de nattes en fibres de noix de coco, on les plongeait dans un liquide de blanchiment, puis on les faisait sécher à l'air libre. Des gaz émis par un fabricant voisin de sulfate d'ammonium ternissaient la brillance des nattes et leur donnaient une couleur noirâtre. Le liquide de blanchiment contenait en effet du chlorure d'étain, une substance qui noircit au contact de l'hydrogène sulfuré. On chercha à obtenir du tribunal une injonction ordonnant à l'industriel de faire cesser ses émissions gazeuses. Les avocats du défendeur soutinrent que si le plaignant « n'utilisait pas [...] un liquide de blanchiment particulier, la fibre ne serait pas affectée et que son procédé était inhabituel, non conforme aux règles de l'art, et même nuisible à son propre produit ». Le juge émit l'appréciation suivante : « [...] il me semble tout à fait évident qu'un individu a le droit d'exploiter, dans ses murs, un procédé de fabrication utilisant le chlorure d'étain, ou n'importe quelle autre teinture à base de métal, et que son voisin n'est pas libre de répandre des gaz qui vont gêner sa fabrication. Si l'on peut prouver que ces émissions viennent de chez ce voisin, il est clair, à mon avis, que l'individu sera fondé à venir dans ce tribunal y demander la cessation du trouble ». Cependant, attendu que le dommage était accidentel et occasionnel, que des précautions méticuleuses étaient prises et que le risque n'était pas exceptionnel, le plaignant n'obtint pas du tribunal l'injonction qu'il demandait. Il lui restait la possibilité d' tenter une action s'il le souhaitait et de demander des dommages et intérêts. Quelles suites ont été données à cette affaire, je l'ignore.

Mais il est clair que la situation est fondamentalement la même que dans l'affaire *Sturges contre Bridgman*, sauf que le fabricant de nattes en fibres de noix de coco ne put obtenir d'injonction, mais dut demander des dommages et intérêts au fabricant de sulfate d'ammonium. L'analyse économique de la situation est exactement la même que dans le cas du bétail qui détruisait les récoltes. Pour éviter le dommage, le fabricant de sulfate d'ammonium pourrait prendre davantage de précautions, ou s'installer ailleurs. L'un ou l'autre de ces partis ferait probablement augmenter ses coûts. Une autre solution consisterait à payer pour le dommage provoqué. C'est ce qu'il ferait si les sommes payées au titre du dédommagement étaient inférieures aux coûts additionnels qui devraient être engagés pour éviter de provoquer le dommage. Les sommes payées à titre de dédommagement entreraient alors dans le coût de production du sulfate d'ammonium. Naturellement, si, comme il avait été suggéré au cours du processus judiciaire, le dommage pouvait être éliminé en changeant d'agent de blanchiment - ce qui aurait probablement fait augmenter les coûts du fabricant de nattes-, et si les coûts supplémentaires avaient été inférieurs au montant du dommage provoqué en l'absence de ce changement de produit, il aurait été possible aux deux industriels de trouver un arrangement mutuellement satisfaisant impliquant l'utilisation d'un nouvel agent de blanchiment. Si le tribunal avait pris une décision défavorable au fabricant de nattes, lui imposant de subir le dommage sans obtenir d'indemnité, l'affectation des ressources n'en aurait pas été modifiée. Le fabricant de nattes aurait eu intérêt à changer d'agent de blanchiment, si les coûts supplémentaires que cette opération impliquait étaient inférieurs à la diminution du dommage qu'elle entraînait. Et, étant donné que le fabricant de nattes aurait été prêt à payer

au fabricant de sulfate d'ammonium jusqu'à une somme juste inférieure à sa perte de revenus - l'augmentation des coûts ou le dommage subi - pour qu'il cesse son activité, cette perte de revenus demeurerait un coût de production pour le fabricant de sulfate d'ammonium. Du point de vue de l'analyse, cette affaire est exactement la même que celle du bétail qui détruisait les récoltes. [...]

VI. La prise en considération du coût des transactions opérées sur le marché

Jusqu'à présent, notre démonstration a reposé sur l'hypothèse - explicite dans les sections III et IV, et implicite dans la section V - selon laquelle les transactions opérées sur le marché n'entraînaient aucun coût. Il s'agit, bien entendu, d'une hypothèse tout à fait irréaliste. Pour réaliser une opération sur le marché, il est nécessaire de déterminer avec qui l'on souhaite faire affaire, d'informer les personnes concernées que l'on souhaite traiter avec elles et sur quelles bases, de conduire les négociations préalables à un accord, d'établir le contrat, de procéder aux contrôles nécessaires afin de s'assurer que les termes de ce contrat sont respectés, etc. Ces opérations sont souvent extrêmement coûteuses, suffisamment, en tout cas, pour empêcher nombre de transactions qui seraient réalisées dans un monde où le mécanisme de fixation des prix n'entraînerait aucun coût.

Dans les sections précédentes, lorsque nous avons évoqué le problème de la renégociation, sur le marché, des droits reconnus par la loi, nous avons soutenu qu'un tel réaménagement serait réalisé sur le marché chaque fois qu'il déboucherait sur une augmentation de la valeur de production. Mais, pour arriver à cette conclusion, on supposait que les opérations sur le marché n'avaient aucun coût. Lorsque l'on prend en compte le coût de la réalisation des opérations sur le marché, il est clair que de tels réaménagements des droits ne seront entrepris que lorsque l'augmentation de la valeur de production qu'ils entraînent est supérieure aux coûts de leur mise en oeuvre. Lorsqu'elle est inférieure, l'obtention d'une injonction - ou la conviction qu'elle serait accordée -, ou le fait d'être tenu de payer pour les dommages causés, peuvent aboutir à la cessation d'une activité - ou empêcher qu'elle ne débute -, activité qui aurait été poursuivie - ou entreprise - si les opérations sur le marché n'entraînaient aucun coût. Dans ces conditions, la délimitation initiale des droits reconnus par la loi a une incidence effective sur l'efficacité avec laquelle fonctionne le système économique. Telle répartition des droits peut engendrer une valeur de production supérieure à tout autre aménagement. Mais, s'il ne s'agit pas de la répartition des droits établie par la législation, les coûts nécessaires pour parvenir au même résultat, en modifiant et en recombinaison les droits par une transaction sur le marché, peuvent être tellement élevés que cette répartition optimale des droits ne sera peut-être jamais réalisée, et la valeur de production supérieure qu'elle provoquerait ne sera jamais atteinte.

Le rôle joué par les considérations d'ordre économique dans le processus de délimitation des droits reconnus par la loi sera analysé dans la section VII. Je vais supposer ici que la délimitation initiale des droits et que les coûts de mise en oeuvre des transactions sur le marché sont fixés.

Il est clair qu'une autre forme d'organisation économique qui permettrait d'obtenir le même résultat à des coûts inférieurs à ceux qu'implique de passer par le marché entraînerait une augmentation de la valeur de production. Comme je l'ai expliqué il y a de nombreuses années, l'entreprise constitue cette alternative à l'organisation de la production par le biais de transactions sur le marché. Au sein de l'entreprise, les négociations particulières entre les différents facteurs qui concourent à la production sont éliminées, et les transactions sur le marché sont remplacées par des décisions administratives. La réorganisation de la production est alors effectuée sans qu'il soit besoin de recourir à des négociations entre les possesseurs des facteurs de production. Un propriétaire qui dispose de vastes terres peut se livrer à plusieurs types d'activités, et prendre en compte l'incidence de leur interaction sur le rendement net de son exploitation, ce qui rend inutile la négociation de compromis entre ceux qui se livrent à ces différentes activités. Les propriétaires d'un grand immeuble, ou de plusieurs propriétés mitoyennes dans une même zone, peuvent procéder tout à fait de la même façon. En fait, si l'on se sert de notre terminologie précédente, l'entreprise acquiert les droits de toutes les parties et la réorganisation des activités ne découle pas d'un réaménagement contractuel des droits, mais d'une décision administrative quant à leur utilisation.

Cela ne veut évidemment pas dire que les coûts administratifs de l'organisation d'une opération par une entreprise sont toujours inférieurs à ceux des opérations sur le marché qu'elles supplantent. Mais, là où les contrats sont particulièrement difficiles à établir; là où tenter de décrire ce que les parties sont convenues de faire ou de ne pas faire - par exemple, la quantité et la qualité d'une odeur ou d'un bruit qu'elles peuvent, ou ne doivent pas, émettre; là où tout cela demanderait un document long et extrêmement touffu, et là où un contrat à long terme serait probablement souhaitable -, il serait assez surprenant que l'apparition d'une entreprise, ou le développement des activités d'une entreprise déjà établie, ne soit pas la solution la plus souvent adoptée pour traiter le problème des effets externes négatifs. Cette solution sera adoptée chaque fois que les coûts administratifs de l'entreprise seront inférieurs aux coûts des opérations sur le marché qu'elle supplante, et que les bénéfices tirés du réaménagement des activités sont supérieurs aux coûts de leur mise en oeuvre par l'entreprise. Je n'ai pas besoin d'entrer dans le détail des particularités de cette solution étant donné que j'en ai déjà expliqué les implications dans mon précédent article.

Mais l'entreprise ne constitue pas la seule réponse à ce problème. Les coûts administratifs de l'organisation des opérations au sein même de l'entreprise

peuvent également être élevés, et en particulier lorsque de nombreuses activités différentes sont regroupées sous le contrôle d'un seul organisme.

Dans l'exemple classique des fumées provoquant des nuisances capables d'affecter un très grand nombre de personnes exerçant toutes sortes d'activités différentes, les coûts administratifs peuvent bel et bien s'envoler au point que toute tentative de traitement du problème, dans les limites d'une seule entreprise, devient impossible. La mise en oeuvre d'une réglementation directe par l'administration peut constituer une autre solution. Au lieu d'établir un ensemble de droits, reconnus par la loi et susceptibles d'être modifiés par des transactions sur le marché, l'État peut imposer des réglementations qui dictent ce que les gens doivent ou ne doivent pas faire, et qui doivent être suivies. Ainsi, pour traiter le problème de nuisances provoquées par des fumées, le gouvernement peut - par des mesures législatives, ou plus probablement par le truchement d'une agence gouvernementale - décréter que certaines méthodes de production doivent ou ne doivent pas être utilisées - par exemple, en exigeant que des dispositifs anti-fumée soient installés, ou en interdisant la combustion du charbon ou du pétrole -, ou reléguer certains types d'activités dans certaines zones - règlements de zonage.

L'État est, d'une certaine façon, une super entreprise - mais d'une nature très particulière - puisqu'il est en mesure d'influencer l'utilisation des facteurs de production par décision administrative. Par contre, le fonctionnement d'une entreprise ordinaire est soumis au contrôle des firmes concurrentes qui peuvent gérer les mêmes activités à moindre coût, et aussi parce qu'il est toujours possible, si les coûts administratifs deviennent trop élevés, de choisir une solution alternative et de pratiquer des opérations sur le marché au lieu de les mettre en oeuvre au sein de l'entreprise.

L'État est en mesure, s'il le souhaite, d'échapper complètement au marché, ce qu'une entreprise ne peut jamais faire. Celle-ci doit parvenir, sur le marché, à des accords avec les possesseurs des facteurs de production qu'elle utilise. Exactement comme il peut réquisitionner ou saisir des biens, l'État peut décréter que des facteurs de production doivent être utilisés de telle ou telle façon. Ces méthodes autoritaires évitent bien des difficultés - à ceux qui se chargent de l'organisation. L'État dispose, en outre, de la police et des forces de l'ordre pour faire appliquer ses règlements.

Il est évident que l'État détient une autorité qui pourrait lui permettre de réaliser un certain nombre de choses à moindre coût qu'une entreprise privée - ou en tout cas qu'un organisme ne disposant pas de pouvoirs administratifs particuliers. Mais la machine administrative de l'État ne fonctionne pas sans coûts. Ceux-ci peuvent même parfois être extrêmement élevés. De plus, rien ne dit que les contraintes réglementaires mises en oeuvre par une administration fiable, soumise aux pressions politiques et exemptée du contrôle de la concurrence, permettront toujours d'augmenter l'efficacité avec laquelle fonctionne le système économique. En outre, il faudra appliquer des règlements d'ordre très général à toutes sortes de situations différentes, y compris dans des cas où ils seront manifestement inadaptés. On peut déduire de tout cela que le contrôle réglementaire direct par l'État ne donnera pas forcément de meilleurs résultats que si on laisse le marché, ou les entreprises, résoudre le problème. Mais il n'y a pas de raison, non plus, pour que, dans certains cas, une réglementation publique ne se traduise pas par une amélioration de l'efficacité économique. Il y a d'ailleurs toutes les chances pour que cela se produise lorsqu'un très grand nombre de gens sont concernés, comme c'est souvent le cas lors de nuisances provoquées par des fumées, et que, par conséquent, le coût de la gestion du problème par le marché ou l'entreprise peut être élevé.

Il y a bien sûr une autre solution, qui consiste à ne pas traiter du tout le problème. Et comme les coûts impliqués sont souvent lourds quand la solution du problème repose sur une réglementation édictée par l'appareil administratif de l'État - en particulier si l'on estime que ces coûts doivent prendre en compte toutes les conséquences qui découlent de la prise en charge publique de ce type d'activités -, le bénéfice obtenu si l'on réglementait les activités à l'origine d'effets externes négatifs sera souvent inférieur aux coûts de la mise en oeuvre de la réglementation par l'État.

L'analyse du problème des effets externes négatifs, telle que nous la traitons dans cette section - c'est-à-dire lorsque le coût des opérations sur le marché est pris en compte - est tout à fait inadéquate. Mais elle aura au moins permis de mettre en évidence que le problème consiste à sélectionner le dispositif social le plus propre à traiter la question des effets externes négatifs. Toutes les solutions ont un coût, et il n'y a pas de raison d'envisager de faire appel à une réglementation publique uniquement parce que le problème n'est traité de manière correcte ni par le marché ni par l'entreprise. Seule une analyse attentive de la façon dont, dans la pratique, le marché, les entreprises et l'administration gèrent le problème des effets externes négatifs peut permettre de se faire une opinion correcte de la politique à adopter. Il faut que les économistes se penchent sur la manière dont les arbitrages mettent les différentes parties d'accord, sur l'efficacité des conventions restrictives, sur les problèmes des grandes sociétés d'aménagement immobilier, sur le fonctionnement des activités publiques de régulation, et notamment sur les règlements de zonage. Je suis enclin à penser que les économistes, et les décideurs politiques en général, ont eu tendance à surestimer les avantages offerts par une réglementation publique. Mais cette impression, même si elle est justifiée, ne peut que suggérer que l'on devrait restreindre ces réglementations publiques. Elle ne nous indique pas où tracer la limite. C'est, me semble-t-il, une étude précise des résultats effectifs, obtenus par différentes modalités de traitement du problème, qui peut

permettre de répondre à cette question. Mais il serait regrettable que cet étude soit entreprise sur la base d'une analyse économique erronée. Cet article a pour objectif d'indiquer quelle devrait être l'approche économique du problème.

X. Un changement d'approche

J'ai tendance à penser que, si les économistes ne sont pas parvenus à des conclusions satisfaisantes quant au traitement du problème des effets externes négatifs, cela ne tient pas simplement à quelques bénignes erreurs d'analyse. Leur échec trouve ses racines dans la manière dont l'approche actuelle des problèmes de l'économie du bien-être est viciée à la base. Un changement d'approche est donc nécessaire.

L'analyse, en termes de différence entre productions privées et publiques, porte principalement sur certaines déficiences particulières du système, et tend à accréditer l'idée selon laquelle toute mesure susceptible d'éliminer ces déficiences est nécessairement souhaitable. Elle détourne l'attention des autres modifications du système que la mesure correctrice entraîne inévitablement, et qui peuvent bien avoir des effets encore plus négatifs que la déficience d'origine. Dans les précédentes sections de cet article, nous avons rencontré de nombreux exemples de cette situation. Mais il n'est pas nécessaire d'aborder la question ainsi.

Les économistes qui étudient les problèmes de l'entreprise adoptent habituellement l'approche du coût d'opportunité, et comparent les recettes offertes par une combinaison donnée de facteurs avec d'autres possibilités d'accords commerciaux. Il serait souhaitable d'utiliser une approche similaire quand on traite de questions de politiques économiques, et de comparer le produit total dégagé par différents choix sociaux. Comme c'est souvent le cas dans ce secteur de l'économie, l'analyse n'a porté dans cet article que sur des comparaisons, mesurées par le marché, de la valeur de production. Mais il est évidemment souhaitable que soit élargi le choix entre les différentes options sociales destinées à résoudre les problèmes économiques, et que soit pris en compte l'ensemble des effets de ces options dans tous les domaines de la vie. Comme Frank H. Knight l'a si souvent souligné, les problèmes de l'économie du bien-être doivent finir par se fondre dans une étude des problèmes d'esthétique et de morale.

Un second aspect du traitement habituel des problèmes abordés dans cet article tient à ce que l'analyse établit une comparaison entre une situation de laisser-faire et une sorte de monde idéal. Une telle approche manque forcément de rigueur intellectuelle, car la nature des solutions comparées n'est jamais très claire. En situation de laisser-faire, y a-t-il un système monétaire, juridique ou politique, et si oui, de quel nature? Dans un monde idéal, y aurait-il des systèmes monétaire, juridique ou politique, et si oui, de quel nature seraient-ils ?

Les réponses à toutes ces questions sont voilées d'un épais mystère, et chacun est libre de tirer ses propres conclusions. Il suffit à vrai dire d'un minimum d'analyse pour montrer qu'un monde idéal vaut mieux qu'une situation de laisser-faire, sauf dans le cas où la définition de cette situation de laisser-faire et celle de ce monde idéal s'avèrent être les mêmes. Mais, dans une large mesure, l'ensemble de ce débat ne concerne pas les questions de politique économique, car, quelle que soit l'idée que nous nous fassions du monde idéal, il est clair que nous n'avons pas encore découvert la façon de l'atteindre. Il semble qu'une meilleure approche consisterait à commencer notre analyse en choisissant une situation proche de celle qui existe réellement, à étudier les effets d'un projet de réforme et à essayer de décider si la nouvelle situation est, globalement, meilleure ou pire que la situation initiale. Ainsi, le choix d'une politique aurait quelque rapport avec la situation réelle.

Une dernière raison pour laquelle on a échoué à élaborer une théorie appropriée au traitement du problème des effets externes négatifs tient à la conception erronée que l'on se fait des facteurs de production. On considère en général qu'il s'agit d'une entité physique que l'entrepreneur acquiert et utilise - un hectare de terres, une tonne d'engrais - et non du droit d'exercer certaines activités - concrètes. On peut dire de quelqu'un qu'il possède des terres et qu'il les utilise en tant que facteur de production, mais ce qu'il détient en réalité, c'est le droit d'y exercer un nombre défini d'activités. Les droits d'un propriétaire foncier ne sont pas illimités. Il ne lui est même pas toujours loisible de procéder à des excavations, par exemple, pour exploiter une carrière. Et, bien qu'il ait peut-être la possibilité d'empêcher certains individus d'utiliser ses terres, cela peut ne pas être vrai pour tout le monde. Certaines personnes peuvent, par exemple, disposer d'un droit de passage. Il peut encore lui être loisible ou non d'ériger certains types d'édifices, de procéder à certaines cultures, ou d'utiliser tel système de drainage. Cela ne tient pas uniquement aux réglementations administratives. Il pourrait en être de même avec le droit coutumier (common law). En fait, il en irait de même quel que soit le système juridique. Un système dans lequel les droits des individus seraient illimités serait un système dans lequel il n'y aurait aucune possibilité de transférer des droits.

Si l'on considère les facteurs de production comme des droits, il devient plus facile de comprendre que le droit de se livrer à une activité qui a un effet externe négatif - comme d'émettre des fumées, des bruits, des odeurs, etc. - est également un facteur de production. De même que nous pouvons utiliser une parcelle de façon à empêcher quelqu'un d'autre de la traverser, d'y garer sa voiture ou d'y construire sa maison, nous pouvons l'utiliser de façon à l'empêcher de jouir du panorama, de profiter de sa tranquillité, ou de respirer un air non pollué. Le coût de l'exercice d'un droit - de l'utilisation d'un facteur de production - est toujours égal à la perte subie ailleurs du fait de l'exercice de ce droit- l'impossibilité de traverser la

parcelle, d'y garer une voiture, d'y construire une maison, de jouir du panorama, de vivre dans le calme et la tranquillité, ou de respirer un air pur.

Il serait évidemment souhaitable que les seules actions accomplies soient celles pour lesquelles la valeur du bénéfice obtenu est supérieure à celle de la perte subie.

Mais lorsque l'on choisit entre différents modes d'organisation sociale, dans le contexte desquels des décisions individuelles sont prises, il convient de ne pas oublier que toute modification du système existant qui conduira à une amélioration pour certaines décisions, pourra bien amener à une détérioration pour d'autres décisions. Il faut en outre prendre en compte les coûts qu'implique la mise en oeuvre des différents modes d'organisation sociale -qu'il s'agisse de faire fonctionner un marché ou un ministère-, ainsi que le coût du passage au nouveau système. Pour élaborer et sélectionner les modes d'organisation sociale, il faudrait tenir compte de l'ensemble des effets externes. Tel est, surtout, le changement d'approche que je préconise.

N. Eber, Présentation par son auteur de l'ouvrage "Le dilemme du prisonnier", Editions La Découverte, collection Repères (n° 451), et quelques idées pour son utilisation dans l'enseignement.

Qu'est-ce que le dilemme du prisonnier ?

Bonnie et Clyde, deux criminels notoires, sont suspectés par la police d'avoir commis un vol à main armée. Ils sont arrêtés et interrogés séparément. Manquant de preuves, les policiers cherchent à les faire avouer. Pour cela, ils proposent à chacun l'arrangement suivant : « Si tu avoues avoir participé au vol tout en dénonçant ton complice et si celui-ci nie, alors nous te promettons l'immunité et tu seras libéré sur le champ alors que ton complice (coupable désigné) sera condamné à 5 ans de prison. Si c'est toi qui nies et ton complice qui avoue, c'est toi qui seras condamné à 5 ans de prison et ton complice qui sera libéré. Si vous avouez tous les deux, vous écoutez chacun de 3 ans de prison (le juge tenant compte de votre « coopération » avec les autorités). Maintenant, si vous persistez à nier, vous serez tous les deux condamnés à 1 an de prison (bénéficiant ainsi de la clémence du jury en raison d'insuffisance de preuves). »

Ce « jeu » peut être représenté par le tableau suivant :

		Clyde	
		Avoue (A)	Nie (N)
Bonnie	Avoue (A)	3 ans de prison chacun	Bonnie : 0 an (libre) Clyde : 5 ans
	Nie (N)	Bonnie : 5 ans Clyde : 0 an (libre)	1 an de prison chacun

Bien entendu, l'objectif de chaque prisonnier est de minimiser le nombre d'années d'emprisonnement. La stratégie d'avoué (A) est ici une stratégie dominante pour les deux protagonistes. En effet, *quel que soit le choix de son complice*, chaque prisonnier obtient toujours un résultat meilleur en avouant. Si Clyde choisit de nier (N), Bonnie est condamnée à 1 an de prison si elle nie alors qu'elle est libre si elle avoue. Si Clyde choisit d'avouer (A), Bonnie est condamnée à 5 ans de prison si elle nie, mais réduit sa peine à 3 ans si elle avoue également. Le jeu étant parfaitement symétrique, le même raisonnement vaut pour l'autre prisonnier. Au total, quel que soit le choix de son complice, chaque prisonnier a toujours intérêt à avouer. Ainsi, la solution logique du jeu (le seul « équilibre de Nash », dans le jargon de la théorie des jeux) est que chaque prisonnier avoue, chacun étant alors condamné à 3 ans de prison, alors qu'en « coopérant », c'est-à-dire en niant tous les deux, ils auraient écopé chacun d'une seule année d'emprisonnement.

Le dilemme du prisonnier illustre le conflit entre les incitations sociales à coopérer et les incitations privées à ne pas le faire : chaque prisonnier fait face à un dilemme entre sa rationalité individuelle qui lui dicte d'avouer et de dénoncer son complice et sa rationalité collective qui lui dicte de se taire.

Robert Axelrod a surnommé le dilemme du prisonnier « le colibacille des sciences sociales ». Ce modèle simplifié englobe en effet un très grand nombre de situations sociales puisqu'il incarne le conflit fondamental entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif. Suggéré par une expérience menée en 1950 par les mathématiciens de la Rand Corporation Melvin Dresher et Merrill Flood, puis explicité la même année par leur collègue Albert Tucker, le dilemme du prisonnier a fait l'objet d'un nombre vertigineux d'investigation scientifique.

Le conflit entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif caractéristique du dilemme du prisonnier se retrouve dans de très nombreuses situations sociales. En économie, notamment, un grand nombre de phénomènes constituent des dilemmes du prisonnier. Par exemple, deux entreprises leaders sur un marché ont souvent tendance à se livrer une concurrence sans merci (en termes de prix, de publicité, etc.) alors qu'une entente aurait permis de limiter les coûts pour chacune d'entre elles. De même, dans le domaine des relations internationales, la course aux armements est un exemple classique de dilemme du prisonnier. Deux pays se livrant à une surenchère dans les investissements militaires se retrouvent

finalement dans une situation où ils se neutralisent en termes d'influence, c'est-à-dire une situation très proche de celle qui aurait pu exister si aucun pays ne s'était individuellement lancé dans l'opération. Le dopage dans le sport de haut niveau est également un bon exemple. Chaque sportif a intérêt à utiliser des produits interdits dans l'espoir d'améliorer ses performances. Le problème est que si chaque concurrent utilise la même stratégie, on se retrouve avec le même classement final, mais avec un coût potentiellement très élevé en termes de santé publique (et d'éthique).

Ainsi, le dilemme du prisonnier apparaît comme la situation la plus fréquente dans les interactions sociales. Il incarne l'idée fondamentale selon laquelle *la confrontation des intérêts individuels ne débouche pas nécessairement sur l'optimum social*. C'est pour cette raison qu'il est au cœur de la théorie économique, mais également d'analyses en science politique, en sociologie ou encore en anthropologie. D'une manière générale, on peut d'ailleurs considérer que c'est bien pour résoudre les situations de ce type qu'ont été mises en place un grand nombre des conventions et des institutions qui régissent aujourd'hui nos sociétés : Etat, lois, éthique, etc. C'est pourquoi le dilemme du prisonnier constitue, pour certains, la matrice fondamentale des sciences sociales, c'est-à-dire le modèle « universel » sur lequel pourrait à terme s'opérer leur unification.

De la théorie à l'expérience...

Le dilemme du prisonnier a été mobilisé dans un très grand nombre d'études expérimentales, tant en économie qu'en psychologie sociale. Parmi les résultats les plus spectaculaires, on peut citer les suivants :

1. Certaines études ont montré que les femmes coopèrent davantage que les hommes.
2. Chez des enfants âgés de 6 à 11 ans, on a observé un taux de coopération (c'est-à-dire un pourcentage de sujets optant pour la coopération) qui augmente avec l'âge, un résultat suggérant, en conformité avec certains principes de la psychologie de l'enfant, un apprentissage progressif des normes sociales de coopération.
3. Les étudiants en économie sont moins coopératifs que les autres !
4. Les étudiants anglo-saxons coopèrent moins que les autres.
5. Les traits de personnalité influencent le comportement face au jeu.
6. Les autistes ne se comportent pas différemment des sujets « normaux », mais ont une perception très différente du jeu.
7. La communication entre les joueurs renforce la coopération.
8. La coopération est plus forte lorsque les sujets se connaissent et partagent un esprit de groupe.
9. L'introduction d'un mécanisme de sanction peut renforcer la coopération, même si elle a parfois des effets pervers en introduisant une suspicion entre les joueurs qui peut inhiber certains comportements coopératifs.
10. La pression sociale (pression par les pairs) est un mécanisme incitatif à la coopération particulièrement puissant.

L'objet de l'ouvrage

L'objet de petit ouvrage intitulé « Le dilemme du prisonnier », publié dans la collection Repères aux Editions La Découverte, est de faire le point sur les développements récents autour du dilemme du prisonnier. Parmi les questions envisagées, citons :

- Pourquoi les humains coopèrent ?
- De quoi dépend la coopération ?
- Comment renforcer les normes sociales de coopération ?

L'objet de l'ouvrage est de présenter le dilemme du prisonnier sous ses différentes facettes en faisant un point complet sur l'état des connaissances. Cette synthèse se veut la plus large possible en intégrant les acquis de l'ensemble des disciplines traitant (souvent en collaboration) des questions précédentes à l'aide du dilemme du prisonnier. Le dilemme du prisonnier est donc abordé comme le fondement potentiel des sciences sociales, permettant notamment de répondre à la question fondamentale : pourquoi les hommes coopèrent ? L'approche *pluridisciplinaire* qui est adoptée cherche à rendre compte de l'actuelle montée en puissance d'une vision nouvelle, « englobante », des sciences sociales. L'ouvrage ne nécessite aucun pré-requis, ni en économie, ni en mathématiques. La notion de dilemme du prisonnier est suffisamment simple et générale pour être comprise de manière « auto-référente ». De très nombreuses applications sont évoquées : en économie, en sociologie, en psychologie, mais aussi en anthropologie, en philosophie politique ou en biologie !

Exemple d'utilisation en classe : lien avec la biologie...

Parmi les applications les plus intéressantes (et peut-être les plus étonnantes), on notera la mobilisation en *biologie* de la version répétée du jeu pour envisager la question de l'évolution des normes de coopération chez les humains. Cette

application du dilemme du prisonnier est essentielle car transversale à un grand nombre d'analyses en sciences sociales. Sur un plan pédagogique, on peut présenter les choses de manière véritablement captivante pour l'auditoire à travers la petite expérience suivante.

On explique aux élèves qu'ils vont jouer en binôme, par exemple avec leur voisin, un « match » en 10 manches, chaque « manche » correspondant au dilemme du prisonnier suivant :

	C	D
C	3, 3	0, 4
D	4, 0	1, 1

Le gain total de chaque élève correspond à la somme des gains qu'il aura accumulés lors des 10 manches du jeu. À chaque manche, les élèves choisissent C ou D sans communiquer avec leur voisin. À la fin de chaque manche, ils confrontent leur choix avec celui de leur voisin et déterminent leur gain pour la manche en question en remplissant (période par période) le tableau suivant :

Manche	Mon choix	Son choix	Mes points
1	x	x	x
2	x	x	x
3	x	x	x
4	x	x	x
5	x	x	x
6	x	x	x
7	x	x	x
8	x	x	x
9	x	x	x
10	x	x	x
x		Total =	

Ce jeu est très simple et distrayant pour les élèves. À la fin du jeu, l'enseignant demande aux élèves d'annoncer leurs gains totaux. Une discussion s'engage alors sur la stratégie suivie par les élèves ayant obtenu les gains les plus élevés, en faisant remarquer qu'il s'agit d'une stratégie au moins partiellement coopérative.

Le lien avec la *théorie de l'altruisme réciproque*, développée dans les années 1980 par le politologue Robert Axelrod et le biologiste William Hamilton[1], peut alors être facilement explicité. On peut démarrer en faisant remarquer aux élèves que la coopération est l'une des grandes énigmes de l'évolution de l'espèce humaine. Pendant longtemps, en effet, l'accent mis par la théorie darwinienne sur l'individualisme laissait peu de place aux comportements coopératifs. Or, l'homme coopère, non seulement avec les individus qui lui sont génétiquement liés (famille), mais également avec des étrangers. Une question cruciale est donc de comprendre cette évolution de l'espèce humaine vers la coopération, en étendant la théorie de la sélection naturelle issue de Darwin.

La théorie de l'altruisme réciproque explique que l'évolution vers un monde de coopération conditionnelle résulte des incitations égoïstes à la coopération émergeant dans le cadre de dilemmes du prisonnier répétés un très grand nombre de fois. Dans les expériences de dilemmes du prisonnier répétés, les stratégies de « coopération conditionnelle » ont des propriétés très particulières. Ce sont en effet des stratégies de ce type qui s'imposent quasi systématiquement dans les expériences fondées sur des simulations informatiques et consistant à confronter, dans des « tournois » de dilemmes du prisonnier, des stratégies proposées par des individus et traduites dans un programme informatique. Dans ce domaine, le pionnier est Robert Axelrod, professeur de science politique à l'Université du Michigan. Ses travaux dans les années 1980 ont montré la supériorité d'une stratégie de coopération conditionnelle particulière sur toutes les autres stratégies. Cette stratégie consiste à jouer la coopération lorsque l'autre joueur a lui-même coopéré, mais à ne plus coopérer dès que l'autre joueur cesse de le faire. Autrement dit, le joueur démarre le jeu en coopérant, puis réplique systématiquement l'action de son partenaire le tour précédent : si le partenaire a joué C le coup d'avant, il joue C, si le partenaire a joué D, il joue D. Cette stratégie est souvent qualifiée de stratégie « *donnant-donnant* » (« *tit-for-tat* ») ; c'est aussi la stratégie bien connue « œil pour œil, dent pour dent ».

Axelrod a montré que la stratégie donnant-donnant s'impose dans un monde où les joueurs font face à des dilemmes du prisonnier répétés. Pour cela, il avait invité des collègues de différentes disciplines à soumettre un programme pour jouer un dilemme du prisonnier répété 200 fois. Chaque programme contenait la stratégie que désirait suivre le joueur. Le jeu s'apparentait à un tournoi puisque chaque

programme était confronté à tous les autres, à lui-même et à un programme aléatoire jouant au hasard. Le programme ayant accumulé le gain total le plus élevé était déclaré vainqueur du tournoi. Dans un premier temps, 14 programmes furent proposés, dont un programme donnant-donnant, soumis par le théoricien des jeux Anatol Rapoport. C'est précisément lui qui remporta le tournoi. Devant ce résultat, Axelrod organisa un second tournoi, avec des règles très proches de celles du premier. 62 programmes provenant de 6 pays différents furent soumis. C'est de nouveau le programme donnant-donnant (soumis par le même participant, Anatol Rapoport, et par aucun autre) qui l'emporta.

Généralement, les élèves ont un peu de difficulté à comprendre la victoire de la stratégie donnant-donnant dans les tournois de dilemmes du prisonnier répétés. Pour bien leur faire comprendre ce résultat fondamental en sciences sociales, on peut leur demander de considérer un tournoi simplifié entre trois joueurs. Le jeu de base est le dilemme du prisonnier suivant :

	C	D
C	3, 3	0, 4
D	4, 0	1, 1

On suppose que :

- O le *joueur 1* opte pour une stratégie de coopération systématique (c'est-à-dire joue systématiquement C) ;
- O le *joueur 2* adopte une stratégie systématiquement non coopérative (c'est-à-dire joue systématiquement D) ;
- O le *joueur 3* choisit la stratégie donnant-donnant.

Chaque stratégie est confrontée aux deux autres et à elle-même. Chaque match du tournoi consiste en une confrontation entre deux stratégies sur le jeu de base répété 10 fois. On demande alors aux élèves de démontrer que, dans ce tournoi ultra-simplifié, c'est bien le joueur 3 et sa stratégie donnant-donnant qui l'emporte (cf. pages 61-63 de l'ouvrage).

On notera que les résultats d'Axelrod ont été largement commentés car ils impliquent la supériorité du comportement coopératif dans un environnement de dilemmes du prisonnier répétés. Autrement dit, même dans un monde de conflits permanents, il serait « optimal » de se comporter de la manière suivante :

- O être *a priori* coopératif avec les autres (jouer C lors du premier dilemme du prisonnier auquel on se trouve confronté) ;
- O punir son partenaire lorsqu'il n'a pas coopéré (jouer D à chaque fois qu'il a joué D le coup précédent) ;
- O pardonner et revenir à la coopération dès que le partenaire se remet à coopérer (jouer C à chaque fois qu'il a joué C le coup précédent).

Ainsi, la société humaine devrait, par les seules forces de la rationalité individuelle de ses membres, tendre vers la coopération !

Même s'il semble qu'aucune espèce ne montre plus de propension à coopérer (notamment avec des étrangers) que l'espèce humaine, Axelrod et Hamilton notent que certains animaux adoptent également des comportements coopératifs et que, pour ces espèces aussi, l'évolution vers la coopération pourrait s'expliquer par une victoire de la stratégie donnant-donnant dans les interactions sociales régissant le monde animal (conflits liés au territoire, à la nourriture, à l'accouplement, etc.) et qui, bien souvent, ont la structure d'un dilemme du prisonnier. Cette hypothèse a naturellement conduit les biologistes à réaliser un certain nombre d'expériences sur les animaux pour tenter de démontrer des comportements de type donnant-donnant (cf., par exemple, l'expérience sur les épinoches du biologiste allemand Manfred Milinski[2]).

On pourra finalement faire remarquer que les recherches récentes en neurosciences tendent à confirmer l'idée que l'homme a été programmé génétiquement, au cours de l'évolution de l'espèce, pour coopérer avec ses congénères. Une expérience très simple permet de le démontrer. Des spécialistes de neurosciences ont observé, à l'aide d'un scanner, l'activation du cerveau de sujets faisant face à un dilemme du prisonnier répété[3]. En particulier, ils étudient l'activation d'une zone particulière, le striatum, connue pour être l'une des zones du cerveau associées à la satisfaction. Pour montrer qu'une situation coopérative s'instaurant avec un partenaire induit en elle-même une satisfaction (au-delà des gains monétaires qu'elle engendre dans le cadre du dilemme du prisonnier), les auteurs comparent l'activation du striatum lorsque les sujets font face à une situation de coopération avec un partenaire humain avec l'activation de la même zone lorsqu'ils font face à une situation coopérative avec un ordinateur. Les paramètres du jeu étant identiques dans les deux cas, les gains monétaires issus de la coopération sont les mêmes. Or, les chercheurs observent une activation du striatum nettement plus forte dans le cas où le partenaire est humain, ce qui suggère clairement que les sujets retirent une satisfaction supplémentaire (non monétaire) du seul fait d'avoir instauré une coopération avec un congénère...

Notes

- [1] Axelrod R. et Hamilton W. [1981], « The Evolution of Cooperation », *Science*, 211, 1390-1396.
- [2] Milinski M. [1987], « TIT FOR TAT in Sticklebacks and the Evolution of Cooperation », *Nature*, 325, 433-435.
- [3] Rilling J., Gutman D., Zeh T., Pagnoni G., Berns G. et Kilts C. [2002], « A Neural Basis for Social Cooperation », *Neuron*, 35, 395-405.

DOSSIER SPECIAL, LES PETITES AFFICHES 19 mai 2005

Richard DECOINGS, Avant-Propos, p. 4

Sciences Po est honoré et heureux d'être associé à la Cour de cassation, à travers notamment la Chaire régulation qui coorganise ce programme autour de droit, justice, économie avec la Cour de cassation. Cette initiative s'insère dans le développement d'une coopération qui sera de plus en plus étroite et traduit l'importance de la recherche et de la réflexion sur le droit à Sciences Po.

Le droit a toujours occupé une place importante à Sciences Po, depuis sa création. Pendant longtemps, cette place a surtout été occupée par le droit public, disons même le droit administratif. Les frontières aujourd'hui ont tendance à être plus floues et je ne sais pas si les clivages disciplinaires ont encore une raison d'être. Cela a notamment justifié le développement du droit à Sciences Po, au-delà de notre tradition d'enseignement du droit administratif et du droit public. Pour l'ensemble des enseignements, depuis les premiers cycles jusqu'aux masters, sans prétendre délivrer de diplôme de droit, ce pour quoi nous n'avons pas demandé d'habilitation, nous considérons que tout élève qui passe une partie de sa scolarité à Sciences Po doit recevoir un enseignement juridique fondamental, et celui-ci prend désormais une place beaucoup plus importante que naguère.

Dans un mouvement convergent, nous avons décidé depuis plusieurs années d'investir beaucoup, et cette fois-ci non seulement en matière d'enseignement mais également en matière de recherche, sur les questions de régulation. Cette perspective correspond à une évolution considérable de nos systèmes de droit et de nos systèmes de gouvernance, produisant un impact essentiel sur nos sociétés. Je pense que nous manquerions intellectuellement, conceptuellement, cette évolution si nous n'investissions dans ce domaine. Grâce, notamment à Marie-Anne Frison-Roche, nous avons créé une chaire consacrée aux questions de régulation. Une chaire pour nous n'est pas simplement un emploi de professeur des Universités, c'est un ensemble que nous espérons cohérent, de recherche, d'enseignement (aussi bien l'enseignement initial que la formation continue), de constitution progressive d'un centre de documentation, local et à distance et de tout ce qui peut s'attacher à rendre fructueux cette recherche et cet enseignement. Naturellement, le cycle de conférences construit entre la Chaire régulation et la Cour de cassation, qui donne lieu aujourd'hui à une publication ordonnée, et qui va continuer dans les années à venir, est l'une des illustrations de cette volonté commune.

L'approfondissement des relations entre la recherche et l'enseignement dans ce domaine des relations entre le droit, la justice et l'économie est un projet à long terme pour Sciences Po. Cela est d'autant plus important qu'un nombre croissant de nos diplômés se destinent aux carrières juridiques, qu'il s'agisse de carrières de la magistrature (un nombre croissant de nos diplômés passent et réussissent le concours de l'École nationale de la magistrature) ou du barreau (un nombre croissant de nos diplômés sont recrutés dans des cabinets d'avocats). Et s'il y a cette appétence de la part de nos élèves, à laquelle correspond cette demande de la part des employeurs, c'est en raison d'une tradition à Sciences Po correspondant bien à cet état de la réflexion et de la demande sociale : la pluridisciplinarité. Nous avons toujours fait en sorte que nos élèves soient astreints au grand sens de la rigueur intellectuelle à des disciplines aussi différentes que l'économie, le droit mais aussi la sociologie, la science politique ou l'histoire. Grâce à ces disciplines, grâce à leur croisement, grâce aux discussions que ce cycle de conférences et cette publication illustrent, ces questions essentielles de droit, de justice et d'économie, peuvent être approchées plus posément que dans une perspective disciplinaire unilatérale. Les fruits de cette réflexion seront utiles à tous et je vous remercie au nom de tous les professeurs et de tous les élèves de Sciences Po de l'opportunité qui leur est ainsi offerte.

Bruno, Deffains, Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, p. 6

L'ambition de cette note est de faire passer un message simple et important : la théorie économique est une discipline utile pour la construction du droit dans la mesure où elle contribue à mieux comprendre l'impact des règles juridiques sur les comportements. L'économie du droit est certainement l'un des développements les plus marquants des dernières années dans la recherche juridique. Elle repose sur une approche résolument interdisciplinaire et ne se préoccupe pas seulement de thèmes relevant de la production ou de l'allocation des richesses comme le droit de la concurrence. Elle traite également des problèmes de droit civil, de droit pénal et de droit public qui ne sont pas à proprement parler de nature économique. Apparue dans les années soixante dans les universités américaines, elle consiste à

appliquer les outils d'analyse et les critères de jugement des économistes à l'explication et à l'évaluation des règles juridiques. L'apport central de ce champ de recherche est donc d'utiliser la théorie microéconomique afin de prédire comment les agents réagissent aux prix implicites contenus dans les règles et les normes juridiques, tout comme la théorie microéconomique cherche à expliquer comment les agents réagissent aux prix explicites du marché. À titre d'illustration, l'économiste du droit cherche à mesurer si des sanctions plus sévères et plus certaines découragent les actes délictueux et si les règles d'indemnisation des victimes, via la responsabilité civile, incite les agents à adopter un niveau de précaution socialement efficace. Il s'agit donc d'une approche dynamique du droit qui invite à repenser la fonction régulatrice des institutions et des règles juridiques.

L'économie du droit a aujourd'hui dépassé le cadre de l'Université et imprègne désormais l'exercice du droit dans beaucoup de pays qu'il s'agisse de l'activité des législateurs ou des décisions des juges. Quotidiennement les législateurs appliquent l'analyse coût-bénéfice aux problèmes auxquels ils sont confrontés ; les administrations fondent souvent leurs règles sur l'analyse économique ; les juges recourent quant à eux de plus en plus aux concepts économiques pour résoudre des conflits de toute nature (et pas seulement les comportements anticoncurrentiels ou les comportements dérivant directement de l'économie). Les avocats qui interviennent en amont doivent eux aussi être compétents en droit et en économie pour être de bon conseil.

Pour débiter cette présentation, il importe de souligner une différence entre les analyses positives et les analyses normatives. Nombreux sont les travaux d'analyse économique du droit qui tentent d'interpréter les solutions juridiques, législatives ou jurisprudentielles, comme des règles institutionnelles améliorant l'efficacité. Le fondement de ces analyses positives n'est pas que les législateurs et les juges choisissent consciemment des solutions efficaces. On argumente simplement que certaines règles de droit peuvent être interprétées comme si elles poursuivaient des solutions efficaces, bien que l'efficacité ne soit pas consciemment ou expressément mise en évidence comme modèle de décision. À l'origine, Coase a démontré, en étudiant des situations d'externalités résultant de troubles de voisinage ou de pollutions accidentelles, que certaines décisions prononcées par les tribunaux sont conformes aux solutions qu'aurait préconisées un économiste recherchant l'efficacité maximale (Coase, 1960). Partant de cette observation, Posner (1973) et d'autres auteurs de l'école de Chicago ont avancé la proposition que, dans la plupart des cas, la **common law** aboutit à des solutions efficaces. Tout se passerait comme si les juges, sans le savoir ni le rechercher, identifiaient leur conception de la justice avec ce qui serait économiquement efficace. Cette thèse dite de l'efficacité de la **common law** a été largement débattue. Ont été soulignées en particulier les limites du juge en tant que promoteur d'un ordre juridique efficient. D'une part, on a critiqué le réalisme des règles qui motiveraient l'activité du juge parce qu'il n'existerait pas de critère objectif susceptible de lui dicter une conduite optimale (Dworkin, 1980). D'autre part, on a critiqué le fait de ramener la décision des magistrats aux conséquences de leurs sentences puisqu'il est peu vraisemblable qu'ils connaissent *ex ante* les effets des règles appliquées (Buchanan, 1977). Ces critiques doivent être prises en considération, mais elles ne remettent pas en cause la richesse de l'économie du droit en tant qu'approche dynamique du droit visant à évaluer l'adéquation des règles à leurs objectifs. De surcroît, l'analyse n'est pas réservée aux systèmes de **common law**. Nombre de recherches menées depuis une vingtaine d'années en Europe continentale ont permis de mettre en avant l'intérêt d'une approche économique des systèmes de droit codifié (v. par exemple Ott et Shaeffer, 2004).

Les analyses positives cherchent à décrire et à expliquer le droit comme il est, non pas comme il devrait être. En revanche, dans les analyses normatives, les lois et les décisions des tribunaux sont évaluées en fonction de leur impact en termes d'efficacité. La question est alors de savoir si l'efficacité est améliorée ou si les règles de droit créent au contraire des inefficacités qui pourraient justifier de les modifier. Il va de soi que l'efficacité économique ne peut à elle seule légitimer une règle ou une institution juridique. La question normative est beaucoup plus complexe. Des ordres de valeurs séparés, comme l'équité et l'éthique, doivent être mobilisés pour apprécier le caractère juste ou non du droit. Ceci ne signifie pas que l'économie doit être écartée du débat autour de la règle juridique. Certains auteurs, comme Calabresi ont avancé une interprétation large du concept des coûts sociaux qui invite à des analyses économiques sur des questions juridiques très variées. Dans son étude du droit de la responsabilité civile (Calabresi, 1970), il argumente que la société a intérêt à rechercher les moyens les plus avantageux pour minimiser trois catégories de coûts : ceux des accidents et des précautions prises pour les éviter (coûts primaires), ceux d'une répartition de la charge des préjudices lorsque des accidents se réalisent en dépit des efforts de prévention consentis (coûts secondaires) et ceux qui sont liés à l'administration du système juridique (coûts tertiaires).

Cette approche globale démontre, si besoin est, que la critique de l'analyse économique du droit, basée sur le postulat qu'elle ignore la justice, est fautive. Il est en effet difficile d'imaginer un système de droit juste qui ignore les questions d'efficacité. Ceci ne veut pas dire que l'efficacité représente le but ultime du droit. Il s'agit simplement d'admettre que si le droit est motivé par d'autres considérations, il convient tout de même d'étudier les conséquences économiques de la poursuite de ces objectifs. La contribution des économistes à l'étude du droit est donc principalement l'apport d'une théorie qui fait comprendre les effets des règles juridiques sur les comportements. L'idée générale est simple : les individus respectent d'autant mieux les lois qu'il est dans leur intérêt de le faire et, en

général, ils tenteront de minimiser les désavantages qu'elles leur imposent. L'actualité nous offre régulièrement des illustrations de cette proposition, par exemple en matière de responsabilité civile des entreprises à l'origine de risques industriels (Deffains, 2000) ou encore en matière de **forum shopping** résultant de la concurrence entre les systèmes juridiques (Deffains, 2001). En examinant les effets de différentes solutions juridiques, l'analyse économique offre des informations au législateur et aux juges qui permettront d'augmenter la qualité du droit. Ceci vaut aussi bien pour les questions de justice que pour les questions d'efficacité.

La littérature sur l'analyse économique du droit est très abondante, ce qui limite le nombre de thèmes susceptibles d'être abordés dans une rapide présentation. Nous commencerons par illustrer la proposition selon laquelle le droit civil énonce des règles qui peuvent être rationalisées comme des instruments d'efficacité. Ensuite, nous discuterons les avantages les plus significatifs d'une approche interdisciplinaire, du point de vue de l'économiste.

I. La démarche de l'analyse économique du droit à travers quelques exemples

Dans son fameux article, considéré comme le point de départ de l'analyse économique du droit, Coase (1960) argumente que l'allocation des droits de propriété (les droits de faire usage des ressources rares) est une condition essentielle pour les transactions du marché. Néanmoins, si les coûts de transaction sont négligeables, le résultat de ces transactions n'est pas influencé par le choix du système juridique (l'attribution du droit à telle ou telle personne). Le choix de la règle de droit est sans effet sur l'utilisation des ressources et la production des biens et services dans l'économie. Ainsi s'énonce le théorème de Coase dans sa version de neutralité. Dans une autre version, celle de l'efficacité, le théorème établit qu'en l'absence de coûts de transaction, l'affectation efficace des ressources est réalisable sans intervention directe sous forme de taxes ou d'interdiction des comportements néfastes. Si les droits de propriété sont bien définis, le mécanisme des prix peut conduire à l'optimum social indépendamment du fait de savoir si l'externalité est admise ou non en droit. L'attribution initiale des droits de propriété n'a, dans ces conditions, pas d'influence sur l'évolution de l'économie vers l'optimum, seule la répartition des richesses est affectée par l'architecture juridique.

L'article de Coase a considérablement élargi le domaine d'application de la science économique. Il concerne non seulement les choix et les actions des individus concernant les ressources rares, mais également les droits sur ces ressources et les transactions par lesquelles ces droits peuvent être échangés. Coase lui-même n'a pas examiné de manière approfondie les règles et institutions juridiques qui favorisent l'efficacité en présence de coûts de transaction. Pourtant, le théorème préfigure une analyse nouvelle et dynamique contribuant à améliorer la qualité du système juridique. En effet, les règles de droit peuvent être étudiées comme des instruments qui abaissent les coûts de transactions. De cette façon, le droit peut faciliter les échanges et corriger une éventuelle allocation initiale de droits de propriété inefficace. En revanche, avec des coûts de transaction élevés, l'allocation initiale des droits de propriété risque d'être définitive. Dans de tels cas, deux hypothèses doivent être distinguées. En premier lieu, si les coûts de transactions sont faibles, des inefficacités peuvent être évitées en accordant des droits absolus seulement aux agents qui peuvent facilement négocier avec les autres. Si les droits ne sont pas confiés à la personne qui en fera l'usage le plus productif, celle-ci sera en effet incitée à les acheter au titulaire actuel. En second lieu, si les coûts de transaction sont élevés, la fixation d'un droit dans un usage non optimal ne peut pas être facilement corrigée par des négociations entre agents. Pour ne pas nuire à l'efficacité, il est alors préférable d'accorder le droit à celui dont on peut présumer qu'il l'achèterait s'il ne l'avait pas. Si l'information sur la valeur des droits est imparfaite, le risque d'une allocation inefficace peut être réduit en protégeant les droits de propriété par un droit à indemnité (1).

Partant de ces considérations, il devient possible d'avancer une explication des fondements économiques des règles de droit privé. Dans cette présentation, deux domaines du droit civil largement étudiés en économie du droit illustreront les hypothèses formulées. Le droit des contrats peut être analysé comme un instrument permettant de réduire les coûts de transaction et aider les parties à réaliser une allocation efficace des droits entre les agents. Le droit de la responsabilité civile quant à lui est mieux compris comme un ensemble de règles qui organise une allocation des droits définitive en présence de coûts de transaction prohibitifs.

A. Le droit des contrats

Le théorème de Coase part clairement de conditions qui ont peu de chances d'être satisfaites en réalité. Non seulement la présence des coûts de transaction, mais aussi le risque de comportements opportunistes peuvent empêcher la réalisation d'une allocation efficace des droits. L'analyse économique montre alors que le droit des contrats dans son ensemble peut être expliqué comme s'il remédiait au problème des coûts de transactions élevés. Bien entendu, ceci ne signifie pas que toutes les règles du droit des contrats sont efficaces.

On trouve dans le Code civil un grand nombre de règles applicables aux contrats, comme la vente, le bail et l'assurance. Il s'agit principalement de dispositions supplémentaires au sens où elles régissent les obligations résultant du contrat à moins que les parties n'en décident autrement. De telles règles diminuent les coûts de transaction à condition de prévoir une répartition des risques que les parties auraient stipulés dans le contrat si elles avaient eu une connaissance suffisante des risques et avaient supporté les coûts pour établir ces dispositions. Les règles de

droit supplétives, exprimant l'intention commune des parties, ont donc une signification économique importante. Ceux qui s'engagent dans des transactions régulières n'ont pas besoin de spécifier formellement les obligations. Le droit fait le travail et la réduction des coûts de transactions qui en résulte est substantielle si la règle juridique réussit à trouver la solution que les parties auraient préférée dans le monde idéal sans coûts de transaction (le droit « mimerait la transaction à coûts nuls » dans la terminologie posnérienne).

D'autres exemples peuvent être donnés pour illustrer la manière dont le droit des contrats abaisse les coûts de transaction de façon à atteindre une allocation efficace. Une autre notion centrale du droit des contrats est l'autonomie de la volonté. Si les parties ne sont pas capables de conclure des contrats ou s'il existe des vices du consentement, comme le dol, l'erreur ou la violence, les juges peuvent prononcer la nullité du contrat. Là encore, l'analyse économique positive nous offre une explication. Si la capacité intellectuelle d'un individu ne lui permet pas d'évaluer les conséquences de ses choix, la présomption de rationalité est invalidée et la nullité du contrat conclu peut être facilement acceptée du point de vue de l'analyse économique. En cas de dol, il n'y a pas un véritable accord et le contrat n'est pas efficace. Concernant l'erreur, le droit français n'accepte pas toutes les erreurs comme cause de nullité des contrats. Il faut que le contractant soit trompé sur une qualité substantielle et l'erreur doit être excusable et ne pas être grossière. L'analyse économique n'est pas loin. D'une part, on comprend aisément, qu'en cas d'erreur, le contrat ne soit pas efficace s'il ne représente pas les préférences réelles des contractants. D'autre part, une intervention des juges pour corriger n'importe quelle erreur entraîne également des coûts. En premier lieu, on veut inciter les gens à rechercher l'information pertinente pour entamer des projets. En second lieu, il y a le risque d'opportunisme : il faut éviter qu'un débiteur récalcitrant puisse trop facilement prétendre qu'il a fait une erreur en s'engageant. En somme, les conditions restrictives qui doivent être remplies pour annuler un contrat au motif d'erreur peuvent être analysées comme des instruments qui réduisent les coûts résultant des contrats inefficaces et des comportements opportunistes.

Cette discussion pourrait donner l'impression que le droit des contrats dans son ensemble est un instrument performant pour réaliser l'efficacité. En réalité, l'harmonie entre le droit et l'analyse économique n'est pas parfaite. Certains développements montrent l'imposition d'obligations d'informer et même des prohibitions de certains termes par des lois spéciales. Les exemples les plus frappants se trouvent dans le droit de la consommation. Le Code de la consommation dispose que « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ». La question qui se pose est de savoir si cette obligation assez contraignante pour les commerçants a également un fondement économique. La réponse sera nuancée. Les lois relatives à la protection du consommateur partent généralement de l'opinion selon laquelle le vendeur professionnel a tendance à abuser de sa puissance économique pour obtenir un avantage excessif au détriment du consommateur. Cette opinion peut cependant être à l'origine de règles inefficaces dans des situations où la partie « faible » est le professionnel qui, en raison d'une information incomplète, peut être pénalisé en raison de l'opportunisme du consommateur. On pense notamment au domaine de l'assurance où l'assureur se trouve souvent devant l'impossibilité de connaître la portée exacte du risque et de surveiller, à un coût acceptable, le comportement de l'assuré. Ce dernier peut alors se montrer moins prudent et augmenter ainsi l'étendue du risque (phénomène de risque moral). Le vrai problème dans les deux cas est l'information asymétrique. On se bormera ici à conclure qu'un droit des contrats efficace devrait donc remédier non seulement aux défaillances informationnelles au détriment du consommateur mais aussi à celles qui nuisent aux professionnels vendeurs.

Une analyse prudente s'impose également en ce qui concerne l'interdiction de certaines clauses considérées comme abusives. Il est plus facile de trouver un fondement économique pour les règles relatives aux circonstances de la formation du contrat (incapacité, vices du consentement) que de rationaliser les règles s'attaquant à la substance du contrat. Certes, les conditions générales de vente imprimées en petites lettres sur le verso de factures et de bons de commande comprennent souvent des clauses juridiquement compliquées. Le consommateur ne peut pas connaître aisément la portée exacte de ces clauses et les prendre en considération lors de sa décision d'achat. Une interdiction des clauses qui ne seraient pas acceptées par des consommateurs informés pourrait donc augmenter l'efficacité. Néanmoins, le souci de protéger les consommateurs peut de nouveau aboutir à des effets néfastes. Ainsi, les clauses de non responsabilité sont souvent critiquées en raison du déséquilibre qu'elles créeraient entre les droits et les obligations des parties au contrat. Cette analyse est trop réductrice dans la mesure où de telles clauses pourraient également faciliter une allocation optimale des risques et augmenter les choix des consommateurs en leur offrant la possibilité d'acheter des produits ou services à un prix plus bas.

B. Le droit de la responsabilité civile

Selon l'analyse économique, le droit de la responsabilité civile peut être expliqué comme un système de règles juridiques qui ont pour objet de minimiser le coût social des accidents qui inclut le coût des dommages ainsi que le coût des mesures prises afin de réduire le risque. Cet objectif repose sur le constat que le droit de la responsabilité civile fournit des incitations pour que les parties en cause modifient leurs comportements en matière de gestion des risques. Les pertes liées aux accidents pourraient ainsi être réduites si les parties décidaient de prendre des

mesures de précaution efficaces et s'ils ne s'engageaient pas dans une activité dangereuse au-delà d'un niveau socialement désirable (Deffains, 2000).

Les principales rubriques du droit de la responsabilité civile peuvent se prêter à une lecture économique intéressante. En particulier, les tribunaux semblent parfois déterminer la faute en se référant à un calcul économique implicite. La jurisprudence considère comme constituant un comportement imprudent la création sans nécessité d'une situation dangereuse sans prendre des précautions de nature à éviter un dommage considérable. Cette jurisprudence comporte sans conteste des éléments de détermination d'un niveau de précaution efficace. L'exigence de précautions adéquates renvoie ici au raisonnement marginal des économistes puisqu'elle justifie des unités de précaution additionnelles tant que leur coût est inférieur au coût unitaire de l'accident. On peut également mentionner les jugements qui acceptent la responsabilité dans des cas où l'auteur du dommage aurait pu prendre des mesures de précautions relativement peu onéreuses afin de réduire facilement la probabilité de survenance d'un accident. Évidemment, les juges ne calculent pas explicitement les coûts et les gains marginaux des mesures de précautions. Néanmoins, leurs décisions apparaissent fondées sur des considérations « intuitives » qui se laissent aisément traduire en termes économiques.

L'analyse économique du droit de la responsabilité civile offre ainsi une explication du recours au concept du **bonus pater familias** lors de l'appréciation de la faute. Les principes sont bien connus des juristes. L'appréciation du caractère fautif de violation d'une norme non explicitement formulée devra se faire suivant le critère d'une personne normalement soigneuse et prudente placée dans les mêmes circonstances. Comment l'application du concept du bon père de famille peut-elle s'appuyer sur des critères économiques ? La précaution efficace n'est pas identique pour chaque auteur de dommage. Si le droit pouvait distinguer les différents auteurs, moyennant des coûts relativement bas, il serait efficace d'appliquer différents étalons de précaution. Néanmoins, les coûts de gestion d'un tel système de classification détaillé peuvent être très élevés. L'efficacité ne sera plus favorisée si les coûts de la classification dépassent les bénéfices de l'individualisation. Le critère du bon père de famille peut être relié à ce raisonnement en termes d'efficacité. Comme les coûts d'une évaluation individuelle du soin efficace sont généralement très élevés, le droit exige un degré de soin moyen. C'est précisément le comportement d'une personne normalement soigneuse et prudente : le soin du bon père de famille. D'autre part, si la classification peut être facilement appliquée (à peu de frais), la jurisprudence exigera un degré de soin plus élevé pour les auteurs qui peuvent prendre soin à des coûts inférieurs. C'est précisément ce qu'on peut constater en examinant la jurisprudence en matière de responsabilité professionnelle. Dans cette hypothèse, les comportements seront appréciés par référence à un professionnel normalement diligent et compétent placé dans les mêmes circonstances.

Remarque : les exemples des différents domaines du droit donnés dans cette présentation concernent des règles de droit matériel. L'analyse économique n'est pas seulement utile pour le choix des règles qui régissent directement les comportements humains, mais aussi pour d'autres questions juridiques comme de choisir une répartition optimale des compétences parmi des régulateurs actifs aux différents niveaux de la construction du droit. Le droit européen en donne des exemples très intéressants, par exemple concernant l'interprétation du principe de subsidiarité.

II. La valeur ajoutée de la collaboration interdisciplinaire

Quelle est la valeur ajoutée que peut apporter l'analyse économique du droit pour les deux disciplines engagées ? Le point de vue de l'économiste permet de distinguer deux types d'apport selon la perspective retenue, analytique ou politique.

A. La perspective analytique

Les considérations qui précèdent pourraient donner l'impression que l'intérêt de l'analyse économique du droit se situe surtout dans le domaine juridique et que les économistes y trouveraient un intérêt moindre. Ce n'est pas le cas. Les bénéfices pour les économistes ne sont pas moins significatifs. Dans quelques secteurs du droit, comme la réglementation de la concurrence, les économistes et des juristes coopèrent utilement depuis longtemps. Mais il importe plus généralement de « prendre le droit sérieusement ».

D'une part, une théorie économique robuste doit tenir compte des institutions et règles juridiques. La valeur des produits échangés sur le marché dépend essentiellement des droits qui sont transférés. Les théoriciens des droits de propriété étudient sur cette base comment les changements dans la définition des droits influencent les prix et l'allocation des ressources rares. De même, les spécialistes de l'économie du droit des contrats analysent l'intérêt de l'incomplétude pour assurer une meilleure prise en compte de l'incertitude inhérente à la plupart des activités économiques.

D'autre part, l'étude des comportements qui fait abstraction du cadre juridique existant risque de ne pas avoir de valeur dans le monde réel. Si les économistes écoutent ce que les juristes leur disent, ils seront capables de développer des modèles plus près de la réalité. L'approche de Coase est intéressante à cet égard. Laisant de côté les hypothèses souvent irréalistes de la théorie des prix, la théorie des coûts de transaction invite à étudier les contrats signés dans la vie réelle. Les économistes sont donc invités à étudier les clauses contractuelles et à analyser les

règles juridiques qui régissent la formation et la substance des contrats. Ainsi, ils apprendront à apprécier les distinctions verbales des juristes, qui sont vues souvent comme des sophismes. Pourtant, ces distinctions sont souvent basées sur des points subtils, mais importants, que les économistes ont ignorés. Deux exemples peuvent éclaircir ce point important. La théorie économique des contrats incomplets ne peut pas offrir une discussion complète du concept d'autorité (c'est-à-dire l'attribution du pouvoir de prendre des décisions à une des parties contractantes) sans prendre en considération les règles juridiques qui limitent l'exercice de l'autorité. Les limites d'autorité ne résultent pas seulement de circonstances non légales, comme la nécessité de la coopération et la structure de l'information, mais aussi de normes juridiques qui limitent directement la possibilité d'exercer une autorité attribuée. De la même manière, les modèles économiques basés sur la distinction entre responsabilité sans faute et responsabilité pour faute sont trop simples pour en déduire des conclusions sur les effets de la responsabilité dans la vie réelle. Le droit révèle une série impressionnante de distinctions qui invitent à améliorer l'analyse économique. Dans le cas de la responsabilité civile, citons simplement l'exonération pour la faute de la victime, la responsabilité *in solidum* et le renversement de la charge de la preuve. Ces raffinements devraient être inclus dans l'analyse afin d'étendre sa portée. Comment imaginer que les décisions des tribunaux relatives aux relations employé-employeur dans le cadre de l'interprétation du contrat de travail soient sans effet sur l'organisation du marché de l'emploi ou que les modalités de calcul des intérêts débiteurs sur les comptes bancaires telles qu'établies par le juge n'aient pas d'impact sur le marché du crédit ? En répondant à ces questions, l'économie du droit peut ainsi contribuer à renforcer le pouvoir explicatif et prédictif des modèles économiques. De ce fait, l'étude des normes juridiques et des institutions doit permettre aux économistes de participer aux réflexions normatives dominées jusqu'ici par les juristes. Elle brise une vision trop étreinte qui les maintient en dehors de domaines de recherches passionnantes et des débats normatifs sur la construction et l'évolution des normes juridiques et des institutions.

Au cours des dernières années, l'analyse économique a donné naissance à un nombre impressionnant de modèles théoriques visant à expliquer comment les comportements humains sont influencés par le droit. Ces modèles sont perfectibles, mais une tâche importante est aujourd'hui la réalisation de travaux empiriques. Même aux États-Unis, où l'analyse économique du droit est reconnue dans le monde universitaire et a acquis un rôle significatif dans la pratique du droit, le nombre d'études empiriques reste réduit. Si l'objectif est de démontrer que les normes juridiques ont un impact sur la conduite et d'expliquer (ainsi que de prédire) comment les gens réagissent aux (changements de) lois, il peut être utile d'enrichir les modèles économiques traditionnels par les intuitions d'autres sciences sociales, notamment la psychologie et la sociologie (Behavioral Law and Economics, v. par ex. Substein, 2000).

B. La perspective politique

La connaissance des institutions et des règles de droit est indispensable pour les économistes qui veulent participer au débat politique. Qu'il s'agisse de la politique de la concurrence, de la protection de l'environnement, de la résolution des conflits de la barémisation des pensions alimentaires, de la lutte contre la délinquance économique et financière ou de l'organisation du système judiciaire, la nécessité de connaissances économiques est évidente. L'économie du droit invite les économistes à étudier le droit et les rend aptes à jouer un rôle plus important dans la construction de règles adaptées aux réalités économiques et sociales contemporaines.

Il existe toutefois une différence importante entre l'approche économique et l'approche juridique. Il s'agit de la perspective *ex ante* dans laquelle les économistes abordent les problèmes sociaux. Les juristes privilégient de leur côté souvent une perspective *ex post* (2). Ils se demandent si la solution d'un conflit individuel est conforme aux exigences de justice, en négligeant de ce fait les conséquences de la décision prise pour des cas futurs similaires. Le mythe du juge qui est la bouche de la loi est sans doute la cause principale de cette situation. On entend souvent dire que, dans les pays de *common law*, les juges disposent d'une plus grande discrétion pour appliquer des concepts non strictement juridiques. Il est vrai que dans le *common law* le droit est plus décentralisé et que l'économie offre une structure pour mieux organiser les règles et mieux comprendre les fondements du droit. Dans une tradition où le législateur, qui promulgue une quantité non négligeable de lois, est vu comme la source principale du droit, les juges paraissent moins libres de faire usage des concepts économiques. Si l'analyse économique pouvait offrir des recommandations pour améliorer le droit, son message devrait s'adresser au législateur et non pas au juge, qui ne pourrait qu'appliquer une norme antérieurement édictée. Mais l'argument de la souveraineté du législateur n'est guère convaincant. Aussi dans les pays de droit civil, le juge peut également profiter de l'analyse économique. D'abord, le droit contient beaucoup de normes vagues (comme l'équité et la bonne foi). Ces normes sont le cheval de Troie de l'analyse économique dans la citadelle du droit positif. En effet, il est possible de donner une interprétation de ces normes vagues qui valorisent leurs fondements économiques sans pour autant provoquer de conflits avec les valeurs de justice. Ensuite, le législateur ne peut pas régler tout et on constate une tendance à laisser les juges trancher les questions difficiles. Le juge joue aujourd'hui un rôle de référent dans un nombre croissant de domaines depuis la « gestion » des activités économiques jusqu'aux problèmes les plus complexes touchant par exemple aux nouvelles technologies ou aux questions éthiques

comme le préjudice de l'enfant handicapé. Pour pouvoir évaluer les conséquences des décisions judiciaires il faut une théorie des comportements humains et c'est précisément une telle théorie qu'offre l'économie. Trop souvent les décisions qui semblent justes dans un cas isolé peuvent provoquer des effets pervers dans des cas futurs similaires. Si le législateur change la loi sans réaliser les effets du changement ou si le juge tranche un conflit sans s'interroger sur les conséquences au niveau global, des effets pervers peuvent se manifester. Par exemple, dans les relations contractuelles les coûts de la protection des agents réputés les plus faibles (locataires, consommateurs, employés,...) peuvent être facilement transférés à ces mêmes agents si l'élasticité de la demande le permet. Le but de corriger un déséquilibre dans les relations contractuelles risque alors de ne pas être atteint. Une perspective *ex ante* apparaît indispensable pour prévoir ce type d'effets pervers.

En définitive, l'économie du droit fait souffler un vent nouveau sur la théorie et la pratique du droit. Elle invite à redécouvrir le rôle du droit dans la société. Le droit et l'économie agissent réciproquement sur un grand nombre de fronts. Qu'il s'agisse du droit privé ou du droit public, les normes juridiques ont un impact sur le comportement des justiciables. Pourtant, formés le plus souvent comme des techniciens du droit, les futurs juristes sont généralement peu conscients des effets plus ou moins complexes et prévisibles que ces normes peuvent avoir sur l'organisation des activités ou le fonctionnement des marchés. L'analyse économique du droit peut combler cette lacune. Non seulement elle fournit de nouvelles idées dans le raisonnement juridique, mais en plus les études d'impact fondées sur les techniques économiques expliquent pourquoi les règles ne conduisent pas au résultat souhaité en mettant en évidence des effets indésirables. La compréhension des mécanismes économiques est donc cruciale pour les juristes, les décideurs politiques, les magistrats et les avocats. Les producteurs et les utilisateurs des règles doivent être informés des conséquences de leurs décisions.

Il n'est cependant pas question de parer l'analyse économique de toutes les vertus. L'outil doit être utilisé prudemment. Mais il convient dans le même temps de ne pas lui imputer tous les maux. En particulier, l'économie ne prétend en aucune manière dicter au droit les valeurs que celui-ci doit privilégier. Son ambition est de mettre en évidence les conséquences produites par le droit et d'explicitier la rationalité économique qui est à l'oeuvre dans les textes et les décisions de justice. En cela, elle constitue une aide à la décision et à une meilleure adéquation par rapport aux objectifs assignés au droit par la société. Si on admet que les destinataires du droit sont rationnels (au moins partiellement), il convient de considérer le fait qu'ils intègrent les décisions juridiques dans leurs comportements. La contribution des économistes à l'étude du droit est donc principalement l'apport d'une théorie qui fait comprendre les effets des règles juridiques sur ces comportements (3).

(1) La distinction entre un droit absolu et un droit à indemnité a été introduite dans un important article de Calabresi et Melamed. Ces auteurs utilisent une distinction entre *property rules* et *liability rules*, qui est fondée sur différents formes de la protection des droits selon leurs sanctions. Le premier type de protection légale donne un droit absolu de sorte que le seul moyen de commettre un acte illégal est de négocier avec le titulaire du droit. En revanche, le second type de protection requiert uniquement le versement d'une compensation en cas de violation du droit d'autrui.

(2) Cette distinction entre approche *ex ante* et *ex post* est mise en évidence par E. Mackaay (2002) dans son exemple du « film gâché » : Un Européen organise un voyage dans le grand nord canadien afin de faire un photoreportage pour une revue populaire d'amateurs de la faune. Au retour de son expédition, il confie le développement des films à la boutique du quartier avec laquelle il fait habituellement affaire. Pour des raisons inexplicables, ils gâchent les films. La question est alors de déterminer qui assume la perte ou, pour le dire autrement, si l'organisateur peut réclamer à la boutique l'ensemble du coût de l'expédition – 50.000€. Les juristes abordent la question rétrospectivement, en examinant l'accident qui s'est produit. Ils font appel à la notion de prévisibilité des dommages et de justice. Étant donné que la boutique ne pouvait prévoir des dommages de cette ampleur, il serait injuste de l'en tenir responsable. Le Code civil reflète ce jugement en édictant que, en matière contractuelle, les dommages se limitent à ceux qui ont pu être prévus au moment de la conclusion du contrat, sauf exceptions comme le *dol*, l'intention de causer un dommage ou la négligence grossière. Les économistes abordent la question prospectivement, en comparant les effets incitatifs résultant de la responsabilité de la boutique et de la règle contraire. Laissons en suspens pour l'instant la possibilité de déplacer le fardeau par l'accord des parties. Si la boutique est responsable, elle examinera en premier lieu les moyens à sa disposition pour réduire le fardeau : équipement plus fiable ; plus de personnel ; meilleure formation du personnel ; entrevue plus pointilleuse avec le client, etc. Elle choisira la ou les mesures dont le coût est inférieur aux économies engendrées au titre de la responsabilité. Le coût de ces mesures sera incorporé dans le coût de développement du film et ainsi réparti sur l'ensemble des clients. Pour les accidents de ce type qui se produisent malgré les précautions ou qui sont trop chers à prévenir, la boutique peut envisager de souscrire une assurance ou en assumer elle-même les frais à titre d'auto-assurance, les coûts étant toujours répercutés sur l'ensemble des clients dans le prix du développement des films. La loi étant uniforme, il faut présumer que toutes les agences de développement de films réagiront de la sorte. Invertissons le fardeau et examinons ce que fait l'organisateur de l'expédition sachant qu'il ne pourra réclamer les pertes résultant du film gâché. Au titre des précautions à sa disposition, il peut songer à apporter

plusieurs appareils photo et à prendre plusieurs clichés de chaque scène ; à faire développer les films dans différentes boutiques, etc. Une comparaison de bon sens suggère que les précautions du côté de l'organisateur de l'expédition sont moins coûteuses et mieux ciblées que celles que pourrait envisager la boutique. Si les parties pouvaient discuter de la question et comparer les options, elles conviendraient sans doute de miser principalement sur les précautions prises par l'organisateur du voyage. La comparaison peut se concrétiser de la façon suivante. Plusieurs clients pourraient insister pour avoir un développement sans garantie autre que le remplacement du film, mais nettement moins cher. La boutique pourrait alors offrir plusieurs options et demander au client, au moment d'accepter les films pour développement, s'ils ont une valeur particulière et nécessitent des soins accrus. En cas de réponse affirmative, le coût plus élevé de développement, ou l'assurance supplémentaire, serait assumé directement par le seul client qui pose le risque plus élevé. Celui-ci peut alors comparer le coût du supplément avec celui des précautions à sa disposition et opter pour la solution la moins coûteuse. Cet exemple permet de souligner plusieurs idées importantes. D'abord, le fait que le juriste raisonne en apparence sur le passé et l'économiste, sur l'avenir n'est pas une différence essentielle. La règle juridique énonce la solution qui, dans la plupart des cas, sera prospectivement la plus avantageuse, parce que la moins coûteuse, pour les deux parties. Ceci nous conduit à une deuxième idée importante à souligner. La règle juste du juriste coïncide ici avec la solution optimale de l'économiste ; il n'y a pas d'opposition entre les deux. Comme l'économiste est passablement explicite sur sa façon de raisonner, alors que le juriste l'est beaucoup moins sur son intuition de justice, l'arrimage effectué ici permet de placer l'intuition du juriste sur un fondement plus transparent et donc convaincant.

(3) Cette note peut être complétée à travers la lecture des articles suivants : J. Buchanan (1977) : Good Economics, Bad Law, in Freedom and Constitutional Contract : Perspective of a Political Economist, Texas A University Press. G. Calabresi (1970) : The Cost of Accident, A Legal and Economic Analysis, Yale University Press. R. Coase (1960) : The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, B. Deffains (2004) : Efficiency of Civil Law, in European law and Economics, (Aristides N. Hatzis, Editor), Edward Elgard, 2004. B. Deffains (2002) : L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil (B. Deffains, éditeur), Cujas, Paris. B. Deffains (2001) : Law and Economics in Civil Law Countries, B. Deffains et T. Kirat (Editors) Elsevier, JAI Press, Amsterdam, 2001. B. Deffains (2000) : L'évaluation des règles juridiques : un bilan de l'analyse économique de la responsabilité civile : un bilan, Revue d'Economie Politique, n° 6, p. 752-785. R. Dworkin (1980) : Is Wealth a Value ?, Journal of Legal Studies, vol. 9, p. 191-226. E. Mackaay (2002) : L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes, in B. Deffains, L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, Paris, p. 11-35. H.-B. Schaeffer et C. Ott (2004) : Economic Analysis of Civil Law, Edward Elgard Publishing. R. Posner (1973), Economic Analysis of Law, Little Brown & Co (dernière édition en 2003). C. Sunstein (2000), Behavioral Law & Economics, Cambridge University Press.

Marie-Anne Frison-Roche, L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, p. 15

L'objet de réflexion est ici à dessein très étroit. L'ambition n'est pas de traiter de l'analyse économique du droit en tant que telle, en concentré ou en exemples. En cela, les présents propos ne sont pas des propos d'introduction (1).

1. Il s'agit plutôt d'expliquer pourquoi il est important en droit de prendre en considération cette méthode, de donner des raisons pour que les juristes passent quelque temps à étudier cette perspective, voire en intègrent quelques conclusions ou méthodes dans leur façon d'appréhender et de pratiquer le droit. La question posée est donc : en quoi l'analyse économique du droit peut contribuer à ce que le droit soit bien fait, ou simplement mieux fait ? En cela, ce sont des propos préalables.

2. Comme il s'agit de développer une perspective pragmatique, la question est plus triviale encore : en quoi les juristes, dont la fonction est de contribuer à un droit de la meilleure qualité possible (2), c'est-à-dire un droit le plus adéquat à ses fins, peuvent avoir intérêt, indépendamment de l'avantage diffus d'accroître ses connaissances et ses horizons, à connaître l'analyse économique du droit ?

3. Il me semble que lorsque la perspective est relativement étrangère à une culture, ce qui semble le cas de l'analyse économique du droit dont on répète à l'envi qu'elle est familière au monde anglo-américain et étrangère à la culture juridique française (3), on est plus prudent de démontrer déjà ce qu'il n'y a pas à craindre avant d'aborder ce qui produit intérêt.

4. Le préalable consiste donc à évoquer tout d'abord les dangers que l'analyse économique du droit serait censée faire courir au droit (I), afin d'être plus à l'aise pour en rechercher les intérêts pour le droit, c'est-à-dire pour les juristes (II).

I. Les dangers que l'analyse économique ferait courir au droit

5. L'analyse économique du droit n'a pas bonne presse, à supposer même qu'on puisse dire qu'elle ait déjà une quelconque presse (4)... Cela résulte d'un mixte de malentendus et de craintes. Les malentendus sont fortement logés dans le postulat de la rationalité économique et dans la place première donnée au principe d'efficacité (A). La crainte concerne plutôt la perspective d'une domination

disciplinaire, qui serait au bénéfice de l'économie et des économistes au coeur même de la maison du droit (B).

A. Le postulat de la rationalité et le principe d'efficacité

6. La première cause de rejet en droit français de l'analyse économique du droit vient de la référence que celle-ci opère à la rationalité économique des agents. Cette rationalité, qui renvoie à l'individualisme méthodologique, suppose que chaque personne détermine des buts, des préférences, des fonctions d'utilité, pour la satisfaction desquels elle met en oeuvre des actions. Les actions des personnes sont donc de nature stratégique. La rationalité conduit ainsi chacun à « maximaliser son profit ». C'est ce postulat que l'on utilise pour apprécier le fonctionnement des règles en interaction avec les comportements des personnes, qu'il s'agisse des personnes qui adoptent les règles _générales ou individuelles _ ou de celles qui les reçoivent et agissent pour les infléchir en amont et en aval (5).

7. On reproche à ce postulat de la rationalité économique de réduire l'âme humaine. Il s'agit là d'un malentendu qui vient du fait qu'on suppose que les buts que l'individu se choisit sont nécessairement des buts matériels. Dès lors, la maximalisation consisterait pour chacun à rechercher son propre bien-être économique et matériel, dans l'indifférence et d'autres fins et des buts poursuivis par autrui. C'est certes là le postulat du comportement de marché, ce sur quoi celui-ci est construit, parce que le marché est un espace économique à la fois atomisé et sur lequel ne circule que des biens, mais à aucun moment, en dehors de cet espace-là, l'analyse économique ne suppose que l'individu recherche et ne recherche que son bien-être économique.

8. Bien au contraire, la fonction d'utilité est une « boîte noire », c'est-à-dire un élément dont le contenu n'est pas appréhendé par la théorie, contenu auquel la méthode ne donne pas pertinence (6). Ainsi, l'individu peut très bien rechercher une satisfaction morale, il aura alors un comportement visant à satisfaire ce but-là. L'analyse économique se contente d'analyser la part stratégique de l'action des personnes, sans préjuger de la substance des fins poursuivies. Elle admet par avance la pluralité des fins et admet notamment que les personnes puissent avoir des buts qui ne se limitent pas à leur bien-être. Leur comportement n'en sera pas moins stratégique.

9. Le mélange des mobiles justifie que se cumulent plusieurs types d'analyse, l'analyse morale comme l'analyse économique. Comme il a été souligné, l'analyse économique du droit est un « prisme » (7), n'ignorant pas que « l'homme n'est pas réductible à la seule efficacité » (8), ne se reflétant donc que sur une facette et n'excluant pas les autres. Ce n'est qu'en méconnaissant ce caractère partiel de l'analyse économique, en lui imputant une prétention de rendre compte de toutes les actions et les mobiles humains qu'on rejette l'analyse, en l'accusant de totalitarisme (9). Ainsi, le postulat de la rationalité, engendrant des actions individuelles de type stratégique, ne réduit pas la personne à une pure et identique volonté mécanique de bien-être économique individuel (10). C'est pourquoi il ne faut pas craindre que l'analyse économique du droit rétrécisse la représentation de l'être humain que le droit exprime.

10. C'est à la même aune qu'il faut comprendre le principe d'efficacité. L'efficacité peut être difficile à définir, notamment par rapport aux notions plus familières aux juristes que sont l'efficacité et l'effectivité. On s'accordera tout de même pour dire d'une façon générale, que l'effectivité désigne la qualité d'une règle à être véritablement appliquée, soit parce qu'elle est suivie spontanément par les personnes, soit parce que ceux-ci subissent un rappel à l'ordre lorsqu'ils la méconnaissent (11).

11. À côté de cela, l'efficacité caractérise l'aptitude d'une règle à produire les effets pour l'obtention desquels on l'a adoptée, et plus largement encore l'aptitude d'un système à faire advenir les phénomènes qui lui sont bénéfiques (c'est notamment le sens donné à l'efficacité des marchés). Il est vrai que l'analyse économique est une analyse d'efficacité (12), par exemple celle de l'efficacité des marchés. L'effectivité d'une règle de droit ou d'une décision juridique particulière est le préalable à l'efficacité, et l'efficacité du phénomène juridique isolé participe à l'efficacité du système économique et social. Dans l'acceptation retenue dans l'analyse économique du droit, un phénomène juridique sera efficace s'il accroît le bien-être général (13).

12. Cette définition de l'efficacité est importante notamment en ce qu'elle renvoie à des corrélations entre les buts de chacun les uns par rapport aux autres, et à des corrélations entre ces stratégies personnelles et le système social, le système dans lequel la collectivité et l'individu s'ajustent et dans lequel les règles sont pareillement en interaction. Ainsi, lorsqu'il est si fréquent de soutenir que l'analyse économique du droit ne traduit que le droit anglo-américain, sa dimension ouvertement systémique le met au contraire en reflet des droits romanistes, pensés et conçus en système (14).

13. Toujours est-il que la considération du principe d'efficacité n'est en rien un appauvrissement du droit, venu de terre étrangère, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, le droit est un art pratique, c'est-à-dire un ensemble d'instruments, de connaissances et de savoir-faire réunis pour produire un résultat (15). Dès lors, rien n'est plus familière au droit que l'idée comme quoi il faut trouver le moyen le plus efficace pour passer de la règle au résultat concret escompté. Plus encore, l'efficacité caractérise toute action, dans la mesure où toute action, y compris l'action morale ou l'action esthétique, a pour fin l'atteinte du but préalablement posé (16).

B. L'effet de domination de la pensée économique

14. Cette domination n'est pas à craindre dans son principe puisque l'analyse économique du droit ne s'intéresse qu'au segment entre deux moments, à savoir le moment rationnel où un objectif est posé par la personne et par la règle, et le moment où les comportements s'agencent, influés par l'instrument juridique adopté pour la satisfaction de cet objectif. Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, le contenu que doit prendre un objectif d'intérêt général est fixé par le droit mais l'efficacité de la mise en oeuvre peut être appréciée à l'aune de l'analyse économique du droit (17).

15. Plus encore, cela n'a pas de sens de poser que par l'analyse économique du droit, s'imposerait de ce seul fait une pensée libérale _ que l'on qualifie d'« ultra-libérale si l'on veut la rendre effrayante et susciter rhétoriquement la crainte et le rejet _ renvoyant finalement à la puissance autoréglatrice des marchés (18). Cela peut être vrai concernant certains courants de l'analyse économique du droit, principalement issue de l'École de Chicago, laquelle prétend démontrer _ notamment par le théorème de Coase (19) _ que quelque soit le résultat juridique, notamment le dispositif du jugement de responsabilité, les parties réajusteront l'équilibre de leurs intérêts, par le recours au contrat et au marché.

16. Mais cette conception, très spontanéiste (20), n'est pas requise par l'analyse économique du droit. En effet, si l'analyse économique du droit parvient à décrire les interactions entre les règles, générales et particulières, et les comportements, cela peut être pour mieux fournir des armes à des contraintes juridiques devenant plus efficace pour mieux contrarier les comportements de marché. Ainsi, le marxisme s'est essentiellement construit sur une analyse économique du droit (21), afin de briser des alliances collectives de pouvoirs.

17. Dès lors, l'analyse économique du droit offre aux pouvoirs politiques plus de marges de manoeuvre, dans la gamme des mesures juridiques qui vont de l'accroissement de l'efficacité des ajustements de marché _ ce qui est désigné comme la fonction de « facilitation » des ajustements spontanés d'intérêts _ à la lutte contre les effets du marché, mis politiquement en balance avec d'autres intérêts, par exemple l'intérêt moral.

18. Il apparaît alors que ce qui est craint, ce n'est pas tant l'économie que les économistes... Cette domination disciplinaire peut effectivement s'opérer par la maîtrise technique que suppose l'analyse économique du droit. C'est ici la principale différence entre l'analyse économique du droit et l'analyse morale du droit. Il est remarquable que la dimension morale du droit, c'est-à-dire son analyse à travers cette grille de lecture là, n'a pas rencontré de réticence chez les juristes, alors que cette règle morale pré tend souvent à une universalité sans doute plus contestable encore que celle dont se targue l'analyse économique (22). Il est généralement admis que le droit et la morale s'articulent pour le profit accru et du droit et de la morale, et nous disposons de nombreuses études de référence, au premier chef le livre de Georges Ripert sur la règle morale dans les obligations civiles (23).

19. Ce bon et traditionnel accueil par les juristes de l'analyse morale du droit vient non seulement d'une culture française que l'on dit plus familière de l'impératif moral que de l'impératif économique, mais encore du fait que la morale paraît accessible à tous, au juriste aussi, et qu'il peut lui-même en manier l'analyse. Pour ne prendre qu'un exemple, lorsque la Cour de cassation convia le professeur Jean Bernard comme expert en éthique, il a été souligné que la dimension éthique de la convention de mère porteuse aurait pu être déglagée par les juges sans ce recours extérieur. Ainsi, le juriste allierait sa connaissance de la part juridique de la règle, part dont le moraliste n'a pas toujours la maîtrise (24), et sa connaissance quasi-naturelle du bien et du mal.

20. À l'inverse, dont-acte que l'analyse économique du droit ne peut se faire sans les économistes car elle requiert des instruments que le juriste traditionnel ne maîtrise pas. Ainsi, le juriste qui veut bénéficier de cette grille de lecture là doit partager le travail avec d'autres (25), perspective qui, dans une perspective de sociologie des professions, peut constituer une entrave à l'analyse économique du droit (26). La difficulté n'est pourtant pas synonyme d'absence d'intérêt et le présent recueil de contributions, issues de rencontres entre économistes et juristes postule même l'inverse, à savoir que cette collaboration participe directement de l'intérêt de l'analyse (27).

II. L'intérêt pour le droit d'intégrer l'analyse économique du droit

21. L'analyse économique du droit présente un fort intérêt pour le droit, c'est-à-dire pour les juristes, ou plus largement pour ceux qui font du droit (28). En effet, alors que cela n'a pas de sens de soutenir que l'économie « est faite » par les économistes, notamment parce que l'économie est beaucoup moins un *artefact* que ne l'est le droit, celui-ci demeure fait en grande partie par les juristes, même si les pratiques notamment familiales ou contractuelles y ont part (29). Cela conduit à poser que l'intérêt pour que le droit de l'analyse économique du droit doit être avant tout perçu par les juristes. Cet intérêt doit être porté par eux pour que le droit en ressent les bienfaits.

A. Les vertus générales pour le droit de l'analyse économique du droit

22. L'analyse économique du droit a plusieurs vertus générales, c'est-à-dire des bénéfices qui s'appliquent quelle que soit la branche juridique et quel que soit le type d'instruments (loi, contrat, décision individuelle unilatérale). On peut ainsi

viser quatre vertus : la vertu d'explicitation, la vertu d'aide à la réforme, la vertu de simplification, la vertu d'incitation.

23. Quant à la vertu d'explicitation tout d'abord, l'analyse économique du droit permet de mesurer les effets économiques des règles et des décisions sur les comportements et de confronter ceux-ci aux buts pour lesquels la règle avait été adoptée. De ce seul fait, *satisfecit* est donné à la règle dont l'application concrétise sa finalité. La cause finale du phénomène juridique, y compris le contrat, devient le centre du dispositif, tandis qu'est dressé un constat d'échec concernant le procédé juridique qui n'atteint pas son objectif.

24. Dès lors, l'analyse économique conduit à expliciter les finalités assignées au phénomène juridique par son auteur, finalités confrontées aux buts poursuivis par ses utilisateurs. Il peut y avoir unicité de personnages, par exemple lorsqu'il s'agit d'un contrat dont les auteurs sont en même temps les utilisateurs, ou dissociation de personnages, dans le cas de la loi ou de la décision d'un tiers (un jugement, un acte administratif individuel).

25. Il faut replacer cette vertu d'explicitation des fins dans une perspective démocratique du droit, alors même qu'on affirme aisément que l'analyse économique du droit est technocratique et antidémocratique. En effet, en obligeant les auteurs du droit à expliciter les buts qu'ils poursuivent en utilisant leur pouvoir normatif, recoupant ainsi l'obligation du juge de motiver sa décision mais imposant un semblable processus pour les acteurs juridiques souverains, tels le législateur ou les contractants, l'analyse économique du droit fait reculer le dogmatisme (30).

26. La nécessité d'une explicitation des buts poursuivis rejoint l'idéal démocratique, selon lequel la démocratie requiert une discussion autour de ces fins, discussion ainsi favorisée par l'analyse économique du droit.

27. Ce lien entre explicitation des buts et analyse économique du droit produit une autre effet : plus un droit est explicitement finalisé, et plus les juristes font de l'analyse économique du droit à la façon de M. Jourdain. L'exemple le plus net peut être pris dans la vieille matière des procédures collectives. Dès l'instant qu'on avait posé dans la loi du 25 janvier 1985 que les règles ont pour fin le redressement des entreprises (31), l'analyse économique a été spontanément suivie par les juristes qui ont confronté les résultats, à savoir la disparition des entreprises soumises à une procédure collective pour 95 % d'entre elles (32), avec le but de la loi, à savoir le redressement des entreprises grâce aux procédures collectives. La vertu d'explicitation mute en vertu de décapage.

28. En cette matière des défaillances des entreprises, la première conséquence en a été une interprétation parfois audacieuse des textes par la jurisprudence pour mieux servir le but de la législation. La seconde conséquence a été la refonte régulière de la loi, toujours dans le même espoir de redressement. Ainsi, si la loi ne cesse de varier en la matière, on peut dire que depuis des décennies, son but demeure clair et constant. À ce titre, l'on pourrait affirmer que le droit des procédures collectives, avec ses multiples réformes, est plus constant que bien d'autres.

29. Quant à la vertu d'aide à la réforme, elle découle de l'enseignement que l'analyse des échecs produit. Il ne faut pas limiter cette vertu à la loi, le législateur étant certes incité à modifier les dispositifs généraux en raison de leurs effets constatés, elle vise tout autant les juges, la réforme prenant alors la forme du revirement de jurisprudence, voire aux contractants dans l'adaptation de leur accord.

30. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'affirmer que toute contrariété entre les buts de la règle, générale ou particulière (la loi, l'acte administratif général ou individuel, le jugement, le contrat) et les comportements des destinataires (qui violent la loi, récidivent, refuse d'exécution l'obligation, etc.), ce qui relève finalement d'un conflit entre deux volontés stratégiques, doive se traduire *ipso facto* par un changement du côté du droit. La réforme est concevable, elle n'a rien d'automatique. C'est précisément parce que le droit n'est pas pour seule règle l'efficacité économique, qu'elle peut pouvoir demeurer, estimant que c'est aux comportements des destinataires de changer, pour servir un impératif moral notamment (33).

31. Plus encore, le constat d'inefficacité pouvant conduire à la réforme, au revirement de jurisprudence, à une renégociation du droit, à un changement de doctrine administrative, à l'adoption de nouvelles règles directrices, etc., ne dicte pas la nature de la réforme. En effet, l'auteur reste maître de l'alternative suivante : soit changer le but pour lequel l'instrument juridique avait été adopté, soit changer l'instrument pour atteindre un but maintenu. Cela dépend de l'espoir qui demeure du caractère atteignable de la finalité première, et là aussi le droit des procédures collectives est le plus explicite de cela.

32. L'on peut viser une hypothèse plus nouvelle. Admettons que le droit des sociétés, à tout le moins le droit des sociétés cotées, a pour fin la protection de l'actionnaire, contraint d'entrer dans une relation dans laquelle il doit s'en remettre au mandataire social. Le droit des sociétés, à tout le moins le droit nord-américain des sociétés, a été très influencé par les théories économiques de l'asymétrie d'information et de la relation d'agence. Les scandales successifs montrent l'inadéquation des règles, du système des règles juridiques, comptables et de régulation des marchés financiers. Faut-il seulement changer les instruments en appuyant toujours davantage sur le principe d'information, comme l'ont fait les

auteurs de la loi Sarbanes-Oxley, puis ceux de la loi de sécurité financière (34). Faut-il changer le mode de protection des investisseurs, par exemple en développant les incitations plus adaptées à destination des dirigeants ? Faut-il revoir la finalité même que l'on a donné peu à peu au droit des sociétés (35) ?

33. Quant à la vertu de simplification, elle est plus utile aujourd'hui qu'hier parce que le droit français ne s'y conforme plus guère et l'on ne cesse de regretter la noble simplicité du Code civil. À supposer, supposons-le, qu'on ne puisse retrouver cette simplicité substantielle, il faut trouver des règles qui redonnent une lisibilité à un magma de règles. Comme le souligne Louis Vogel (36), c'est parce que la compréhension du fatras jurisprudentiel nord-américain a été difficile que l'analyse économique du droit a trouvé prise, en ce qu'elle a simplifié l'analyse particulière et globale de la jurisprudence.

34. Le droit français bénéficiait d'autres mécanismes de simplification dans la perception du système, notamment par la concentration de règles simplement énoncées par la Cour de cassation. Les vertus de ce système s'effaçant, si l'on ne se contente pas d'un effort de restauration, l'analyse économique du droit peut satisfaire d'une nouvelle façon cette vertu de simplicité que tout système juridique recherche pour être accessible et efficace.

35. Quant à la vertu d'incitation, passant de la dimension descriptive à la dimension normative (37), l'analyse économique permet d'adopter un comportement plus efficace. La vertu d'incitation se distingue de l'aide à la réforme, en ce que l'explicitation peut suffire à produire un réajustement des comportements. En effet, par la seule connaissance que les opérateurs, auteurs et destinataires des normes, ont des interactions, ils ajustent plus finement leur comportement. L'analyse économique du droit est autoréalisatrice, en ce qu'elle affine les comportements stratégiques et accélère les apprentissages.

B. Variation de l'intérêt suivant les branches du droit

36. La question ici est de déterminer s'il existerait des matières juridiques qui gagneraient plus que les autres à accueillir l'analyse économique du droit. On constate que les travaux ont massivement porté sur la responsabilité civile, le droit des contrats, le droit de la concurrence et de la réglementation économique, et continuent de les privilégier. Est-ce que cela correspond à une adéquation particulière entre l'objet et la méthode ? À première vue, on y décele plutôt le fait que l'analyse économique du droit est née aux États-Unis, appliquée à des décisions judiciaires et dans ces matières civiles, façonnées par la jurisprudence et dans lesquelles les intérêts des entreprises sont directement impliqués (38).

37. Pourtant, cela ne s'impose pas en soi, il s'agit plutôt de plus ou moins grandes facilités culturelles. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'appliquer une analyse économique au droit économique, il y a une sorte de tautologie que l'on retrouve notamment dans le droit de la concurrence (39). Cela tient également à une donnée technique : lorsque la branche du droit a un objet économique, les instruments d'analyse économiques trouvent des prises aisées : ainsi, on mesure les créations d'emploi, l'ouverture à la concurrence, l'accroissement des gains de productivité, l'augmentation du chiffre d'affaires, la montée des cours. Ce ne sont donc pas des objets plus naturels, ce sont des objets plus faciles (40). Cette facilité justifie pleinement qu'on les privilégie.

38. Lorsqu'on aborde d'autres branches du droit, le droit pénal, le droit de la famille ou la procédure, deux obstacles interviennent. En premier lieu, la proportion qui existe toujours entre le souci économique et d'autres soucis, le souci moral ou le souci affectif ou le souci de conservation de l'ordre, s'équilibre différemment. Dès lors, l'analyse économique ne révélant qu'une part plus réduite, et donc moins significative, des *ratio legis* et des causes de comportement, sa vertu explicative et sa capacité à engendrer les réformes décroissent.

39. C'est sans doute pourquoi l'analyse économique de l'arrêt Perruche s'est heurtée à une réticence, parce que cette affaire de responsabilité et d'assurance portait aussi sur l'idée de vie, et sur un enfant. Ainsi, on peut penser que la famille se prête moins bien à l'analyse économique du droit parce que, même s'il est vrai que la famille est une structure économique et que les comportements des personnes peuvent avoir des causes économiques, cette part en est sans doute moins prépondérante et le prisme de l'analyse économique fausse alors la perception d'ensemble (41). Plus encore, si l'on prend la vertu d'incitation, elle devient plus délicate en raison de la trop grande variété des mobiles pour agir dans la sphère familiale et affective.

40. Un bon exemple peut être pris du droit de la filiation. L'analyse postule que l'on incite à faire des enfants en fonction des critères économiques. C'est notamment l'idée sous-jacente à bien des dispositions fiscales, dans une interaction permanente avec une fiscalité traduisant une organisation familiale et cherchant à la modérer (42). Si l'on ne prend que l'analyse économique, elle peut conduire à des propositions qui peuvent paraître choquantes, comme la proposition faite notamment par Richard Posner d'un marché des enfants à adopter. L'analyse économique du droit demeure pertinente cependant parce qu'elle peut mettre en valeur la cohérence ou l'incohérence des règles, les unes par rapport aux autres (43). L'exigence de cohérence vaut en toutes matières, économiques (44) ou non, parce que c'est la qualité même des systèmes, le droit pouvant prétendre aux qualités de l'organisation en système, notamment la prévisibilité de son fonctionnement.

41. Ainsi, pour prendre un exemple moins brûlant mais qui fut ressenti à l'époque comme tout aussi crucial, l'analyse économique appliquée au droit des services publics, qui ulcéra un temps parce qu'on y voyait le linceul du droit public, de l'idée de nation et de solidarité, permit de faire avancer et la conception théorique et les règles pratiques en la matière. En passant notamment de la notion juridico-politique de service public à la notion juridico-économique de service universel (45), passage relayé fortement par le droit communautaire, droit dont la nature est économique-politique, la perspective économique a modifié les prévalences, faisant passer la notion concrète d'accès avant la notion abstraite d'intérêt général (46).

42. L'évolution est en cours concernant un autre corps de règles, dont on considérerait naguère qu'il était frappé d'une sorte de déchéance si on y appliquait une analyse économique, à savoir le droit organisant les juridictions et les procédures. Sous prétexte que la justice n'a pas de prix, on récusait longtemps l'idée même, offusquante, d'en analyser les coûts. Aujourd'hui, les nécessités budgétaires et une conception moins grandiloquente de la procédure se traduisent par des mesures précises de l'efficacité de la machine juridictionnelle, sous l'effet notamment de la LOLF (47).

43. Cet exemple permet de revenir au lien naturel entre analyse économique du droit et droit économique, non plus en amont, comme quoi le droit économique se prête à ce type d'analyse, mais en aval, montrant que l'analyse économique du droit tend à transformer les branches du droit en droit économique. Parce que le droit économique traduit davantage une façon d'appréhender les règles qu'un corpus fixé de règles (48), le fait d'appliquer un mode d'analyse qui repose sur la prévalence des finalités, la mesure de l'impact des décisions sur les comportements, et la vérification du succès ou de l'échec des règles, a tendance à transformer des branches non traditionnellement insérées dans le droit économique.

44. Ainsi, parce que le droit économique est distinct du droit des affaires, il est traditionnel d'affirmer que, tandis que le droit de la concurrence est le cœur du droit économique (49), le droit des sociétés n'en ferait pas partie. Mais parce que le droit des marchés se prête à l'analyse économique du droit, par exemple les règles réprimant les délits boursiers (50) ou celles qui organisent l'information insérée dans les cotations (51), par ce biais le droit des sociétés tout entier est en train de devenir du droit économique. Cette idée d'une société comme forme juridique d'une entreprise et comme forme d'organisation de marché, est une idée certes ancienne dans la doctrine juridique française (52), mais l'analyse économique du droit lui donne une nouvelle vigueur et participe à sa concrétisation de plus en plus forte en droit positif.

45. Ce processus de transformation du droit par l'analyse qui en est faite joue également dans le droit des contrats et dans le droit de la responsabilité civile, là où se sont développés les premiers travaux aux États-Unis, à travers l'efficacité des sanctions (53) ou l'incitation que doit produire les condamnations des responsables. Cette transformation est un enrichissement car perdure par ailleurs le souci du droit de veiller à d'autres impératifs extrinsèques, tel l'impératif moral (54), ou des impératifs intrinsèques, tel le respect de la hiérarchie des normes (55). Ce qui font le droit doivent alors préserver l'équilibre général entre tous ses éléments.

C. L'intérêt suivant les métiers de juristes : l'exemple du législateur

46. Comme il faut distinguer entre les branches du droit, il faut distinguer selon les juristes, non seulement parce qu'en France il n'existe pas la même fluidité sociologique dans la profession des *lawyers*, mais parce que les fonctions des uns et des autres ne sont pas les mêmes dans le système. On distingue principalement le législateur et le juge. On s'intéressera ici plus particulièrement au législateur, au sens matériel voire sociologique du droit, c'est-à-dire à celui qui prend des décisions générales et abstraites dans le but d'influer sur les comportements afin de les rendre conformes aux buts poursuivis par l'auteur de la règle. À ce titre, le Parlement, le pouvoir réglementaire mais aussi certains organismes, comme les régulateurs ou les ordres professionnels, exercent une fonction de législateur.

47. En évoquant la fonction du législateur, on mesure à quel point l'analyse économique du droit disponible dans les ouvrages nord-américain est imprégné de la culture juridique nord-américaine. En effet, les règles générales et abstraites qui vont au-delà des matériaux de base que sont les droits de propriété ou la liberté de conclure des contrats obligatoires et l'obligation de réparer des dommages causés, sont perçus comme des « réglementations », alors que la culture romaniste n'a jamais réduit la législation à cela (56).

48. L'analyse économique du droit dessine donc la règle qui sera la plus efficace par rapport à un objectif que le législateur pose souverainement, mesure d'efficacité couramment pratiquée lorsque la loi interfère dans l'organisation économique, par exemple par l'attribution de monopoles. Il ne s'agit pas d'examiner en soi les outils qui aboutissent à ces conseils mais de souligner que le législateur a intérêt à recueillir de tels avis, qui valent bien d'autres avis et qui peuvent être mis en balance avec ceux-ci.

49. Pour que le législateur français profite de l'analyse économique du droit, il faut considérer deux choses. Tout d'abord, il faut avoir une conception relativement instrumentalisée de la loi, c'est-à-dire percevoir la loi comme un moyen qui répond à une certaine situation, situation qui requiert l'adoption d'une nouvelle règle en considération de certains buts politiques posés. Cela ne pose pas de problème car il y a longtemps que le législateur ne considère plus sa souveraineté comme

une puissance au service de sa volonté pure (57) mais comme un moyen plus fort et plus légitime que d'autres de répondre à une situation, la situation constituant donc la cause de la loi puisqu'elle est ce à quoi la loi répond.

50. Ensuite, il faut admettre l'idée même de succès et d'échec de la loi, c'est-à-dire intégrer l'application de la loi dans le jugement porté sur la loi (58). Cela est acquis pour des législations emplies de factualité, notamment le droit des faillites (59), le droit pénal dont le souci du chiffre noir est une façon d'intégrer l'efficacité, le droit des marchés ou le droit social. Dans des matières qui développent une conception plus formelle, la notion d'échec et de succès prend moins racine dans l'examen des effets concrets de la législation. Ainsi, en France, pour reprendre un exemple précédemment abordé (60), la législation en matière de droit des sociétés n'a été que peu saisie par l'analyse économique du droit, sauf précisément si elle est appréhendée à travers l'efficacité du marché financier. La considération de celle-ci alimente le courant de plus en plus puissant de **Law and Finance**, nouveau développement du mouvement historique **Law and Economics**, qui se saisit du droit des sociétés dans la perspective de l'intérêt des investisseurs.

51. Cette observation du droit par cette analyse n'est pas seulement factuelle, elle est normative indépendamment même des réformes qu'elle peut inspirer. En effet, si l'on applique une méthode d'analyse économique _ et financière _ à une branche du droit plutôt formellement conçue, on participe à sa factualisation. Ainsi, le droit des sociétés est en train de devenir de plus en plus factuel, notamment parce qu'on mesure ses effets à l'aune de l'efficacité du marché et de la protection de l'investissement. Dans ce mouvement, la loi sur la sécurité financière est exemplaire de cette inflexion que l'analyse économique donne au droit des sociétés, certes par l'aller et retour que la législation a opéré avec les États-Unis, la loi de sécurité financière étant inspirée de la loi Sarbanes-Oxley, laquelle était elle-même influencée par l'analyse économique de la **corporate governance**.

52. Une fois que le législateur intègre la perspective de l'échec de la loi, c'est-à-dire donne pertinence à cet échec en lui attribuant un effet, il faut d'une part qu'une évaluation des lois soit menée pour mesurer succès et échec des lois, il faut ensuite que le constat d'un échec ait pour effet une modification de la loi. Là aussi, la conception française de la loi a évolué de cette double façon, avec une pratique d'application et avec l'idée des lois expérimentales et des réformes régulières (61).

53. Mais surtout, et c'est sans doute là le plus difficile et le plus fructueux, le fait que le législateur explicite ces buts, pour que l'analyse soit fructueuse. Voilà un effet très précieux : le législateur doit expliciter les finalités qu'il poursuit en adoptant une loi. S'y astreignant, il doit mentionner au besoin plusieurs fins, et dans un tel cas articuler une règle de préférence entre les buts. Cela conduit alors le législateur à une obligation de cohérence de la législation et du système juridique. Cela permet aussi de le soumettre au contrôle démocratique évoqué plus haut (62).

54. On reconnaîtra que n'est pas le moindre mérite de l'analyse économique du droit.

(1) Au titre des ouvrages généraux, on pourra se référer par exemple à Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002 ; R. Coote et Th. Ulen, *Law and Economics*, 2^e éd., Addison-Wesley, 1998 ; Th. Kirat, *Économie du droit*, coll. Repères, La Découverte, 1999 ; B. Lemennicier, *Économie du droit*, Cujas, 1991 ; E.-A. Posner (éd.), *Chicago Lectures in Law and Economics*, Foundation Press, 2000 ; R.-A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., Little Brown, 1998, *The Economic Structure of the Law*, edited by F. Parisi, E. Elgar, 2001 ; A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, coll. Droit comparé, Éditions Panthéon-Assas, 2002 ; E. MacKaay, *Analyse économique du droit*, T. 1, Fondements, 2003. Au titre des ouvrages spéciaux, c'est-à-dire des ouvrages consacrés à tel ou tel corps de règles ou branches du droit, on pourra notamment se reporter à V.-P. Goldberg, *Readings of the Economics of Contract Law*, Cambridge University Press, 1989 ; W.-M. Landes et R.-A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, 2003.

(2) On en restera à cette naïveté philosophique là, c'est-à-dire l'alliance d'une conscience chez celui qui agit de la fin qu'il poursuit (ici la qualité du droit) et de sa bonne foi dans la recherche de cette fin (ici la volonté effective de servir le droit le mieux possible). On peut avoir une vision plus soupçonneuse du corps des juristes, tournés plutôt vers la conservation du pouvoir que le droit offre, notamment parce sa technique n'est pas communément maîtrisée (P. Bourdieu, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. Droit et société, LGDJ, 1991, p. 95-99, spéc. 97, l'auteur évoquant la «distance à l'économie» qui permet au juriste de demeurer «pur»).

(3) A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, préc. Il est remarquable, comme le souligne d'ailleurs L. Vogel dans sa préface, que l'analyse économique du droit soit si étrangère à la culture juridique française et si familière à la culture anglo-américaine que son analyse relève du droit comparé.

(4) On soulignera que les travaux francophones sont surtout pour l'instant le fait d'universitaires canadiens. V. principalement E. McKay, *Analyse économique du droit*, préc.

(5) Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Éditions du CNRS, 2000.

(6) Sur cet effet considérable de l'attribution ou non des pertinences dans les systèmes normatifs, pris dans l'exemple de la théorie du marché, v. M.-A. Frison-

Roche, *Le modèle du marché*, Archives de philosophie du droit, T. 40, Sirey, 1996, p. 287-314.

(7) E. MacKaay, *La règle juridique observée par le prisme de l'économie : une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, RIDE, 1986, p. 43 et s.

(8) Pour reprendre la conclusion de l'étude, critique à propos de l'analyse économique du droit, de B. Oppetit, *Droit et économie*, in *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, T. 37, Sirey, 1992, p. 17-26.

(9) Il est vrai que certains économistes accréditent cette idée d'une explication totale, comme le souligne V.-P. Goldberg, *Readings in the Economics of Contract Law*, préc. : «I do not want to oversell the virtues of the economic approach _ overselling is one of the vices economists have been accused of in their forays into legal issues. Economics does not provide all the answers» (p. IX).

(10) C'est pourtant en imputant un tel postulat à l'analyse économique que celle-ci a tendance à être rejetée. V. not. A. Supiot, *La justice sociale saisie par la régulation*, in *Justice et droits fondamentaux*, Mélanges J. Normand, Litec, 2003, p. 427-438, et surtout *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil 2005, spéc., p. 26 et s.

(11) J. Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, *Année Sociologique* 1957-1958, repris in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, p. 136-148.

(12) B. Deffains, *supra*, p. 6 et s.

(13) Sur la définition de cet accroissement de ce bien-être, notamment par les critères de Pareto, et leur dépassement, v. not. J.-J. Laffont, *Intérêt général et intérêts particuliers*, in *L'intérêt général*, Rapport annuel du Conseil d'État, Rapport public 1999, Doc. fr., p. 421-428.

(14) B. Oppetit a mis en lumière l'importance de cette notion de système juridique dans l'article entre le développement de l'économie et du juridique (*Développement économique et développement juridique*, in *Droit et vie des affaires*, Mélanges A. Sayag, Litec, 1997, p. 71-82).

(15) Le droit se rapproche en cela de la médecine.

(16) Il est vrai que la philosophie morale de l'action est, comme l'analyse économique, essentiellement l'objet de travaux anglo-américains. Pour plus de développement, v. M.-A. Frison-Roche, *Valeurs marchandes et ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 223-233.

(17) Sur cet exemple de l'intérêt général, v. J.-J. Laffont, *Intérêt général et intérêts particuliers*, préc.

(18) Sur ce thème, v. not. E. Brousseau, *Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ?*, in *Concurrence et régulation des marchés*, cahiers français, Doc. fr., 2003, p. 64-70.

(19) R. Coase, *Le coût du droit*, trad. et avant-propos Y.-M. Morissette, coll. Droit, Éthique, Société, PUF, 2000.

(20) Spontanéisme qui caractérise aussi la conception de R. Posner puisqu'il affirme que la décision judiciaire est spontanément efficiente, ce qui est davantage une supériorité prêtée à la rationalité implicite de l'acte de juger qu'une défense organisée du système de common law contre les systèmes civilistes.

(21) V. par ex. F. Zénati, *Le droit et l'économie au-delà de Marx*, in *Droit et Économie*, préc., p. 121-129.

(22) Sur la question méthodologique, dépassant donc les présentes questions préalables, v. not. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, préc.

(23) *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, retirage LGDJ, 1996.

(24) V., à titre d'exemple, l'analyse de F. Terré sur l'ouvrage de M. CantoSperber, *Pitié pour les juristes !*, RTD civ. 2002, p. 247 et s.

(25) L'une des raisons pour lesquelles l'analyse économique du droit se développe aux États-Unis vient du fait que de nombreux juristes, spécialement ceux qui étudient et font le droit économique, notamment le droit de la concurrence, ont une double formation complète et poussée en droit et en économie, ce qui n'existe guère en France. Cela peut éviter le toujours difficile écueil de travailler avec des personnes d'autres disciplines.

(26) Cette réticence peut certes être présentée comme une volonté des juristes de conserver le pouvoir du droit pour eux (dans ce sens v. Y. Dezalay, *Marchands de droit : la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992 et plus encore Y. Dezalay et B.-G. Garth, *La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d'État en Amérique Latine*, entre notables du droit et «Chicago Boys», Seuil, 2004, qui explicite cette thèse à propos de l'analyse économique du droit de l'École de Chicago). D'une façon moins soupçonneuse, il peut s'agir aussi de la difficulté de travailler avec des personnes d'un savoir et d'une culture différents, difficulté d'autant plus forte que les professions en cours sont fortement constituées (v. d'une façon générale, Cl. Dubar et P. Tripiet, *Sociologie des professions*, A. Colin, 2003).

- (27) Les juristes peuvent aussi nuancer la représentation parfois schématique que la théorie économique renvoie d'eux-mêmes. Ainsi, l'idée que les juristes conçoivent la règle comme un moyen ex post de régler des conflits et non pas un moyen ex ante d'induire des comportements, ne correspond pas à l'idée même que les juristes se font du droit. Peut-être exact en droit de common law, parce que le droit positif advient sous la forme d'une décision judiciaire formellement provoquée par une action juridique d'une personne contre une autre, elle ne correspond pas à la vision romaniste d'un droit prescriptif, à travers la prééminence de la loi, moyen ex ante par excellence. Plus encore, la fluidité du droit qui par le continuum de la jurisprudence crée du droit qui, en réglant un conflit, a pour effet, voire pour fin, de prescrire les comportements ultérieurs, rend difficile d'utiliser la distinction usuelle ex ante/ex post, parce qu'artificielle.
- (28) En effet, «ceux qui font du droit» n'appartiennent à une profession unifiée, en tout cas nettement moins en France qu'aux États-Unis ou en Angleterre à travers la profession des lawyers (sur cette dimension sociologique, v. Cl. Dubar et P. Tripiet, *Sociologie des professions*, préc. ; M.-A. Glendon, *A Nation under Lawyers : how the crisis in the Legal Profession is transforming American Society* Farrar Straus & Giroux, 1994). Dès lors, en France non seulement ceux qui font le droit sont fragmentés, notamment entre les avocats, les magistrats, les directeurs juridiques, les professeurs, etc., mais la tradition confie souvent la tâche de faire le droit à des personnes n'ayant pas fait d'études de droit ou exercé préalablement comme juristes (sur cette dimension, v., par ex. B. Kriegel, *La défaite de la justice*, in *La justice*. L'obligation impossible, Points, 1999, p. 149-155).
- (29) Pratique juridique spontanée mais aussi pratiques sociales qui interfèrent avec les comportements et s'intègrent dans la rationalité de ceux-ci. Pour une étude sur cette interférence, v. Ellickson, *Law and Economics discovers social norms*, *Journal of Legal Studies*, vol. 27, 1998, p. 537 et s.
- (30) Dans ce sens, B. Oppetit, *Droit et économie*, préc., p. 26.
- (31) Sur cette dimension socio-économique, v. not. Y. Chaput, *De la faillite à la gestion du surendettement : sociologie des plans de redressement des entreprises en difficulté*, in *Sociologie du droit économique*, *Année Sociologique*, 1999/2, p. 305-338.
- (32) Sur l'analyse économique du droit des procédures collectives, R. Blazy, *La faillite. Éléments d'analyse économique*, coll. *Approfondissement de la Connaissance Économique*, Economica, 2000.
- (33) Sur cette balance nécessaire, par exemple appliquée au droit de la propriété intellectuelle, v. P.-Y. Gautier, *La protection juridique de l'innovation aux confluent de l'économie et de l'éthique*, in *Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, dossier Dr. et patr., octobre 2003, p. 70-72.
- (34) Sur l'influence sur la seconde des conceptions dont la première est née, v. D. Hurstel et J. Mougel, *La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ?*, *Rev. sociétés*, janvier 2003, p. 13-50.
- (35) V. par ex., N. Decoopman et Ch. Légevaques (dir.), *Splendeurs et misères de la corporate governance*, n° spécial, *LPA* 2004, n° 31 ; M.-A. Frison-Roche, *Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du Code civil à la protection du marché de l'investissement*, *Mélanges D. Schmidt*, Joly, 2005, p. 251-267.
- (36) Préface de A. Ogus A. et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, préc., p. 6.
- (37) V. présentation de B. Deffains, avec le paradoxe que l'analyse économique du droit descriptive construit le dogme de l'efficacité inconsciente des juristes qui font le droit, alors que la prétention normative de l'analyse économique, en distinguant les solutions efficaces et les solutions inefficaces, et en conseillant de faire en sorte que les premières sont préférées aux secondes, reconnaît que les juristes, les juges notamment, n'ont pas cette merveilleuse science infuse de l'efficacité.
- (38) Ainsi, l'analyse fondatrice de R. Coase porte sur l'hypothèse d'une condamnation d'une entreprise ferroviaire à indemniser une victime, reprenant en cela un cas précédemment traité par un économiste anglais (*Le coût du droit*, préc.).
- (39) Des travaux sont régulièrement faits sur l'efficacité du droit de la concurrence (et moins, à ma connaissance, sur l'efficacité du droit de la famille), le plus souvent à l'initiative des organes en charge du droit eux-mêmes. V. par ex. sous l'égide de la DGCCRF, *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence*, n° spécial, *LPA* du 28 décembre 2000, et sous l'égide du Conseil de la concurrence, *L'efficacité du droit de la concurrence*, *Gaz. Pal.*, 2002.
- (40) Les thèmes des contributions de ce présent numéro ont d'ailleurs été choisis en considération de cet accès facile.
- (41) Cela explique en grande partie les réticences face aux travaux de G. Baker, qui analyse le droit de la famille à travers la figure du marché.
- (42) D. Grillet-Ponton, *Famille et droit fiscal*, coll. *Droit, Éthique, Société*, PUF, 1998.
- (43) C'est notamment l'objet de la contribution de R. Posner, *Values and Consequences : An Introduction to Economic Analysis of Law*, in E.-A. Posner (éd.), *Chicago Lectures in Law and Economics*, préc., p. 189-201. Il souligne à propos de l'adoption d'enfant que soutenir l'inanité d'un marché tout en admettant l'incitation des femmes à ne pas avorter en prenant en charge le placement heureux des enfants est simplement économiquement contradictoire, car les deux hypothèses peuvent en réalité se réduire l'une à l'autre.
- (44) L'analyse économique a ainsi depuis longtemps pointé le paradoxe, manière souvent aimable de désigner une contradiction que l'on espère dépasser, à propos du droit de la concurrence qui a pour but de protéger le consommateur, surtout dans la conception nord-américaine de celui-ci, et qui ne produirait que des surcoûts nuisibles à celui-ci, en ce que les règles du droit de la concurrence sont détournées par les petits opérateurs (v. not. R.-H. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, nouvelle éd. 1993, New Press).
- (45) Parmi une très abondante littérature, on peut notamment se reporter au rapport annuel du Conseil d'État, *Services publics, services universels*, *Doc. fr.*, 1996.
- (46) L'insertion dans le droit positif de la théorie des facilités essentielles est exemplaire de cela. Pour ce mouvement, v. par ex. M. Glais, *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence*, in *Collectivités publiques et concurrence*, *Rapport public du Conseil d'État*, *Doc. fr.*, 2002, p. 403-423.
- (47) Les travaux sont désormais importants, y compris en France, ce qui fait penser que l'aspect à la fois mécanique et systémique de la procédure (au sens large d'organisation institutionnelle et de règle de déroulement des procès) a permis relativement aisément d'en évaluer le rapport coût/qualité. On se reportera notamment aux travaux de L. Cadet (direction de l'économie de la justice, *Revue internationale de droit économique*, 1999, n° 2 ; *Ordre concurrentiel et justice*, in *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges A. Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2003, spéc. p. 109-143). V. aussi G. Canivet, *Économie de la justice et procès équitable*, *JCP* 2002. I. 361, M. Doriat-Duban, *Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle*, *RIDE*, 2001, n° 1, p. 77-100.
- (48) G. Farjat, *La notion de droit économique*, in *Droit et Économie*, préc., p. 27-62. Pour le droit économique, PUF, 2004, spéc. p. 32 et s.
- (49) G. Farjat, *Droit économique*, 2^e éd., coll. *Thémis*, PUF, 1982.
- (50) B. Deffains et F. Stasiak, *Les préjudices résultant des infractions boursières : approches juridique et économique*, in *Le droit saisi par l'économie*, préc., p. 177-186.
- (51) V. par ex. Nussenbaum, *La complémentarité fonctionnelle du droit et des marchés financiers*, in *Sociologie du droit économique*, préc., p. 407-426.
- (52) On se référera notamment aux travaux de C. Champaud (par ex. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *Sirey*, 1962), de J. Paillusseau (par ex. *La modernisation du droit des sociétés commerciales, une reconception du droit des sociétés commerciales*, *D.* 1997, *chron.*, p.) ou de P. Didier (par ex. *Théorie économique et droit des sociétés*, in *Droit et vie des affaires*, *mélanges A. Sayag*, *Litec*, 1997, p. 227-241).
- (53) Cela engendre un nouveau type de travaux juridiques, par exemple la thèse d'Y.-M. Laithier, *L'efficacité des sanctions contractuelles*, *LGDJ*, 2004.
- (54) *Supra* n° 8 et s.
- (55) L'équilibre n'est pas toujours aisé à faire entre ces considérations intrinsèques et extrinsèques. V. par ex. Th. Tuot, *La sauvegarde et l'adaptation de la hiérarchie des normes en matière de régulation*, in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, *Série Droit et Économie de la Régulation*, *Presses de Sciences Po*, Dalloz.
- (56) C'est ainsi qu'A. Ogus et M. Faure, suivant en cela la méthode dégagée aux États-Unis, évoquent non pas la législation mais la réglementation, par traduction littérale de *regulation*, et traite la question de la réglementation comme s'il s'agissait d'une branche du droit à côté des contrats et de la responsabilité (préc., p. 143 et s.). On mesure à cette occasion une des difficultés d'appliquer l'analyse économique du droit en France, à savoir la difficulté de la traduction (sur le possible contresens entre *regulation*, *réglementation*, *régulation*, v. M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique*, *D.* 2004, *chron.*, p. 126-129). Sur une discussion approfondie de cette question terminologique, v. J.-B. Auby, *Régulation et droit administratif*, in *Études G. Timsit*, *Bruylant*, 2004, p. 209-234, spéc., p. 211 et s.
- (57) M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, coll. *Léviathan*, PUF, 1990.
- (58) On mesure ici la parenté très forte entre l'analyse économique du droit et l'analyse sociologique du droit. Les méthodes diffèrent mais les postulats sont analogues.
- (59) L'idée de «faillite de la faillite» peut alors être mise en valeur (F. Terré, *Droit de la faillite ou faillite du droit ?*, *Rev. jur. com.*, 1991, p. 1 et s.). V. aussi M.-A. Frison-Roche, *Le législateur des procédures collectives et ses échecs*, in *Le droit des procédures collectives*, *Mélanges A. Honorat*, Éd. Frison-Roche, 2000, p. 109-119.
- (60) *Supra* n° 44 et s.

(61) V. not. J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, coll. Droit, Éthique, Société, PUF, 1994 ; J. Commaille et B. Jobert, *Les métamorphoses de la régulation politique*, coll. Droit et Société, LGDJ, 1998.

(62) *Supra* n°s 25 et s.

Guy Canivet, *La pertinence de l'analyse économique du droit : Le point de vue du juge*, p. 23

Après l'exposé de Bruno Deffains qui a donné le point de vue de l'économiste sur « Le défi de l'analyse économique du droit » et celui de Marie-Anne Frison-Roche sur « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », y a-t-il matière, comme le dernier orateur y invite, à développer le point de vue du juge alors que le premier estime déjà dans sa conclusion que la compréhension des mécanismes économiques est cruciale aussi bien pour les juristes, les décideurs politiques, les magistrats et les avocats et que les producteurs de règles doivent être informés des conséquences de leurs décisions ?

C'est néanmoins du point de vue du juge en tant que « producteur de règles » que je situerai la dernière intervention de cette séance d'ouverture en posant la question de l'apport de la théorie économique à la méthode jurisprudentielle tout en essayant de montrer en quoi, dans la prise en considération de l'analyse économique, la démarche du juge est différente de celle du législateur.

Dans un remarquable article, publié dans la livraison des *Archives de philosophie du droit*, consacré à « Droit et économie » (1), le regretté Bruno Oppetit écrivait que « Les rapports du droit et de l'économie sont passés au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêt réciproque » (2).

Dans ce bref propos introductif, il ne peut être question de le suivre dans le magistral parcours historique qu'il trace ; on en viendra directement à la phase actuelle pour tenter de comprendre ce qu'est aujourd'hui l'attrait réciproque du droit pour l'économie. Et, singulièrement du point de vue de la jurisprudence qui m'est réservé, quelle est la part prise par le juge dans ce rapprochement.

Sur la relation du droit et de l'économie, on observe, très classiquement, un double phénomène, d'abord la prise en considération des facteurs économiques par le droit (I) puis, à l'inverse, l'analyse des phénomènes juridiques par l'économie (II), phénomènes « miroirs » qui, l'un et l'autre, intéressent la fonction jurisprudentielle.

I. La prise en considération de l'économie par la jurisprudence

On démontre assez facilement que la réception de l'économie par la jurisprudence n'est pas un phénomène récent (3). Mais, pendant longtemps, l'impératif économique n'a pas été explicitement représenté par la méthode jurisprudentielle (4). Il y avait entre eux une coïncidence implicite (A). Les juristes ont ensuite découvert le concept nouveau « de droit économique » et son incidence directe sur le raisonnement judiciaire (B).

A. La coïncidence implicite du droit avec des principes économiques

Chacun sait que les instruments juridiques qui sous-tendent les relations économiques sont depuis toujours contenus dans les notions classiques centrales du droit privé que sont, entre autres, la propriété et le contrat (5). À travers la mise en oeuvre de ces institutions, le juge assurait, sans le savoir, de manière implicite, sans se poser de question, les fondements de l'économie puisqu'il y avait, dans le Code civil de 1804, une coïncidence naturelle, une convergence politique, une parfaite adéquation entre le droit commun de la propriété et des contrats et les principes de l'économie libérale. L'analyse des travaux préparatoires du Code civil révèle, en effet, que ses auteurs ont largement pris en compte la dimension économique du droit. Leur construction repose sur une confrontation dialectique entre, d'une part, les divers principes philosophiques, politiques et juridiques auxquels les rédacteurs du Code se sont attachés, d'autre part, les impératifs économiques du début du XIX^e siècle qu'ils ont pris en compte. Tel est, dit-on, l'esprit du Code civil qui donne au libéralisme sa traduction juridique (6).

La relation est devenue plus explicite et moins paisible au XX^e siècle avec l'émergence de règles juridiques spécifiquement applicables à l'économie, en particulier des règles de droit public instituant le contrôle étatique sur l'économie. De cette époque date l'économie administrée. C'est d'abord par ce biais de l'économie dirigée ou planifiée, à l'extrême de l'économie marxiste, que les juristes ont concentré leur réflexion sur l'appréhension des phénomènes économiques par le droit. De là est née, dans son sens primaire, la discipline du droit économique (7).

Une phase nouvelle se développe aujourd'hui avec l'émergence du droit de la régulation, qui met en oeuvre, par des mécanismes originaux, des règles de droit visant à l'ouverture au marché des structures nées de l'économie historiquement étatisée. C'est donc un droit à finalité économique. Dans un article récent, Marie-Anne Frison-Roche (8) indique que « dans ses rapports avec l'économie, le droit est facteur d'équilibre entre les pouvoirs et de reconstruction des rapports de force ». Si l'on cherche une définition de la régulation à l'intérieur du système juridique, elle vise, dit-elle, à « l'appareillage qui remplace les secteurs économiques entre la concurrence et d'autres impératifs hétérogènes ». La question sera donc de savoir quel peut être le rôle du juge dans ces mécanismes de régulation, quels sont les outils techniques et intellectuels dont il dispose.

B. La réalisation du droit par l'intégration explicite de facteurs économiques

Mais le concept de droit économique aussitôt créé, sont apparues différentes compréhensions de sa définition, de son contenu, de sa place et de son rôle dans le système juridique. Sans entrer dans cette discussion, on peut en retenir une qui intéresse notre sujet, celle qui décrit le droit économique comme une nouvelle logique de raisonnement applicable à des questions qui continuent à relever des disciplines juridiques traditionnelles (9). Si cette proposition est exacte, si le droit économique impose de nouveaux raisonnements juridiques, s'il détermine un mode rationnel d'intégration de facteurs économiques dans la réalisation du droit, soit comme notions opératoires, telles celles de concurrence, de marché, d'entreprise, en droit de la concurrence, soit comme finalités de la loi, l'illustration la plus citée étant le redressement des entreprises en droit des procédures collectives, alors la méthode jurisprudentielle est transformée. La démarche du juge créatrice de la jurisprudence prend une autre dimension en intégrant nécessairement et explicitement l'analyse économique. On se posera seulement la question des domaines du droit affectés par ces raisonnements nouveaux : l'ensemble du droit ou spécifiquement le droit des affaires ? La réponse est commandée par le contenu de la loi qui recèle ou non des notions économiques ou qui se donne des fins économiques explicites commandant son application.

II. L'analyse économique de la jurisprudence

Le mouvement inverse, celui de l'appréciation de l'incidence économique des règles de droit, et notamment de la règle jurisprudentielle, a pris, à l'époque contemporaine, une importance croissante non seulement dans les perspectives des juristes en tant que méthode de mesure de l'efficacité des institutions juridiques (A), mais aussi dans celles des économistes, qui ont développé des méthodes spécifiques d'analyse économique du droit dont, à leur tour, les juges pourraient tirer parti (B).

A. L'évaluation économique du droit par la jurisprudence

L'évaluation quantitative ou qualitative des institutions juridiques en termes d'effectivité ou d'efficacité est désormais une démarche habituelle (10). Selon des méthodes répertoriées, les études d'impact devraient précéder toute création d'une institution juridique, toute édicton de nouvelles normes ou toute modification de celles-ci. Si la méthode est connue, le recours à celle-ci, faute de moyens et de services qualifiés, n'est malheureusement ni systématique ni même habituel en cas de changement législatif ; il ne l'est jamais avant la création d'une nouvelle interprétation de la loi. C'est incontestablement un point de faiblesse de la jurisprudence sur lequel certains auteurs insistent pour dénier au juge toute qualification pour créer des normes même par interprétation.

Encore faudrait-il s'accorder sur ce que sont les études d'impact. Elles ne consistent pas seulement à se livrer à des enquêtes sur la modification des comportements individuels ou sur la réception d'une norme par un milieu donné (11). Cette démarche primaire doit se prolonger, se compléter, se systématiser, par des analyses économiques propres à comprendre et, si possible, anticiper la façon dont les sujets de droit ou les agents économiques réagissent et intègrent dans leurs choix stratégiques l'incidence économique des règles de droit (12) et quelle est la conséquence de ces répliques. À titre d'exemple, on peut faire trois observations.

On sait maintenant _ première observation de portée générale _ que le coût de réalisation du droit, ce que l'on nomme le coût de transaction, entre pour une part importante dans les stratégies individuelles des opérateurs économiques : les frais de l'engagement d'un contentieux ou d'un procès, les frais de conclusion d'un contrat, les frais de recouvrement d'une créance, les frais de protection d'un brevet, les frais de constitution d'une société... en sont autant d'exemples. C'est à partir de ces coûts de transaction que, selon une étude de la Banque mondiale, on évalue la performance des systèmes juridiques.

Seconde observation, les agents économiques prennent généralement en compte dans leurs choix l'état actuel du droit positif et les perspectives de changements législatifs ou jurisprudentiels : on a, par exemple, récemment convaincu le législateur que l'état du droit et de la jurisprudence sur les baux commerciaux avait une incidence directe sur les investissements immobiliers en France, que le droit de la responsabilité médicale, tel que construit par la jurisprudence, pouvait dissuader l'exercice de spécialités essentielles et créer une crise du système d'assurance de la santé, que l'interprétation du droit du travail trop protectrice des droits du salarié pouvait provoquer des délocalisations d'entreprises... On pénètre dans un domaine très sensible de l'appréciation de la création normative du juge. À l'évidence, toute jurisprudence significative dans le domaine économique et social produit des effets qui influent sur le comportement des agents économiques.

La troisième observation est que si l'état du droit peut déterminer des conduites économiques, on doit alors admettre qu'il peut y avoir une concurrence des droits, par leur aptitude à satisfaire plus ou moins bien ce qu'espèrent les opérateurs d'un système de droit. Dès lors que la jurisprudence influe sur le contenu et la qualité du droit, elle n'est pas sans effet sur ces rapports de compétition. Il y a, par exemple, pour reprendre ce qui devient un lieu commun, une concurrence entre le droit des contrats de *civil law* et de *common law* qui met en compétition leur aptitude respective à assurer la sécurité des transactions, la rapidité des paiements, la facilité du règlement des litiges d'exécution. Selon que l'interprétation donnée par le juge du contrat se rapproche ou s'éloigne de ces objectifs d'efficacité, elle influera de manière positive ou négative sur le jeu de la concurrence inter-systèmes. Faire évoluer la jurisprudence comme modifier la loi pèse

nécessairement sur les conditions de cette compétition. Pour cette raison, la jurisprudence devrait, plus qu'elle ne le fait, prendre en compte la nécessité d'améliorer l'efficacité des institutions juridiques ou, en tout cas, de ne pas la contrarier. L'étude de l'évolution de la jurisprudence interprétative du droit du cautionnement durant les vingt dernières années serait, à cet égard, significative.

B. L'analyse économique du droit appliqué à la jurisprudence

Si l'évaluation de l'efficacité du droit n'a été pendant longtemps qu'un procédé empirique ou ponctuel développé par les juristes et les sociologues du droit, elle a donné lieu, dès qu'elle a été reprise par les économistes, au cours des cinquante dernières années, à une systématisation théorique sous la forme de l'analyse économique du droit qu'il faut brièvement aborder dans son origine et son contenu (1.) avant de vérifier en quoi elle peut influencer sur la jurisprudence (2.).

1. Origine du mouvement de l'analyse économique du droit

Personne n'ignore que le mouvement de l'analyse économique du droit est né aux États-Unis au début des années soixante, avec l'École de Chicago. C'est là que les économistes ont exploré la possibilité de faire application au droit des instruments habituels de l'analyse économique. Ce mouvement a fortement stimulé et renouvelé tout à la fois la science du droit et la théorie économique. A-t-il atteint la jurisprudence ? Il a, en tout cas, donné lieu à une littérature foisonnante et difficile, longtemps ignorée en France (13), à travers laquelle on discerne plusieurs phases animées par de grands auteurs, parmi lesquels il faut citer Posner et Calabresi (14).

Je ne m'aventurerai pas davantage sur ce terrain qui n'est pas le mien, sauf pour suggérer qu'il sera intéressant de voir, au cours du séminaire, quel est le retentissement de ces courants de la pensée juridique et économique en France et leur influence sur la doctrine jurisprudentielle. On en retiendra seulement aujourd'hui qu'ils ont permis de cerner la finalité et l'apport de l'analyse économique à la jurisprudence.

2. La contribution de l'analyse économique du droit à la méthode jurisprudentielle

Pour terminer ce propos introductif, il faut, en effet, brièvement examiner la finalité et les apports de l'analyse économique à la jurisprudence. À quoi sert-elle au juge ? En quoi peut-elle entrer dans le mécanisme jurisprudentiel ? À ces questions, on tentera de répondre que la finalité de l'analyse économique est essentiellement critique (a) et que son apport essentiel est d'adapter les règles de droit à l'intérêt général (b).

a) L'analyse économique du droit est une méthode critique

Pour l'essentiel, l'analyse économique du droit fournit au juge une méthode qui lui permet d'apprécier l'efficacité des règles juridiques qu'il met en oeuvre. Elle lui en donne le moyen à quatre points de vue : fonctionnel, dynamique, comparatif et prédictif.

L'analyse économique du droit permet d'abord une critique fonctionnelle : la méthode tend à une analyse des règles de droit au regard de leurs objectifs. Elle consiste à vérifier si ces règles sont adaptées aux fonctions sociales qui leur sont assignées. De nombreuses études portent, par exemple, sur l'aptitude du droit de la responsabilité économique à satisfaire ses buts économiques (15), mais on pourrait tout aussi bien passer au crible de la même critique le droit des contrats (16), de la propriété, voire le droit des successions ou des filiations. Quelles sont aujourd'hui les finalités économiques et sociales de la filiation ? Le droit de la filiation est-il adapté à ces finalités ? Les réponses à ces questions déterminent évidemment les évolutions jurisprudentielles de ce domaine du droit familial. De multiples exemples peuvent être développés sur ce thème dans toutes les catégories du droit. L'adaptation du droit par la jurisprudence à un contexte social évolutif est un champ d'examen infini.

L'analyse économique du droit propose ensuite une critique dynamique : la méthode de l'analyse économique s'attache à une vision progressiste du droit. Dans cette perspective, les institutions sont examinées dans leur évolution, dans leurs phases successives, dans leur accomplissement ou leur déclin mais surtout, du point de vue de la création jurisprudentielle, dans leur possible perfectionnement. C'est la construction d'un droit meilleur qui est visée. L'analyse économique du droit s'oppose donc à la démarche statique traditionnelle du juriste qui se borne à une lecture purement positiviste et à l'inventaire des règles applicables aux questions juridiques nouvelles qui lui sont soumises. En définitive, l'analyse économique du droit est facteur de progrès.

L'analyse économique du droit vise aussi à une critique comparatiste : elle permet de mesurer l'efficacité respective des règles instituées dans des ordres juridiques différents, replacées dans leurs propres contextes d'application et de tirer des enseignements rationnels des solutions données par les autres grands systèmes de droit à des questions identiques. Il est, par exemple, intéressant d'examiner quelles sont les solutions dégagées dans différents États dans la réparation des dommages sériels : catastrophes naturelles, contamination par le VIH, affections liées à l'amiante, maladies du tabagisme... et comment ces solutions, si elles sont jugées pertinentes, peuvent être transposées d'un système à l'autre (17).

L'analyse économique du droit permet enfin une critique prédictive : elle établit des schémas de compréhension des finalités et des évolutions du système juridique. Elle ambitionne, par conséquent, de provoquer et d'anticiper des

changements jurisprudentiels si se révèle une adéquation insuffisante entre les modèles et la réalité.

Si, ainsi comprise, la finalité de l'analyse économique ne fait pas trop difficulté, quels sont ses apports essentiels ?

b) La confrontation des intérêts individuels à l'intérêt général

Si l'on tente une synthèse des apports de l'analyse économique du droit à la théorie juridique, on peut adopter une perspective en trois plans progressifs. L'analyse économique du droit repose d'abord sur le postulat de la rationalité du comportement de l'homme en société auquel la règle de droit impose dans la poursuite de ses objectifs des contraintes et des coûts. Elle conduit ensuite à l'examen des effets de ces règles de droit au regard de l'efficacité économique appréciée du point de vue de l'intérêt général (18). Se pose alors, inévitablement la question de la définition de l'intérêt général. Les théoriciens de l'analyse économique du droit l'assimilent à un état d'optimum social : c'est l'**optimum** dit de Pareto, selon lequel on ne saurait améliorer la situation d'un individu sans diminuer la satisfaction d'un autre individu. De la perspective de l'objectif d'optimum social découlent des critères de choix pour l'État dans la détermination du contenu de la règle ; de la même manière, découlent pour le juge des critères de référence dans l'interprétation de la loi : la théorie normative du bien-être lui propose des options rationnelles d'interprétation et, le cas échéant, d'adaptation de la loi.

Le juge de cassation qui interprète ou adapte la norme est donc nécessairement inspiré par l'intérêt général. Cette démarche n'est pas autre chose que la recherche de la justice sociale. C'est ce que nous faisons tous les jours dans l'activité jurisprudentielle : compléter la loi en dépassant les intérêts individuels des parties au litige afin de poser une règle interprétative visant à la satisfaction d'un intérêt général supérieur. En définitive, à la suite du législateur, dans l'espace d'interprétation que lui ouvre la loi, le juge contribue à la recherche de la solution collectivement optimale.

Conclusion

Au total, l'analyse économique du droit suggère au juge quelques modestes remarques et interrogations conclusives.

Le souci d'efficacité que poursuit l'approche économique du droit n'est pas étranger aux finalités de la jurisprudence. Il n'y a dans tout cela, finalement, rien de tellement nouveau. Tout d'abord, l'interprétation des règles de droit a toujours inclus, à des degrés variables, les données économiques au même titre que les valeurs morales, sociales, techniques ou culturelles. Ensuite, les diverses branches du droit, et même le droit civil, utilisent fréquemment des standards d'appréciation en opportunité des comportements individuels classés en fonction de leurs résultats : on songe évidemment à la fameuse notion de « bon père de famille » du Code civil (19).

À l'époque contemporaine, ce mouvement s'est amplifié dans la législation civile, où ont été introduites de nombreuses notions à contenu variable, notamment à la faveur de la pénétration des règles supranationales, comme la Convention européenne des droits de l'homme, dans le but d'assouplir l'application du droit et d'élargir la marge d'appréciation du juge : équité, loyauté, bonne foi, proportionnalité, nécessité... Ainsi le juge se prononce en fonction des intérêts en présence, tels qu'il les apprécie à travers des notions souples. Ce courant est particulièrement visible dans les branches du droit qui touchent directement à la vie économique, telles que le droit de la concurrence ou le droit des procédures collectives, qui ont érigé directement des notions économiques en concepts juridiques. Il s'exprime aussi dans le droit procédural qui prend en compte les ressources raisonnables mises à la disposition des systèmes judiciaires par les États pour satisfaire des objectifs d'équité du procès. Pour revenir à notre propos initial, cette nouvelle logique d'intégration des notions économiques dans le raisonnement juridique est sans doute un des critères caractéristiques du droit économique.

Peut-on aller plus loin dans l'application de la théorie de l'analyse économique du droit à la méthode jurisprudentielle ? Peut-on la généraliser à l'ensemble du système juridique, au droit des biens, au droit des contrats, au droit de la responsabilité, au droit de la famille ? Peut-on, en particulier, transformer ces domaines traditionnels du droit en instruments de politique économique ? Et quel serait alors le rôle du juge dans cette mutation du droit ? En progressant dans cette voie, les critiques se font fortes. Une telle conception du droit qui reposerait sur la seule décision d'une autorité chargée de dire ce qu'est cet optimum social, en particulier si cette autorité était le juge, serait, dit-on, facteur d'arbitraire, d'instabilité, d'insécurité. Pour d'autres critiques, plus politiques, cette conception du droit et du rôle du juge serait contraire à la séparation des pouvoirs et même, selon la théorie développée par Hayek (20) et l'école autrichienne, contraire au pacte social.

Alors l'analyse économique méconnaît-elle la nature du droit ? Présente-t-elle une incompatibilité philosophique radicale avec la théorie juridique ? Que peut-elle raisonnablement offrir au juriste et au juge ? Qu'apporte-t-elle à la méthode jurisprudentielle ? Peut-elle se substituer au raisonnement juridique ? Telles sont, au-delà des thèmes retenus pour les six séances que propose ce séminaire, les questions qui seront débattues, ce qui, nous l'espérons, donnera lieu à de belles, vives et fructueuses discussions. Loin de régler les questions, je les formule et les retourne à votre intention. N'est-ce pas la fonction d'une séance introductive ?

- (1) Bruno Oppetit, *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, T. 37, Sirey 1992.
- (2) Op. cit., p. 17.
- (3) Bruno Oppetit, op. cit.
- (4) P. Jestaz, *Jurisprudence et économie*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Centre de recherches et de documentation économiques de l'Université de Nancy 2, dir. B. Deffains, éd Cujas, 2002, p. 73.
- (5) Bruno Oppetit, op. cit.
- (6) J.-F. Niort, *Droit économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon*, in *Archives de philosophie du droit*, T. 37, *Droit et économie*, 1992, p. 101 ; J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, Dalloz, 2^e éd. 2003.
- (7) G. Farjat, *Droit économique*, PUF Thémis, 1971.
- (8) M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique*, D., 2004, n° 2, chr., p. 126.
- (9) Cl. Champaud, *Contribution à la définition du droit économique*, D. 1961, chr., p. 117.
- (10) E. Mackaay, *La règle juridique observée par le prisme de l'économie. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, *Rev. int. dr. écon.* 1986, p. 43 ; *L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes*, in *L'analyse économique du droit*, Centre de recherches et de documentation économiques de l'Université de Nancy, dir. B. Deffains, éd. Cujas 2002 ; B. Lemennicier, *Économie du droit*, Paris, éd. Cujas, 1991.
- (11) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF Thémis, 1978.
- (12) B. Deffains, *L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques*, *Revue française d'économie*, 1998.
- (13) H. Muir-Watt, *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 37.
- (14) B. Oppetit, op. cit.
- (15) M. Faure, *L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 113.
- (16) J. Ghestin, *L'évolution du droit français des contrats et l'économie*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 213.
- (17) T. Kirat, *La jurisprudence et les précédents judiciaires : en quoi l'analyse économique nord-américaine peut-elle éclairer la régulation jurisprudentielle française*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 87.
- (18) A. Ogus, *La réglementation : l'intérêt public et l'intérêt privé*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 59.
- (19) B. Oppetit, op. cit.
- (20) Law, *Legislation and Liberty*, London 1976.

Analyse économique des contrats



Joseph Vien, *La signature du contrat*

Posez vous la question suivante :

Mais pourquoi diable réfléchissons-nous à la notion générale de contrat en pensant – ne serait-ce qu'inconsciemment – à un contrat de vente ?

Sommaire bibliographique

L. Grynbaum, Doctrine américaine contemporaine: le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale, *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n° 4, P. 1383

p. 31

M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD Civ.* 1995 p. 573

p. 38

V. Cadoret, De l'obligation essentielle en général et de la saga Chronopost en particulier, *ADC* 2006, n° 9, p. 20.

p. 39

Y.-M. Laithier, A propos de la réception du contrat relationnel en droit français, *D.* 2006, p. 1003

p. 42

M.-A. Frison Roche, Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11e forum de la régulation, *LPA*, 03/05/2005, p. 3

p. 45

R. H. Coase, La nature de la firme, *Economica*, 1937, 4, p. 386

p. 49

À l'heure des grandes manœuvres de codification en droit des contrats en Europe et en France, il est intéressant de sonder l'état de la réflexion sur la matière, outre-Atlantique. De surcroît, l'intensité des discussions doctrinales françaises actuelles sur le solidarisme opposé au volontarisme peut être mise en perspective avec la confrontation entre l'analyse économique du droit, qui adopte une conception classique du contrat, et les approches critiques qui mettent en œuvre d'autres thématiques telles que les études sur les discriminations ou la psychologie cognitive.

Pays de Common Law, certes, les États-Unis n'échappent pas pour autant à l'inflation législative propre au droit légiféré. En outre, la pratique du « restatement », qui s'opère par la recollection doctrinale de l'évolution de la jurisprudence et sa mise en perspective, confère un rôle certain à la doctrine. Cette dernière s'illustre par un parti pris théorique qui emprunte de plus en plus souvent à d'autres disciplines. Une telle approche nous semble stimulante, car elle permet de sortir les études juridiques de leur extrême spécialisation qui peut s'avérer sclérosante.

Les articles collectés l'ont été sur le critère de l'actualité et de leur représentativité des différentes directions de recherches actuelles en droit des contrats. Nous nous intéresserons tout d'abord à une école, aujourd'hui dominante, qui repose sur l'analyse économique du droit (I). Cette conception du droit connaît évidemment de vives critiques fondées notamment sur son inaptitude à régir de manière convaincante la question de l'inexécution du contrat (II). Cette remise en cause provient également de l'émergence d'autres modes d'études. Grâce à une lecture du droit au travers du prisme de la lutte contre les discriminations, les études sur le contrat prennent une autre tournure ; elles s'orientent vers une quête de justice sociale (III). D'autres disciplines sont mises à contribution telles que la psychologie cognitive et la philosophie (IV).

I – L'analyse économique du droit ou le droit sans la justice

Coase et Calabresi ont commencé à développer l'analyse économique du droit à partir de 1961. Richard Posner illustre particulièrement cette école depuis la première édition de son ouvrage (R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1^{re} éd., 1973). Cet auteur, aujourd'hui juge, conçoit le contrat comme une source de maximisation des richesses, le meilleur contrat étant celui qui atteint un optimum de création de richesse sans appauvrir une des parties, du moins en compensant son éventuel appauvrissement. Cette perception du contrat repose sur une approche libérale du droit dans laquelle le marché constitue l'outil de régulation adéquat. Une telle conception a été construite sur le postulat que les agents économiques, donc les contractants, sont des agents rationnels qui opèrent le choix le plus favorable à leur intérêt personnel ; le maître mot pour caractériser cette école est l'« efficacité ». Ce mode de pensée demeure d'une grande vitalité, pour ne pas dire dominant (A), il s'applique à tous les domaines et n'a pas manqué d'être utilisé sur la question des contrats conclus par les consommateurs (B).

A. – La vitalité de l'analyse économique du droit

Afin d'illustrer cette grille de lecture du droit, nous avons relevé un article (R. A. Posner, « The Law and Economics of Contract Interpretation », *Texas Law Review* 2005, vol. 83, p. 1581 et s.) assez récent de Posner sur l'interprétation du contrat (1). Père d'une école florissante, ce dernier fait l'objet de son vivant d'études comparatives afin de saisir sa pensée. Nous avons retenu un article (T. Zywicki et A. Sanders, « Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law », *Iowa Law Review* 2008, p. 559 et s.) qui compare ses théories à celles de Hayek, autre penseur libéral (2).

1. Un exemple d'analyse économique du droit : l'interprétation des contrats vue par Posner

Ce dernier a proposé (« The Law and Economics of Contract Interpretation », préc.) d'appliquer l'analyse économique du droit à l'interprétation des contrats. Il s'agit de savoir ce que les clauses du contrat signifient ou comment elles peuvent être interprétées.

Posner indique que certains contractants choisissent délibérément de laisser dans l'ombre certaines questions, soit parce qu'il y a trop peu de chances que cela devienne une source de litige, soit parce que le temps de discussion sur ce point serait trop coûteux ou risquerait de faire achopper la transaction. Il insiste donc sur le constat que toute obscurité dans un contrat n'est pas nécessairement fautive, mais peut être délibérée. Aussi Posner invite-t-il au préalable à comparer le coût d'une négociation prolongée par rapport à un litige ultérieur.

Il apparaît que la solution qui consiste à rédiger un contrat le plus complet possible, qui correspond à la méthode formelle ou littérale d'interprétation du contrat, n'est pas nécessairement la meilleure. En effet, Posner pose une formule mathématique aux termes de laquelle le coût de transaction d'un contrat est égal au coût de la négociation et de la rédaction du contrat auquel s'ajoute le coût de la probabilité d'un litige sur le sens de ce contrat. Le coût de cette probabilité de litige se décompose lui-même comme la somme du coût du litige et du coût d'une possible interprétation erronée du contrat. Or, en présence d'une obscurité des clauses du contrat, Posner décrit cinq possibilités pour les interpréter.

La première consiste en la recherche de la volonté des parties, en estimant que les parties avaient bien abordé la question lors des négociations mais ne l'ont pas exprimé clairement. La deuxième repose sur la détermination de la solution que les parties auraient retenue si le problème était apparu lors de la négociation du contrat. La troisième revient à préférer la solution économiquement efficace en partant de l'idée qu'il s'agit de celle qu'auraient choisie les parties. La quatrième suppose d'appliquer des règles prédéterminées telles que l'interprétation contre celui qui prétend à l'exécution du contrat ou contre celui qui a rédigé la clause.

La cinquième méthode combine la première et la quatrième. Cette dernière méthode, dite « formelle » ou « littérale », repose sur l'idée que le contrat écrit comprend l'intégralité de l'accord des parties et qu'il n'y a pas lieu de rechercher en dehors du texte.

Après avoir décrit ces méthodes d'interprétation, Posner procède alors à l'analyse des coûts de chaque méthode en tenant compte du degré de compétence du juge ou de l'arbitre pour trancher un tel litige. Ce qui donne lieu à de nombreuses conjectures, notamment en tenant compte de l'éventuelle présence d'un jury. Posner relève alors que la méthode la moins coûteuse, au regard des coûts d'un procès aux États-Unis, et qui permet d'éviter l'intervention d'un jury, consiste pour le juge américain à s'en tenir au contrat au sens d'*instrumentum* sans déclencher de procédure visant à produire des preuves. Il est alors fait appel à une interprétation de bon sens ou de sens commun qui sera le plus souvent proche de la réalité du monde des affaires, ce qui sera la méthode la plus efficace économiquement car la moins dispendieuse. Ainsi une interprétation qui conduirait à un très fort déséquilibre en faveur de l'une des parties ne sera-t-elle pas retenue car cela ne correspond pas à une solution efficace, c'est-à-dire proche d'un raisonnement de marché.

Une telle conclusion ne semble pas mériter pour un juriste européen continental une formule mathématique. Néanmoins, Posner insiste encore sur l'idée d'évaluer précisément les coûts de transaction en fonction du contrat à conclure. Plus le contrat est court dans la durée et la relation d'affaires enfermée dans un cadre simple et bien connu et moins il est nécessaire de réaliser des dépenses de négociation et de rédaction. En revanche, un contrat à long terme mérite une clause d'arbitrage, l'arbitre étant supposé mieux répartir la charge des indemnités éventuelles. En outre, un tel contrat nécessite une soignée rédaction. Posner justifie alors la propension des avocats américains à tenter de tout prévoir dans des contrats longs et détaillés. Ce luxe de détail permettrait de résoudre plus rapidement un éventuel litige, soit par l'accord des parties, soit en réduisant la durée et la difficulté du procès. La démonstration est accompagnée de formules mathématiques avec dérivées qui laissent penser que le bon sens du juriste moyen est transformé par le miracle d'une équation en science exacte.

En effet, il nous semble que la méthode de Posner consiste à mêler des problèmes juridiques bien connus à des formules mathématiques (obscur pour les juristes continentaux assez peu économistes ou mathématiciens). La solution proposée ne fait que rationaliser des solutions que le bon sens juridique avait déjà découvertes. Toutefois, l'introduction d'un raisonnement économique dont l'objectif est de rendre toute institution efficace et l'utilisation d'outils tels que les coûts de transaction rendent l'ensemble du raisonnement séduisant. L'analyse économique du droit laisse les juristes traditionnels désemparés car ils peuvent difficilement répondre sur le même terrain, sauf à devenir eux-mêmes des théoriciens de cette école. Toutefois, le substrat doctrinal sur lequel reposent ces analyses en matière de contrat apparaît à la réflexion assez pauvre. Il s'agit d'une approche tout à fait classique de la convention qui repose sur un échange de consentement précédé d'une négociation libre ou d'une réflexion sur l'avantage de la transaction. En des termes de contractualiste français, l'analyse économique du droit revient à tenter de rejoindre l'autonomie de la volonté avec quelques raisonnements d'optimisation mathématique.

Nonobstant cette approche très classique du contrat, l'analyse économique est devenue dominante, ce qui permet de distinguer des courants au sein même de cette école ; courants qui se dessinent selon la nature du libéralisme à laquelle adhèrent les différents penseurs.

2. Posner et les différentes conceptions libérales du droit

La très puissante école de l'analyse économique du droit produit des élèves qui continuent d'enrichir le corpus par de nombreux écrits. Cette école peut se permettre le luxe de s'auto-analyser. En effet, les articles des élèves sur les pères fondateurs fleurissent. C'est ainsi, par exemple (T. Zywicki et A. Sanders, « Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law », préc.), que l'on peut trouver une analyse comparée de la pensée de Posner et de Hayek (1899-1992). Cet article livre les nuances existantes entre des auteurs qui épousent une conception libérale de la société et du droit. Les auteurs de l'article soulignent immédiatement une conception très différente du juge, cœur du système juridique anglo-américain, de ces deux penseurs. Pour Posner, le juge est en mesure de rassembler et d'appliquer une quantité substantielle de connaissances pour éclairer la fonction juridictionnelle. En revanche, Hayek estime que le juge comme tout décideur public n'est pas en mesure de collecter suffisamment d'informations pour améliorer le droit ; ce dernier considérant que la Common Law relève d'un ordre spontané.

Posner a critiqué Hayek pour sa conception figée du droit. En effet, Hayek peut être rattaché à la conception traditionnelle de la Common Law aux termes de laquelle le juge ne fait que découvrir ou révéler un droit préexistant. En outre, toujours selon ce

penseur, la loi dans une société démocratique relève d'un ordre spontané. Il n'appartient pas au juge de faire cette loi ou d'influer sur son cours car il ne peut pas mesurer les conséquences d'une telle décision. Selon Hayek, le juge est garant de la stabilité des solutions et de la prévisibilité pour les parties de la décision.

Posner, en revanche, estime qu'il appartient au juge de toujours choisir la solution la plus efficace, le seul critère étant la maximisation des richesses ou l'optimisation de la prospérité. Aussi le magistrat saisi en matière contractuelle n'est-il pas lié particulièrement par le précédent ou la prévision des parties, mais doit rechercher la solution qui permet d'accroître globalement la richesse pour l'opération prévue au contrat. Posner estime donc que le juge doit rechercher la bonne règle de droit, c'est-à-dire celle qui est efficace, donc créatrice de richesse.

En revanche, Hayek estime que la suprématie du droit (« the rule of law ») se justifie tant qu'il est un facteur d'ordre dans une société ; par opposition au gouvernement discrétionnaire d'un décideur public (« the rule of men »). Hayek entend la liberté comme un minimum d'arbitraire ou de coercition discrétionnaire par les autres, en particulier l'État.

Cette approche très dissemblable du rôle du juge s'explique par les conceptions différentes de Posner et Hayek sur l'équilibre économique dans une société capitaliste. Posner adopte une position dite « néoclassique » de l'équilibre économique qui repose sur la rencontre de l'offre et de la demande dans un marché transparent, c'est-à-dire que les parties disposent des informations nécessaires sur les prix. En revanche, Hayek estime que l'équilibre ne s'exprime pas en termes de marché, mais qu'il repose sur la coordination des projets individuels ; la société est en équilibre quand il y a compatibilité entre les différents projets des individus qui la composent. Dans une telle conception de l'équilibre de la société, et non du marché, ce qui est le plus important n'est pas le prix des différents biens mais la prévisibilité des actions des autres parties avec lesquelles l'on veut commercer. Aussi dans la perspective de Hayek le droit doit être une donnée, comme le prix : prévisible. Il n'appartient donc pas au juge, dans une telle perspective, de tenter d'améliorer le droit, mais de le révéler.

Les auteurs concluent en estimant que la forme de positivisme juridique de Hayek, critiquée par Posner, ne conduit pas nécessairement à l'immobilisme. Dans une société libérale, le droit peut changer mais en corrélation avec les changements qui se font jour dans cette société.

Ainsi l'école de l'analyse économique du droit présente-t-elle en son sein de fortes nuances, mais cela ne remet pas en cause la conception classique du contrat qu'elle met en œuvre qui se réduit à une transaction soutenue par l'autonomie de la volonté. Bien que cette école ne renouvelle pas profondément la théorie du contrat, ses zéloteurs ne manquent pas d'étendre leurs sujets d'études ; le droit de la consommation ne pouvait pas leur échapper.

B. – Analyse économique du droit et contrat des consommateurs

L'analyse économique du droit ne pouvait pas ignorer longtemps le phénomène du contrat conclu par le consommateur. La contribution apportée à cette catégorie de contrats ne s'oriente pas nécessairement, comme en Europe, sur la nécessaire protection de la partie faible. L'analyse économique se concentre sur les coûts de l'information (L. A. Bechuk et R. A. Posner, « One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets », *Michigan Law Review* 2006, p. 827 et s., vol. 104:82 ; R. A. Epstein, « The Neoclassical Economics of Consumer Contracts », *Minnesota Law Review* 2008, p. 803 et s., vol. 92:803 ; J. Q. Whitman, « Consumerism Versus Producerism : A Study in Comparative Law », *The Yale Law Journal* 2007, p. 340 et s., vol. 117:340). Une approche comparatiste de la question permet en outre de mettre l'accent sur les droits économiques du consommateur qui se distinguent de leur protection (J. Q. Whitman, « Consumerism Versus Producerism : A Study in Comparative Law », préc.).

Les auteurs ayant une approche classique de l'analyse économique du droit (L. A. Bechuk et R. A. Posner, « One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets », préc.) soutiennent que le contrat conclu par un consommateur, appelé par Posner « one-sided contract » (art. préc.), n'est pas nécessairement favorable à une seule des deux parties. Ce « one-sided contract » signifierait simplement que le vendeur est libre dans son attitude face au consommateur. Selon ces auteurs (L. A. Bechuk et R. A. Posner, « One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets », préc.), cette forme de contrat est la plus adéquate pour la plupart des transactions conclues par les consommateurs. En effet, le coût de la négociation serait impossible à supporter dans le cadre d'une distribution qui s'effectue par des revendeurs. Dans un marché transparent et fluide, le vendeur n'imposerait pas de conditions trop dures dans son contrat car il n'aurait aucun intérêt à perdre sa réputation. En effet, selon ces auteurs, la perte de réputation pour un vendeur représenterait un coût trop important pour ce dernier. Une formule mathématique démontre alors que le vendeur peut délivrer une information honnête et standardisée sur le contrat sans surcoût par rapport à celui qui ne donnerait aucune information ou prévoirait des clauses défavorables.

Aussi, dans un marché concurrentiel, portant sur des produits ou services standardisés dans lequel les transactions sont nombreuses, le législateur n'aurait-il pas besoin d'intervenir ; le souci de leur réputation des professionnels suffirait à garantir l'adéquation de l'information. En revanche, dans un marché comportant des ventes irrégulières animées par des vendeurs sur lesquels il existe peu d'informations, ceux-ci ne se soucieraient pas de leur réputation. En conclusion, les auteurs (L. A. Bechuk et R. A. Posner, « One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets », préc.) indiquent que, dans ces derniers cas déterminés, « la

doctrine et les juges » devraient alors prêter une particulière attention à ces situations.

Cet article est caractéristique d'une analyse économique du droit que l'on pourrait appeler « classique ». Un marché concurrentiel est réputé prévenir tous les comportements déviants. Les acteurs y seraient nécessairement vertueux. La conclusion est encore plus intéressante, car les auteurs, même dans un marché restreint qui présente des risques de voir imposer des contrats avec des clauses dures pour le consommateur, ne soulignent pas que l'intervention du législateur serait nécessaire pour encadrer le contenu des clauses. Certes, la Common Law est fondée sur les décisions judiciaires, mais l'intervention législative aux États-Unis est aussi importante qu'ailleurs. On retiendra que les auteurs concèdent simplement que dans certaines situations non concurrentielles, l'attention de la doctrine et du juge devra être plus soutenue. Le parti pris libéral est donc également en œuvre quand les auteurs traditionnels de l'analyse économique traitent de la question du consommateur en plaçant leur confiance dans le marché et la vertu de ses acteurs soucieux de leur réputation ; l'intervention législative étant à proscrire.

Toutefois, cette position est un peu plus nuancée chez un autre auteur (R. A. Epstein, « The Neoclassical Economics of Consumer Contracts », préc.) qui tente de contrecarrer les idées d'une doctrine extérieure à l'analyse économique et plus protectrice des intérêts des consommateurs. L'auteur (R. A. Epstein, « The Neoclassical Economics of Consumer Contracts », préc.) rappelle évidemment que les tenants de l'école néoclassique sont convaincus que le marché non régulé est préférable à celui dans lequel le gouvernement intervient, mais il admet cette intervention dans les situations où il existe un monopole privé ou bien une situation d'information imparfaite qui peut conduire à un mauvais choix par les agents.

En effet, l'analyse économique du droit, qui se réclame de l'école néoclassique de l'économie, est extrêmement en retrait sur la question de l'information. Comme nous venons de l'indiquer (v. supra), les tenants de cette école soutiennent que l'information précontractuelle ne fait qu'augmenter les coûts et qu'il existe des problèmes beaucoup plus importants tels que les crédits douteux. La bataille fait donc rage entre les membres de l'analyse économique et l'école qui utilise la psychologie cognitive (v. infra). Ainsi R. A. Epstein livre bataille à longueur de revue afin de contredire un autre auteur sur la question de l'information précontractuelle à délivrer aux consommateurs sur le marché des cartes de crédit (O. Bar-Gill, « Seduction by Plastic », *Northwestern University Law Review* 2004, p. 1373 et v. infra « The Behavioral Economics of Consumer Contracts », *Minnesota Law Review* 2008, p. 749, 92 :749).

Cette discussion est intéressante car elle met en œuvre une approche renouvelée de l'analyse économique par la psychologie cognitive (v. infra) qui a permis de créer une discipline d'économie comportementaliste (« behavioral economics ») à partir des années 1970 (D. Kahneman et A. Tversky, *Judgment Under Uncertainty : Heuristics and Biases* 3, New York, Cambridge University Press, 1982). En effet, l'un des points controversés au sein de l'approche économique porte sur le postulat de la rationalité des agents. Il est établi que les agents économiques, notamment les consommateurs, n'agissent pas toujours rationnellement, c'est-à-dire au mieux de leurs intérêts. L'approche comportementaliste permet de mieux comprendre les biais cognitifs qui compromettent ces choix rationnels (v. infra). Les tenants de l'approche comportementaliste sont donc favorables à une obligation d'information renforcée au profit des consommateurs afin d'estomper l'asymétrie dans l'information. En revanche, les auteurs néoclassiques s'insurgent contre de telles obligations et cherchent à démontrer leur inutilité. C'est ainsi que sur la question du marché des cartes de crédit objet d'une étude comportementaliste (O. Bar-Gill, « Seduction by Plastic », préc.), il est soutenu par R. A. Epstein, tenant de l'analyse économique, que l'information sur les prix délivrée par les établissements de crédit est suffisante et qu'augmenter les obligations d'information constituerait une barrière à l'entrée pour que de nouveaux acteurs arrivent sur le marché (R. A. Epstein, « The Neoclassical Economics of Consumer Contracts », préc.). En outre, il est encore soutenu qu'une information standardisée n'est pas la meilleure, chaque consommateur ayant une perception différente des renseignements fournis. De longs développements sont alors consacrés au coût de cette information et à son inutilité pour les utilisateurs de cartes de crédit. La conclusion s'impose alors d'évidence pour l'auteur néoclassique (R. A. Epstein, « The Neoclassical Economics of Consumer Contracts », préc.), contre l'avis de l'auteur comportementaliste (O. Bar-Gill, « Seduction by Plastic », préc.), il convient de s'opposer à tout législation qui accroîtrait l'obligation d'information. Celui-là souligne que le seul souhait des consommateurs est un accès plus large aux cartes de crédit tout en soutenant que le vrai problème est ailleurs (nécessairement macro-économique) : il réside dans l'augmentation des crédits douteux.

Ainsi les zéloteurs de l'analyse économique du droit dans sa version néoclassique, très libérale on l'aura compris, s'opposent-ils à toute intervention législative quand bien même il s'agit des contrats des consommateurs. Une nuance est introduite par certains d'entre eux : l'intervention législative serait possible quand la concurrence fait défaut sur un marché. Or, cette vision du droit et de l'économie s'explique mieux encore quand on perçoit la conception des auteurs américains de la notion d'« intérêt des consommateurs ».

Cette conception est très bien éclairée par la contribution d'un comparatiste sur la question des droits du consommateur opposés à ceux des professionnels. L'auteur envisage l'opposition entre « consumerism » et « producerism » (J. Q. Whitman, « Consumerism Versus Producerism : A Study in Comparative Law », préc.) que nous renouons à traduire car l'expression « producerism » ne connaît pas d'équivalent et est suffisamment explicite. Cette opposition est appliquée aux traditions juridiques

en distinguant l'Amérique de l'Europe. L'auteur soutient dans son article que le droit américain est « consumerist » ; qu'en revanche, le droit en Europe est « producerist ». Pour fonder sa comparaison, l'auteur analyse les droits des États-Unis, de l'Allemagne et de la France. Ce qui est particulièrement intéressant dans ce travail, c'est la définition du « consumerism ». Il ne s'agit ni de la simple protection du consommateur, ni de la consommation effrénée de biens et services. Le droit des consommateurs peut, selon cet auteur, recevoir deux acceptions distinctes : une approche économique qui consiste à favoriser le plus large accès aux biens et services, au prix les plus bas, distincte d'une recherche de protection par l'octroi de garanties et des obligations de sécurité. Dans cette perspective, le droit des États-Unis est réputé d'essence « consumerist », car la législation en vigueur, par exemple les lois anti-trust, est considérée comme ayant pour principal objectif de favoriser l'accès le plus large et au plus bas prix des biens et services aux consommateurs.

En revanche, les droits européens étudiés sont réputés « producerist » dans la mesure où ils ne se préoccupent peu des droits économiques des consommateurs et n'organisent que leur protection. Mieux encore, l'auteur englobe dans sa définition du « producerism » les droits des salariés parce qu'ils contribuent à la production des biens et services. Aussi, vu des États-Unis, le droit en Europe est-il paternaliste à l'égard des consommateurs car il organise essentiellement leur protection et il est favorable aux producteurs car il s'occupe de la préservation de l'artisanat, du petit commerce et du statut des salariés. Ces priorités ne facilitent ni une baisse des prix, ni un accès plus large aux biens de consommation. L'auteur conclut en indiquant que cette opposition va perdurer car les pays d'Europe prêtent attention, par tradition, à la production de qualité à petite échelle. C'est ainsi que les nouvelles technologies de précision trouvent encore à être développées sur le Vieux Continent.

Cette approche qui préconise une analyse des droits à travers l'opposition entre ceux qui favorisent les consommateurs et ceux qui favorisent les producteurs révèle la relativité de notre droit de la consommation. Il est possible d'avoir une vision différente des droits des consommateurs qui met en avant les prix et la profusion. Notre conception du droit de la consommation par la protection, que nous appelions « morale » ou « éthique », est qualifiée de « paternaliste » outre-Atlantique. Bien évidemment, la différence de conception du droit de la consommation lorsque l'analyse économique est mise en œuvre repose sur la domination de l'économie qui produit du droit sans que le souci de justice soit essentiel. C'est pourquoi l'analyse économique connaît quelques critiques.

II – Limite ou échec de l'analyse économique : la responsabilité contractuelle ; vers une coopération grâce au contrat relationnel

L'analyse économique du droit, fondée sur le choix de l'efficacité en droit des contrats, serait impuissante à expliquer l'octroi de dommages et intérêts en cas de violation du contrat (D. Campbell, « The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract », *Texas Wesleyan Law Review* 2005, p. 455, vol. 11 :455 ; N. B. Oman, « The Failure of Economic Interpretations of the Law of Contract Damages », *Washington and Lee Law Review* 2007, p. 829, vol. 64 (829)). L'auteur qui soutient cette position souligne qu'une autre école doctrinale propose une explication du droit des contrats. Il s'agit de celle fondée sur l'autonomie dont les positions sont essentiellement déontologiques. Cette dernière s'oppose à l'analyse économique fondée sur l'efficacité qui privilégie une approche « conséquentialiste ».

Selon l'auteur (N. B. Oman, « The Failure of Economic Interpretations of the Law of Contract Damages », préc.), l'échec de l'approche économique proviendrait du « bilatéralisme » en œuvre dans les contrats qui oblige à verser de l'argent en cas d'inexécution. Le droit américain oblige à remettre le créancier de l'obligation inexécutée dans la même situation que si le contrat avait été conclu. Cela signifie que la perte subie sera compensée ainsi que le gain manqué. L'auteur ajoute que la victime insistera sur l'évaluation de la perte subie dès lors que le gain manqué est difficile à démontrer. Cette obligation de réparation est atténuée par deux règles. Il est d'abord impossible de réclamer des dommages et intérêts qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles au moment de la conclusion du contrat. En outre, le « duty to mitigate » constitue une obligation pour la victime de minimiser son dommage. La première atténuation existe en droit français à l'article 1150 du Code civil mais elle a été évincée par l'obligation de réparation intégrale. Quant à la minimisation du dommage, refusée par notre droit, elle connaît néanmoins une de ces manifestations dans la faute de la victime qui serait à l'origine d'un accroissement du dommage.

L'analyse économique du droit peut, par une approche extérieure au droit positif, prescrire une attitude au juge qui est celle de choisir la solution optimale économiquement. Par exemple, la théorie de la violation efficace permet la violation du contrat dès lors que la victime est compensée et que l'auteur de la violation retire un bénéfice supplémentaire de son inexécution en ayant conclu un marché plus avantageux avec un autre contractant. Toutefois, N. B. Oman indique que cette approche économique, normative, intervient ex ante ; avant la violation du contrat. Or, le juge, en droit positif intervient ex post ; il privilégie une approche morale en raisonnant sur l'ampleur de la faute commise par le débiteur de l'obligation inexécutée. En outre, l'application de la théorie de la violation efficace ignore la question de la réputation de celui qui viole son contrat dès lors qu'il appartient à un milieu professionnel. Cette théorie ne peut donc s'appliquer que pour des opérations ponctuelles.

L'échec de l'analyse économique du droit pour expliquer la responsabilité contractuelle proviendrait de ce que cette approche permet de proposer un droit tel

qu'il devrait être, mais ne permet pas de comprendre le droit tel qu'il est. C'est pourquoi N. B. Oman, sans condamner l'analyse économique, propose une analyse pluraliste du droit des contrats qui permettrait à l'approche par l'économie et à la théorie de l'autonomie de coexister. Cette coexistence se ferait en hiérarchisant les valeurs. L'auteur se réfère à Rawls (J. Rawls, *A Theory of Justice*, 6^e éd., 1999 ; v. trad. française, *Théorie de la justice*, Seuil, 2^e éd., 1997, trad. C. Audard), qui prévoit que le principe de justice ne s'applique qu'à la structure élémentaire de la société et non pas à toute l'organisation de cette dernière. C'est ainsi qu'en droit des contrats, dans une approche pluraliste, l'efficacité ne disparaît pas, mais devrait être subordonnée à l'autonomie qui définirait la structure élémentaire de ce droit.

Partant du même constat de l'impuissance des analyses classiques du contrat et de l'analyse économique à expliquer et anticiper la rupture du contrat, un autre auteur (D. Campbell, « The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract », préc.), anglais, insiste sur l'idée que le raisonnement en termes d'efficacité s'est concentré à tort sur l'efficacité de la violation, c'est-à-dire la maximisation des profits. Or, selon lui, la rupture du contrat intervient le plus souvent parce que le débiteur de l'obligation ne veut pas perdre trop d'argent en poursuivant l'exécution d'une prestation ; le plus souvent il y a une cause autre que la recherche du profit à l'inexécution. D. Campbell rejette tout autant une approche purement morale de la question de la rupture du contrat. La maxime classique « pacta sunt servanda » serait dépassée et ne renverrait qu'à une conception paternaliste du droit. Il soutient que l'exécution du contrat doit obéir à deux principes. Le premier est traditionnel, qui consiste à indiquer qu'il convient de protéger les attentes légitimes du créancier. Le second est préconisé par l'auteur qui insiste sur la nécessité de minimiser les coûts de la rupture pour le débiteur.

Ce nouveau principe est fondé sur l'idée de coopération nécessaire entre contractants qui puise sa source dans la théorie du « contrat relationnel ». Cette théorie avait été élaborée à partir de travaux de S. Macaulay au début des années 1960, après une enquête sociologique auprès d'hommes d'affaires et d'avocats du Wisconsin, afin de déterminer leur perception du lien contractuel (S. Macaulay, « Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », *American Sociological Review* 1963, p. 55 et s.). L'enquête avait révélé que beaucoup, voire la plupart des transactions, avaient lieu en l'absence de prévisions de l'avenir, spécialement concernant les sanctions et les effets de l'inexécution. En outre, Macaulay avait constaté que les hommes d'affaires considéraient qu'il existe un « droit » à la rétraction d'une commande et qu'il n'y a pas lieu de se précipiter chez l'avocat à la moindre défaillance. En effet, deux règles sont tacitement acceptées dans le monde des affaires : la première impose que les engagements soient honorés, la seconde suppose que l'on doit fournir un produit de qualité, puis s'y tenir afin de conserver ses clients. Seul le respect de ces usages permet à un homme d'affaires de conserver sa réputation. Un comportement inverse conduirait à sa mise à l'index immédiate.

Aussi les « véritables contrats », selon Macaulay, c'est-à-dire ceux qui comportent des stipulations détaillées sur l'avenir des relations, ne sont-ils utilisés que pour des transactions risquées, ou bien lorsqu'une partie, économiquement plus puissante, peut imposer à l'autre ses clauses types.

Ces analyses socio-juridiques ont renouvelé l'approche des rapports contractuels. I. Macneil, inspiré par les premières recherches de Macaulay, a ensuite établi une théorie du contrat relationnel (I. Macneil, « Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », *Northwestern University Law Review* 1978, vol. 72, p. 854 et s.). Partant de la confrontation permanente entre le besoin de stabilité et la nécessité d'adapter les conventions à l'évolution du monde extérieur, il a distingué trois types de contrats. Il évoque en premier lieu le contrat classique qui se distingue par le recours à la « discrete transaction ». Cette expression, que nous renonçons à traduire, signifie qu'il s'agit d'une convention ponctuelle entre deux parties qui ne se connaissent pas et qui n'auront jamais d'autres relations. Il s'agit, par exemple, du plein d'essence auprès d'un pompiste sur une route que l'on ne fréquente pas habituellement. Ce contrat implique que toute inexécution sera sanctionnée conformément au droit classique des obligations sans possibilité d'adaptation de la convention.

De ce modèle classique il a été tiré une variante : le contrat néoclassique qui établit des relations à long terme. Ce contrat se caractérise par des prévisions insuffisantes à embrasser tous les événements ultérieurs. Macneil souligne que l'exécution elle-même est une sorte d'ajustement des prévisions originelles. C'est pourquoi le contrat néoclassique se singularise également par la mise en œuvre d'une série de techniques permettant de créer une certaine flexibilité. Le plus usuel de ces procédés consiste à recourir à un tiers, tel qu'un arbitre, pour résoudre les éventuels désaccords entre les parties.

Pour pallier les inconvénients évoqués et résoudre le conflit entre le besoin de sécurité et la nécessaire flexibilité des relations contractuelles, Macneil a proposé d'adopter la notion de « contrat relationnel ». Il s'agit d'un contrat à long terme qui ne tentera pas de planifier l'ensemble des prestations ni de prévoir tous les événements à venir. En cas de difficulté liée à un changement de circonstances, dans une véritable approche relationnelle, le point de référence sera la relation dans sa globalité, à la différence du système néoclassique où seul le contrat originel est pris en considération. La manière dont la relation contractuelle s'est développée jusqu'au changement, et depuis le changement, sera observée. En cas de litige, ce sont les parties qui en détermineront les termes sans référence à l'acte initial, pour le confier à un tiers qui pourrait être un arbitre. La solution du différend ne sera pas tournée vers le passé mais vers l'avenir, elle sera établie ad hoc sur des critères flexibles et larges. La sanction ne sera pas imposée mais négociée. Le tiers saisi ne mettra pas fin

à sa mission lors de la reddition de la sentence, au contraire il devra présider à son exécution.

Macneil ne manque pas de souligner que la théorie du contrat relationnel a vocation à englober des notions telles que l'« obligation d'exécuter de bonne foi ». Il relève que les auteurs américains qui exigent « fairness » ou « good faith » dans l'exécution du contrat n'abordent qu'une partie de la question. En effet, ces exigences ne permettraient pas de prendre en compte toutes les implications du contrat relationnel : intégrité, réciprocité, équilibre acceptable des pouvoirs, solidarité contractuelle.

Cette théorie du contrat relationnel est reprise par Campbell dans l'article sus-évoqué, en invoquant l'idée centrale de la « coopération » mais pour légitimer la rupture du contrat à moindre coût. Certes, cet auteur préconise de rédiger très précisément les clauses du contrat afin de prévoir à l'avance l'allocation des risques car il est impossible de déterminer quelle partie subira la perte ; cependant, la notion de « contrat relationnel » est certainement dévoyée par cette proposition. En effet, l'objectif de Macaulay et Macneil consiste dans le maintien de la relation à long terme en prévoyant éventuellement une renégociation et non une rupture la moins onéreuse pour son auteur.

Ce développement récent à partir de l'analyse du contrat relationnel montre bien l'influence considérable de l'analyse économique. La construction d'une relation contractuelle idéale par Macaulay et Macneil, aux antipodes de la violation efficace, est rattrapée par le souci d'auteurs plus imprégnés d'analyse économique de réduire les coûts grâce à l'outil contractuel.

Bien que remise en cause dans ses vertus explicatives ou critiquée dans ses fondements, l'analyse économique constitue néanmoins un point de référence obligé dans la doctrine anglo-américaine des contrats ; elle semble s'être largement substituée à l'analyse classique du contrat fondée sur l'autonomie de la volonté (qualifiée de « conception morale » donc « paternaliste ») comme point de départ de toute réflexion.

Une critique s'est fait jour sur ces visions traditionnelles du droit au travers du prisme de l'économie qui privilégie une approche néoclassique du contrat. Cette critique vise à privilégier d'autres valeurs et notamment le souci de lutter contre toutes les formes de discrimination. Elle a pris la forme, notamment, des « gender studies » et des « critical race studies » qui relèvent d'un objectif de justice sociale.

III – Les « gender studies » et les « critical race studies » ou le droit à l'aune de la justice sociale

Les « critical race studies » remettent en cause la prétendue neutralité du droit présenté comme une technique ; cette neutralité étant traditionnellement perçue comme plus affirmée en droit des contrats. La critique de la conception néolibérale ou néoconservatrice du droit est réalisée dans des études doctrinales qui adoptent une démarche féministe ou de lutte contre les discriminations raciales. Ces dernières ont commencé par s'illustrer dans des matières telles que la responsabilité délictuelle ou le droit pénal (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », *Indiana Law Review* 1999, p. 1219, vol. 32 :1219).

De manière beaucoup plus ambitieuse, les études menées sous le prisme du féminisme ou de la non-discrimination proposent des analyses de la situation des femmes et des groupes qui n'appartiennent pas à la majorité blanche dans le passé et de leur perception en droit positif. Ces études s'étendent à ce qu'il est convenu d'appeler en France les « minorités » : par le sexe (bien que l'idée de minorité appliquée à cette question semble immédiatement ridicule à écrire), l'origine ethnique ou les préférences sexuelles. Sur ce point, en tant que juriste français, il est difficile de traduire les termes utilisés par les auteurs américains de « gender » et « race ». Aussi faisons-nous le choix de les traduire par « genre » et « ethnie ». Nous ne retenons pas les termes de « race », bien que l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales utilise le terme « race » pour interdire les discriminations. Outre la démonstration scientifique de l'absence de pertinence de la notion de « race », il nous semble que le terme de « race » fleure trop les écrits de Gobineau et les tragiques suites qui y ont été données, notamment par les nazis, pour privilégier cette terminologie. Nous préférons donc les termes d'« ethnie » ou d'« origine » qui s'attachent plus à une provenance, une racine, mais n'enferment pas, nous semble-t-il, définitivement l'individu dans un groupe assorti d'un ensemble de clichés. Autrement dit, nous rejetons, pour paraphraser les auteurs américains, une approche « essentialiste » faite de stéréotypes. Il est certain que cette question de terminologie mérite à elle seule des développements beaucoup plus substantiels, mais il s'agit ici de rester sur le terrain du droit des contrats.

Or dans ce domaine, après les constats des auteurs critiques sur les discriminations passées et présentes, viennent le plus souvent les propositions. Ces deux perspectives nous conduisent à une relation rapide, donc incomplète, des formes de discrimination (A), puis à évoquer les propositions originales de lutte contre ces discriminations grâce à une approche relationnelle du contrat et à l'utilisation de la notion de « bonne foi » (B).

A. – Le constat des formes de discriminations

Les études féministes existent depuis une trentaine d'années. En droit, nous avons pu constater l'existence d'un nombre significatif de revues entièrement dévolues au féminisme ou aux « gender studies » : *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice* ; *Cardozo Journal of Law and Gender* ; *Columbia Journal of Gender and Law* ;

Georgetown Journal of Gender and the Law ; *Harvard Journal of Law and Gender* ; *Yale Journal of Law and Feminism*. Or, la première difficulté, soulignée par un auteur (M. E. Ertmann, « Legal Tenderness : Feminist Perspectives on Contract Law », *Yale Journal of Law and Feminism* 2006, p. 2, vol. 18 :2), réside dans la définition même du féminisme, les différents courants de ce mouvement présentant des grandes différences liées par exemple à la question de savoir si le « genre » est inné ou socialement construit. Cet auteur reprend alors les paroles d'une de ses devancières du début du XX^e siècle (Rebecca West) qui indiquait : « les gens m'appellent féministe dès lors que j'exprime des sentiments qui me différencient d'un paillason ou d'une prostituée » (M. E. Ertmann, « Legal Tenderness : Feminist Perspectives on Contract Law », préc.). C'est dire qu'il est difficile de donner une définition du féminisme dans les études critiques dès lors que les auteurs eux-mêmes y répugnent. On peut néanmoins discerner une méthode qui consiste à débusquer dans les règles ou les institutions leur origine à travers le prisme du genre (domination masculine ou non). C'est une approche que l'on pourrait appeler « historique ». Une autre voie consiste à observer comment certaines décisions ont été rendues dès lors que des femmes étaient en cause. À partir de ces observations, des propositions sont formulées, soit dans l'intérêt des femmes (pour éventuellement les protéger), soit pour effacer la discrimination sous-jacente et réformer la société en établissant une réelle égalité.

C'est dans cet esprit que la prétendue neutralité du contrat a été attaquée par les féministes qui montrent que le droit, phénomène social, est élaboré par des juges, des législateurs et des juristes qui agissent dans le contexte social de leur temps. Le droit serait donc affecté d'un « genre » masculin parce qu'historiquement élaboré par des hommes. Cette discipline serait caractérisée par la rationalité et non l'intuition, par l'objectivité en opposition à la subjectivité, par l'abstraction et non la mise en contexte et par un processus hiérarchique de décision sans recherche de consensus ou de compromis (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », préc., qui reprend ces développements de F. E. Olsen, « The Sex of Law », in *The Politics of Law : A Progressive Critique*, David Kayris éd., 2^e éd., 1990, p. 453). Ces traits caractéristiques du droit en général s'appliqueraient également au droit des contrats en particulier, car ce dernier a été élaboré à une période où les femmes ne participaient pas au marché et n'étaient ni magistrats, ni avocats.

Même si certains auteurs féministes eux-mêmes récusent cette approche essentialiste des sexes ou des genres qui consiste à prêter à l'homme une faveur marquée pour la rationalité par opposition à l'intuition qui serait le propre de la femme, il n'en demeure pas moins que le travail critique consiste à détecter la formation des institutions dans une période de domination masculine (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », préc.). C'est ainsi qu'il est relevé (ibid.) que, dans une conception anglo-américaine, le contrat se concluant sur un marché (le « bargaining » – « négociation » – étant un comportement sur marché), le contrat était une affaire d'hommes ; la famille, domaine attribué à la femme au XIX^e siècle, n'étant pas une sphère particulièrement désignée pour conclure des contrats. En outre, aux États-Unis, jusqu'en 1866, l'incapacité de la femme mariée l'a exclue du « jeu » du contrat (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », préc.).

Toutefois, l'irruption contemporaine du contrat dans la famille ne constitue pas pour autant une amélioration du sort de la femme dès lors que l'on fait entrer sur le marché des qualités humaines telles que la maternité. La femme devient-elle libre pour autant de conclure un contrat de maternité de substitution (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », préc.) ?

D'autres difficultés encore surgissent lorsque l'on croise des dogmes de la doctrine contractuelle avec la question du sort réservé aux femmes. Il en est ainsi du dogme du « freedom of contract » qui se rapproche plus certainement de la théorie de l'autonomie de la volonté que de l'affirmation neutre de la liberté contractuelle. Ce dogme emporte deux conséquences : la liberté des individus de contracter en exprimant leur consentement et l'absence d'intervention de l'État pour déterminer le contenu des obligations (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », préc.). Cependant, cette liberté absolue (présentée comme une approche masculine du contrat) signifie-t-elle que l'individu peut renoncer à une règle protectrice telle que celle qui encadre le travail des femmes par exemple (ibid.) ? Or, la protection d'une catégorie est immédiatement taxée de « paternalisme » par les auteurs libéraux et cette approche paternaliste du contrat serait un trait féminin (ibid.).

Ce même travail de description des phénomènes historiques et sociaux a été entrepris dans des études critiques menées sur la discrimination à raison de l'origine (de la « couleur », disent les auteurs américains). Les privations de droits étaient historiquement marquées pour les femmes et les non-Blancs. Nous avons observé que le sujet était certes présent dans la littérature juridique, mais que le nombre de revues consacrées à la question de la discrimination raciale est moindre que pour les « gender studies » et procède le plus souvent par ethnie sans embrasser le thème général de la non-discrimination. Nous signalons ainsi l'existence des revues suivantes : *Berkeley Journal of African-American Law and Policy* ; *Berkeley La Raza Law Journal* (études latino-américaines) ; *Indigenous Law Journal of the University of Toronto Faculty of Law*.

Dans les études sur les discriminations ethniques et sur toute forme de discrimination en général, les auteurs en distinguent généralement deux formes. Il y a d'abord celles qui étaient formellement inscrites dans la loi, notamment sous forme d'incapacité à contracter et qui ont été levées peu à peu (« de jure discrimination », selon E. M. S. Houh, « Critical Race Realism : Re-claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law », *University of Pittsburgh Law Review* 2005, p. 455, vol. 66 :455). Plus difficiles à combattre, il existe

ensuite celles qui sont ancrées dans la société telles que la discrimination au travail ou le racisme rampant dans les relations (« de facto discrimination », selon E. M. S. Houh, préc.). En effet, les changements législatifs n'influencent que très lentement sur la culture ; les héritages culturels et idéologiques étant beaucoup plus difficiles à transformer que le droit. Aussi, afin de décrire ces formes contemporaines de discrimination, un auteur (E. M. S. Houh, « Critical Race Realism: Re-claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law », préc.) reprend-il l'image de cinq figures de l'oppression établies par un autre (I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990), à savoir l'exploitation, la marginalisation, l'absence de pouvoir, l'impérialisme culturel et la violence. Cette oppression frappe ceux qui sont en dehors du groupe majoritaire constitué par ceux qui appartiennent à la culture dominante (ibid.). Ceux qui sont en dehors du groupe sont appelés « Autre » ; ils sont à la fois invisibles car n'appartenant pas à la culture dominante et ramenés à des essences, telles que l'apparence extérieure, ou des stéréotypes, pour les caractériser (ibid.). En effet, les droits civiques accordés à tous n'ont rien changé à la représentation des hommes et des femmes de couleur qui doivent jour après jour continuer de prouver leur respectabilité ; tout au plus ces droits ont-ils permis une légère diversification des classes moyennes (E. M. S. Houh, « Critical Race Realism: Re-claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law », préc.). C'est ainsi qu'au travail les personnes appartenant à des minorités doivent être plus performantes que les autres afin de dépasser les stéréotypes attachés à leur minorité. Elles doivent adopter les méthodes de la culture dominante afin de ne pas être renvoyées au groupe auquel elles appartiennent.

C'est pourquoi l'égalité formelle qui a été obtenue peu à peu à partir du Civil Rights Act de 1866, qui donne la pleine capacité aux femmes et aux « gens de couleur » de contracter, ne saurait suffire à lutter contre les discriminations. Les auteurs de l'école critique soulignent que la vision libérale ou néoconservatrice de l'égalité est insuffisante. Cette dernière consiste à se contenter d'interdire par la loi toute discrimination réalisée par un individu contre un autre et à affirmer que le droit, le droit des contrats en particulier, est « colorblind » (« aveugle à la couleur »), c'est-à-dire neutre, sans égard pour le sexe ou l'origine du contractant. De même que, selon un auteur (E. M. S. Houh, « Critical Race Realism: Re-claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law », préc.), la prétendue neutralité constitutionnelle à l'égard des gens de couleur ne ferait que légitimer la suprématie blanche. L'incrimination des violences à caractère raciste ou des discriminations ne permet que la punition de quelques personnes et n'empêcherait pas la discrimination plus insidieuse. Or, selon l'analyse critique, la stigmatisation de quelques fautifs qui pratiquent ouvertement une discrimination à l'embauche ou dans les conditions de travail ne suffit pas. Cette égalité formelle doit être étendue par une égalité plus active qui donne la primauté à la lutte contre les dominations blanches et masculines (E. M. S. Houh, « Critical Race Realism: Re-claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law », préc.).

Plus pragmatique, un autre auteur promeut la nécessaire égalité économique notamment pour les femmes (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », préc.) ; un autre encore évoque la citoyenneté économique (M. E. Ertmann, « Legal Tenderness: Feminist Perspectives on Contract Law », préc.). C'est ainsi qu'au-delà des études critiques en elles-mêmes, un projet est proposé de dépasser la lecture libérale d'analyse économique du droit qui raisonne en termes d'autonomie, de choix et de maximisation des richesses pour lui substituer un programme de loi plus douce (« legal tender », « tenderness ») qui s'occupe de revenus, de sollicitude et d'indépendance.

Afin de lutter contre les discriminations grâce au droit des contrats, une autre approche du contrat est appelée à se développer aux travers de notions déjà connues aux États-Unis : le contrat relationnel et la bonne foi.

B. – Le contrat relationnel et la bonne foi au service de la lutte contre les discriminations

La lutte contre les discriminations grâce à des analyses et des mesures qui ne touchent que certaines catégories d'individus sonne étrangement aux oreilles des juristes français attachés à l'idée d'universalité des droits et qui refusent le plus souvent de raisonner en termes de groupes sociaux. Cependant, la présentation de la question des « gender studies » et des « critical race studies » par un auteur américain dans un article un peu ancien maintenant est éclairante (B. D. Morant, « The Relevance of Race and Disparity in Discussions of Contract Law », *New England Law Review* 1997, p. 889 ; vol. 31 : 889). Cet universitaire y explique qu'il préfère le droit des contrats pour sa neutralité qui dispense de laisser interférer les choix personnels du professeur avec la matière qu'il enseigne à ses étudiants. Cela évite de s'engager dans des discussions non juridiques avec les étudiants sur des questions de société. Le temps passant, cet auteur s'est aperçu qu'il épousait ainsi la présentation traditionnelle libérale du contrat qui consiste à se contenter de la liberté contractuelle et de l'obligation d'exécution. Le droit américain des contrats, inséré dans la Common Law, étant largement jurisprudentiel, il s'est aperçu que cette attitude était contraire à l'exigence qu'il avait à l'égard de ses étudiants de présenter tous les éléments d'un arrêt. Il parvient à la constatation assez banale que dans certaines affaires, occulter la dimension de l'ethnie ou du sexe revenait à refuser d'examiner en son entier ou encore de manière scientifiquement correcte la décision en cause. C'est pourquoi il indique, de manière assez modeste, que lorsque l'origine de l'une des parties a une influence sur l'application de la règle de droit, il convient pour les enseignants et les auteurs d'examiner cette question avec les étudiants ou dans l'analyse proposée. Ces réflexions constituent une sorte d'honnêteté intellectuelle

pour le juriste qui ne se réfugie pas derrière la prétendue neutralité de la technique juridique.

Toutefois, cette simple honnêteté intellectuelle n'est sans doute pas l'arme la plus efficace pour faire reculer les discriminations.

C'est pourquoi, afin de redéfinir le jeu du contrat dans un sens plus équilibré et plus conforme aux valeurs féministes, un auteur propose d'adopter la théorie du « contrat relationnel » (v. supra) qui tient compte de ce que le contrat s'inscrit dans la durée et ne constitue pas seulement un échange instantané sur un marché (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », préc.). La prise en considération des attentes du cocontractant par cette théorie permettrait d'amoindrir les difficultés soulevées par l'aliénation et la victimisation (ibid.). En effet, les théoriciens du contrat relationnel insistent sur l'égalité du pouvoir de négociation et de solidarité, c'est-à-dire de confiance et de coopération. Aussi partagent-ils une vision normative du contrat avec le courant féministe dénommé « relational » ou « cultural » (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », préc.). Ce courant préfère les relations humaines aux droits hiérarchiques et préconise une éthique de l'attention qui suppléerait ou remplacerait la traditionnelle éthique fondée sur des lois qui sous-tendent pour l'essentiel le droit (pour un approfondissement de cette théorie, v. C. Gilligan, *Une voix différente, Pour une éthique du « care »*, trad. par A. Kwiatek, Flammarion, coll. « Champs Essais », 2008). Il s'agirait d'un monde de contrats où la relation serait le but essentiel.

Il reste que, plus concrètement, l'auteur (D. L. Threedy, « Feminists and Contract Doctrine », préc.) s'interroge sur les mesures à adopter en faveur des femmes. Les règles qui visent à instaurer une protection spéciale peuvent représenter une aide à court terme, mais se révéler, selon une certaine doctrine (libérale), nuisibles dans le long terme en détournant les opérateurs économiques des groupes protégés.

Aussi ne faudrait-il pas adopter des règles spéciales mais intégrer un nouveau paradigme en droit des contrats, celui de l'inégalité des forces qui suppose de tenir compte de la bonne foi, de la solidarité et de la nature de la relation qui s'est instaurée entre les contractants. Il ne faudrait donc pas tenir compte de la doctrine classique qui refuse de protéger la partie faible au contrat et au contraire que le juge vérifie, à chaque fois, dans quelle mesure les parties étaient de même force ou bien s'il existait une partie faible.

Dans le même esprit, un auteur propose un programme pour rendre le droit « doux » (« legal tenderness ») ou attentif à certaines préoccupations des femmes (M. E. Ertmann, « Legal Tenderness: Feminist Perspectives on Contract Law », préc.). Cette attention se porterait sur l'accès facilité à l'argent sous forme de revenus ou de prêts. L'auteur relève surtout que certaines règles ou procédures relèvent déjà de cet adoucissement. Il en serait ainsi, en matière de formation du contrat entre absents, de la « postal rule », qui équivaut à notre théorie de l'émission de l'acceptation. De même que, de manière plus saillante, la préférence actuelle donnée à la médiation et à l'arbitrage serait aussi le fruit d'un droit plus doux. Enfin, une attention à la partie vulnérable serait également souhaitable comme marque d'une conception féministe du droit profitable à toutes les parties faibles (M. E. Ertmann, « Legal Tenderness: Feminist Perspectives on Contract Law », préc.).

Les études critiques féministes trouvent ainsi leur point de convergence avec les autres analyses de même nature qui mettent l'accent sur le combat contre toute forme de discrimination.

C'est ainsi qu'un auteur s'est fixé comme objectif d'ériger la bonne foi en moyen d'intégrer en droit des contrats le principe de non-discrimination (E. M. S. Houh, « Critical Race Realism: Re-claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law », préc.). Il préconise d'incorporer la norme d'égalité, qui relève du droit public, dans le droit privé (ibid.). La bonne foi serait un excellent véhicule pour y parvenir non seulement grâce à la souplesse de ses définitions possibles, mais encore parce qu'elle serait substantiellement vide (ibid.). L'auteur démontre alors que la Common Law a déjà connu l'intégration de concepts venus du droit public, pour soutenir ensuite que la rupture du contrat peut être examinée sous l'aspect de la bonne foi (ibid.). En effet, cette rupture du contrat n'a pas que des implications monétaires ; elle constitue également un préjudice moral pour la victime de la violation qui peut être affectée dans la manière dont elle se perçoit comme membre d'une communauté plus large, commerciale, sociale et/ou politique ; elle peut aussi avoir une influence sur des groupes particuliers de contractants. Autrement dit, les ruptures contractuelles, particulièrement celles fondées sur une violation de l'obligation de bonne foi, peuvent avoir des effets « publics » comme elles ont des effets privés. C'est ainsi que l'article 1981 du Civil Rights Act de 1866 (v. supra) qui déclare le droit de toutes personnes de conclure et de faire exécuter des contrats comme c'était déjà le cas pour les citoyens blancs est aujourd'hui insuffisant.

C'est pourquoi l'auteur (E. M. S. Houh, « Critical Race Realism: Re-claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law », préc.) propose de créer un droit des minorités à l'image de ce qui a été fait pour les consommateurs ; ce droit ne serait pas un nouveau droit civique (liberté publique), mais inscrit dans un droit de la bonne foi contractuelle. Cette règle aurait pour but non seulement de lutter contre les discriminations contractuelles, mais encore d'influer sur la perception de la discrimination par le grand public. E. M. S. Houh préconise la création d'une action en discrimination dans l'obligation de bonne foi, ce qui impliquerait la coexistence de deux valeurs : le droit de contracter ou de ne pas contracter et l'égalité. Il précise que cette action serait de nature contractuelle et non délictuelle pour deux raisons. Tout d'abord, l'action en discrimination dans

l'obligation de bonne foi serait contractuelle pour mettre fin à la prétendue neutralité du droit des contrats. Ensuite, l'auteur insiste sur l'idée qu'il convient de mettre l'accent sur la compensation de la partie victime et non sur la faute de l'artisan de la rupture. Certes, la faute aurait été stigmatisée par une approche de responsabilité délictuelle, mais il serait souhaitable de ne pas créer une faute de plus, qui ne permettrait pas de réduire les attitudes discriminatoires bien ancrées dans la société (v. supra).

Dans une perspective de responsabilité contractuelle, la définition de la bonne foi retenue par E. M. S. Houh est la suivante : l'obligation implicite de bonne foi exige que les parties n'exécutent pas leurs obligations de telle manière qu'elle priverait le cocontractant de ses attentes légitimes nées du contrat. E. M. S. Houh propose d'étudier l'action en discrimination dans l'obligation de bonne foi sur les lieux de travail.

Il analyse ce qui constitue les attentes légitimes des salariés au regard de l'ethnie ou du genre dans le cadre du lien de subordination. C'est ainsi que l'employé peut légitimement attendre que son employeur n'exige pas de lui d'exécuter le contrat de travail selon des manières qui appartiendraient à certains stéréotypes préexistants d'ethnie ou de genre. Autrement dit, l'employeur n'a pas à exiger que tous ses employés se comportent exactement comme un employé blanc de sexe masculin. L'employé peut également raisonnablement attendre de ne pas être désigné par toute une série de manifestations comme étant « Autre ». L'employé qui se plaindrait d'une discrimination dans l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail aurait à prouver l'existence de stéréotypes au sein de l'entreprise. Il devrait également démontrer que l'employeur a porté une appréciation sur sa manière de travailler au regard de son ethnie ou de son genre. Une telle approche de la discrimination éviterait l'écueil des lois actuelles sur la discrimination qui exigent de l'employé qu'il démontre l'intention de l'employeur de discriminer. Le but est donc d'améliorer le climat et le contexte de travail et non la discrimination directe qui est déjà sanctionnée. Ces objectifs de justice sociale sont confortés par de nouvelles approches du droit des contrats fondées sur la psychologie cognitive et la philosophie.

IV – Des approches renouvelées par la psychologie cognitive et la philosophie

La philosophie du droit n'est pas ignorée des juristes continentaux ; elle nourrit également la réflexion des positivistes aux États-Unis, mais la doctrine puise parfois directement dans les concepts philosophiques afin de renouveler les analyses possibles du droit des contrats (B). En revanche, les sciences du comportement sont, à notre connaissance, absentes des débats juridiques français. Or, en matière de consentement, la psychologie cognitive peut apporter de précieux enseignements qui sont mis à profit par les auteurs américains (A).

A. – Psychologie : la découverte des « heuristiques » afin d'améliorer l'information des consommateurs

La psychologie cognitive a mis à jour certaines méthodes utilisées par les individus pour prendre une décision. Elle utilise notamment le terme d'« heuristique » pour désigner le phénomène qui consiste en l'utilisation de règles empiriques, simples et rapides, facilitant la recherche des faits et l'analyse de situations, dans un objectif de prise de décision. Ce terme vient du grec et signifie dans un sens premier « ce qui sert à la découverte ». L'idée repose sur le constat que l'individu ne disposant pas de toutes les informations utilise cependant des méthodes rapides, des raccourcis, pour prendre sa décision. Or, ces raccourcis reposent sur des a priori, dénommés « heuristiques », qui sont souvent tirés de l'expérience ou d'analogies, plutôt que d'une analyse scientifique trop complexe (N. Levit, « Confronting Conventional Thinking : The Heuristics Problem in Feminist Legal Theory », *Cardozo Law Review* 2006, p. 391 ; vol. 28:12006.). Bien que quelques chercheurs aient estimé que les décisions prises par raccourci n'étaient pas nécessairement mauvaises, les « heuristiques » sont perçues le plus souvent comme des erreurs de jugement car ces méthodes de décision rapide sont affectées de biais cognitifs (N. Levit, « Confronting Conventional Thinking : The Heuristics Problem in Feminist Legal Theory », préc.). Par exemple, les individus peuvent penser que la probabilité d'accident d'avion est élevée parce qu'il est fait une large publicité autour des quelques accidents d'avion qui se produisent. Ce phénomène de jugement rapide constitue une heuristique.

Depuis une vingtaine d'années, la doctrine juridique a commencé à utiliser ces travaux de psychologie pour apprécier les méthodes de décision dans les procès notamment en présence d'un jury. Des études ont été réalisées sur le processus de décision des jurés ou la perception par les justiciables de leurs chances de gagner un procès. Au-delà, le droit pénal et le droit de la responsabilité délictuelle ont été des matières dans lesquelles les phénomènes d'heuristiques ont été constatés.

La présence de biais cognitifs qui empêchent une décision rationnelle a également été invoquée contre l'école de l'analyse du droit qui fonde tout son argumentaire sur le postulat de la rationalité des agents, c'est-à-dire la recherche par le contractant de la maximisation de ses profits (v. supra). Or, l'existence des phénomènes heuristiques discrédite l'idée de choix rationnel des contractants. Toutefois, les tenants de l'analyse économique commencent également à utiliser ces notions de psychologie pour amener les risques de déviance dans les modèles économiques (v. supra).

Par ailleurs, il a été proposé récemment que les études féministes intègrent les études sur les heuristiques afin de percevoir comment les juges ou les jurés établissent des stéréotypes qui vont influencer leur jugement en matière de discrimination (N. Levit, « Confronting Conventional Thinking : The Heuristics Problem in Feminist Legal Theory », préc.). Il est ainsi préconisé de former les magistrats à ces questions afin

qu'ils prennent conscience des biais cognitifs qui sont de nature à influencer sur leur jugement (ibid.).

Afin de présenter complètement la question des heuristiques et avant de l'appliquer aux contrats, il convient d'en présenter quelques-unes en reprenant les développements qu'un auteur a consacrés à ces phénomènes (N. Levit, « Confronting Conventional Thinking : The Heuristics Problem in Feminist Legal Theory », préc.).

L'une des premières heuristiques repose sur la « disponibilité » (« availability »). Il s'agit d'inférer la fréquence de l'occurrence d'un événement en fonction de la rapidité avec laquelle l'individu parvient à trouver un exemple. Les individus surestiment les risques graves qui arrivent rarement mais sous-estiment, par exemple, l'hypertension ou le diabète, car moins spectaculaires.

Un autre phénomène repose sur l'affectif et a pu être appelé « le biais alarmiste », qui signifie que l'individu va prendre une décision en fonction de ses peurs. Ceux qui ont peur du cancer vont exagérer le nombre de morts de cette maladie par rapport aux statistiques réelles. Toutefois, l'heuristique la plus importante consiste en l'heuristique de la représentativité qui est au cœur de la création de stéréotypes. En effet, si le juré a devant lui un prévenu qui correspond à l'image qu'il se fait du type de criminel perpétrant l'infraction objet du procès, il sera enclin à reconnaître sa culpabilité.

Enfin, on peut encore signaler le « framing effect », « effet de rédaction ou de structure ». Il s'agit de la difficulté bien connue de la manière dont une question est posée. La formulation de la question a une influence certaine sur la réponse.

Ces différentes « heuristiques » produisent des effets sur la prise de décision des individus et ont donné lieu à des études en droit des contrats (v. supra), notamment ceux conclus par les consommateurs. C'est ainsi qu'un auteur (O. Bar-Gill, « The Behavioral Economics of Consumer Contracts », *Minnesota Law Review* 2008, p. 749, 92:749), détracteur de l'analyse économique du droit (v. supra), soutient que les consommateurs sont affectés par des phénomènes d'heuristiques dans leurs choix et que les vendeurs utilisent ces mauvaises perceptions. Il souligne que ces biais cognitifs et leur éventuelle exploitation engendrent de mauvais choix économiques pour les consommateurs. Il préconise alors l'intervention du législateur.

Les consommateurs sont sujets à d'importants phénomènes d'heuristiques, car ils ne possèdent pas toutes les informations pour opérer leurs choix. Ils sont ainsi sujets à une mauvaise évaluation de leurs attentes et commettent des erreurs sur leurs véritables besoins (O. Bar-Gill, « The Behavioral Economics of Consumer Contracts », préc.). Par exemple, on ne sait pas combien de copies on va réaliser avec son imprimante ; or, le coût de la cartouche d'encre par copie est déterminant (O. Bar-Gill, « The Behavioral Economics of Consumer Contracts », préc.). De même que l'utilisateur d'une carte de crédit peut sous-estimer son besoin d'emprunt. Il est même avéré que les consommateurs qui choisissent une carte de crédit avec un taux d'intérêt d'appel assez bas pour une période donnée ne changent pas de carte lorsque le taux augmente (ibid.). Ils ont sous-estimé leur capacité de rembourser dans la période à taux d'intérêt bas. Certains pensent que ce taux élevé dans une seconde période les dissuadera d'emprunter. Enfin, des études ont montré que certains consommateurs sont endettés à des taux élevés et préfèrent garder une épargne à taux faible.

Les études sont donc assez concordantes pour montrer que les choix des consommateurs ne constituent pas des décisions d'optimisation ; qu'ils se trompent souvent dans la solution qu'ils adoptent. En outre, il est difficile pour les consommateurs de s'informer car leur besoin d'un produit ou d'un service peut être très ponctuel. Ils ne perdront donc pas de temps à chercher à s'informer ou même à se former sur un danger dès lors qu'il s'agit d'un acte de consommation assez courant.

Par ailleurs, les produits ou services ne sont pas nécessairement standardisés et tendent au contraire à devenir de plus en plus sophistiqués, ce qui ne facilite pas le recueil d'informations. O. Bar-Gill insiste sur la multiplication des produits ou services qu'il appelle « multidimensionnels », tels que les cartes de crédit. Ces dernières constituent le support d'une série de services et de prêts à des taux différents dont le coût d'utilisation est extrêmement difficile à établir. En outre, les établissements de crédit peuvent moduler leurs sources de profits. C'est ainsi que si les taux baissent, ils jouent sur les frais perçus sur certaines opérations, le consommateur étant peu attentif à ces frais et pouvant difficilement anticiper leur occurrence.

L'ensemble de ces erreurs dues à des biais cognitifs affecte les modes de décision des consommateurs ; les professionnels utilisent ces erreurs pour accroître leurs profits. C'est pourquoi O. Bar-Gill démontre que l'accroissement du nombre des consommateurs « en faillite », nous dirions « surendettés », constitue une menace. Or, les établissements de crédit ne sont guère encouragés à restreindre leur offre, car ils réalisent des profits importants grâce aux mauvaises décisions des consommateurs et aux taux très élevés pratiqués à l'égard des consommateurs particulièrement endettés.

Plus largement du côté des vendeurs en général, il n'y a pas, selon O. Bar-Gill, d'intérêts particuliers pour eux à investir sur l'information ou la formation des consommateurs sur le risque d'un produit dès lors que les autres vendeurs profiteraient de ses investissements ou bien même que la demande globale de ce produit risque de chuter.

C'est pourquoi il convient d'instaurer ou de renforcer les obligations légales d'information précontractuelle. L'idée de l'auteur est de personnaliser cette information selon les besoins des consommateurs. Par exemple, pour les cartes de crédit, O. Bar-Gill préconise de mettre en place un système d'alerte en cas de dépassement de certains plafonds qui entraîne des frais supplémentaires. De même que les relevés de compte pourraient rappeler le coût d'un retard de paiement.

La psychologie cognitive en droit des contrats permet donc de conforter les besoins d'information de la partie faible au contrat, c'est-à-dire celle qui est défavorisée par l'asymétrie dans l'information. Cela est déjà bien connu en Europe, le droit communautaire de la consommation n'étant pas avare d'obligations précontractuelles d'information. Cependant, l'utilisation des sciences du comportement pourrait permettre de renouveler les méthodes d'information et plus largement favoriser l'étude du consentement à un acte qui est aujourd'hui délaissée dans les études doctrinales. Cette question de l'engagement et l'analyse de sa portée fournissent, en revanche, la matière à d'assez nombreuses études anglo-américaines de philosophie et de philosophie du droit reprises par les auteurs de droit des contrats.

B. – Philosophie, philosophie du droit et droit des contrats : théorie de la promesse contre théorie du plan ou le retour du formalisme contre le réalisme

Du côté de la philosophie, une revue telle que *Law and Philosophy* apporte une contribution régulière au débat juridique. C'est ainsi, par exemple, qu'une longue étude a été récemment consacrée à la différence entre l'obligation et la promesse au sens d'obligation morale (M. G. Pratt, « Promises, Contracts and Voluntary Obligations », *Law and Philosophy* 2007, p. 531, 26.). L'auteur montre que l'obligation contractuelle n'est pas justifiée par le souhait d'obtenir l'exécution mais par la valeur que représente le fait de disposer d'une institution légale qui permette aux individus de créer de telles obligations, quand ils le souhaitent. La promesse relève en revanche de la morale. M. G. Pratt soutient ainsi que le caractère obligatoire de l'obligation contractuelle relève du normatif et non de l'obligation envers soi-même de tenir ses engagements. Selon lui, contracter signifie donc exercer un pouvoir normatif, ce qui le distingue d'autres auteurs (v. infra) qui ont développé une théorie doctrinale de la promesse pour expliquer les institutions du droit des contrats.

Cette contribution, de nature philosophique, présentée rapidement, mérite d'être éclaircie par l'explication fournie par un autre auteur sur les débats qui ont agité la doctrine anglo-américaine du droit des contrats (C. Bridgeman, « Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy : Positivism, Formalism, and the Specification of Rules in Contract Law », *Cardozo Law Review*, à paraître, disponible sur Social Science Research Network (SSRN), www.ssrn.com/abstract=1030634 ; « Contracts as Plans », SSRN 2008, Public Law Research Paper n° 303, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abs tract-id=1097632 papers.ssrn.com/abstract=1097632). Ces débats puisent leurs racines dans la réaction à la nature rigide et abstraite que revêtait le droit des contrats en Common Law à la fin du XIX^e siècle.

En effet, l'un des auteurs américains les plus représentatifs de la conception classique du droit des contrats, Christopher Columbus Langdell, soutenait que la loi était la loi, même si certaines de ses applications aboutissaient à un résultat injuste ou absurde. Le droit anglo-américain des contrats de cette période était notamment marqué par une conception étroite des engagements qui méritaient une exécution ; il devait s'agir d'obligations nées d'un « bargain » (« discussion », « négociation », « affaire ») et soutenues par une « consideration ». Toute promesse qui n'était pas assortie de ces qualités ne pouvait pas recevoir une exécution en justice.

Cette approche classique a été qualifiée de « formaliste ». Elle a été fortement critiquée par une école qui s'est développée à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, dénommée « école réaliste ». Cette dernière a été illustrée notamment par Karl Llewellyn, qui a été à l'origine de la rédaction de l'article 2 du Uniform Commercial Code (UCC) définissant le contrat de vente de manière très large sans reprendre les critères classiques du contrat. Cette école réaliste est également à l'origine du premier « restatement » en droit des contrats et a réduit l'importance de la « consideration », ce qui a permis de reconnaître une force obligatoire à un plus grand nombre d'engagements (en introduisant la notion de « promissory estoppel » qui permet de sanctionner la violation de promesses qui ne seraient pas des contrats au sens classique). L'école réaliste a poursuivi deux objectifs. Elle a d'abord voulu réduire les cas dans lesquels une application rigide du droit des contrats aboutissait à des résultats absurdes et injustes. Pour obtenir ce résultat, il a été introduit dans le UCC des expressions telles que « raisonnable », « raisonnable selon les circonstances » et chaque contrat a été soumis à une exigence de bonne foi. En outre, l'approche réaliste est partie de l'idée qu'il fallait immerger le contrat dans son contexte, c'est-à-dire les conditions de la formation du contrat et la qualité des parties (commerçants, professionnels, professionnels de même qualité, etc.).

Cette école de pensée a connu des prolongements avec la théorie du contrat comme promesse qui veut que l'obligation contractuelle soit fondée sur l'obligation morale de respecter sa promesse (Ch. Fried, *Contract as Promise*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1981). Une telle conception, qui rappelle aux auteurs français les développements de Ripert, n'est pas nécessairement incompatible avec l'école réaliste, car elle insiste sur l'idée qu'il faut réintroduire de la justice dans le droit des contrats (C. Bridgeman, « Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy : Positivism, Formalism, and the Specification of Rules in Contract Law », préc.).

Les approches « réaliste » et « formaliste » du droit des contrats ont en commun d'entrer dans le cadre du positivisme. En effet, cette conception du droit, dans son

sens premier, signifie que la loi est un fait social et que la loi est obligatoire quel que soit son contenu (C. Bridgeman, « Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy : Positivism, Formalism, and the Specification of Rules in Contract Law », préc.). Il n'y a pas, selon la tradition positiviste, d'obligation de vérifier le caractère moral d'une loi (ibid.), celle-ci ayant pour but de faire régner l'ordre dans une société. Aussi le positivisme permet-il l'existence de lois valides bien que leur contenu soit répréhensible (ibid.). Quand bien même des concepts vagues comme la bonne foi et une compréhension morale du droit seraient introduits dans la loi, cela n'empêche pas qu'elle continue d'être un fait social qui s'impose d'autorité.

Dans une approche plus récente du positivisme, les tenants de cette école ont mis en exergue une autre fonction de la loi qui consiste à informer les citoyens sur ce qui est ou n'est pas acceptable (J. Raz, *The Authority of Law : Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979). Dans le prolongement de cette assertion, l'idée de « plan » développée par le philosophe de l'action Bratman (M. E. Bratman, *Intention, Plans and Practical Reason*, CSLI, University of Chicago Press, 1999) a été reprise en philosophie du droit. L'idée de plan signifie qu'en sus des désirs, l'individu a besoin de plans (M. E. Bratman, repris par C. Bridgeman, « Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy : Positivism, Formalism, and the Specification of Rules in Contract Law », préc.). Ces derniers lui facilitent la prise de décision et permettent de coordonner ses actions avec celles des autres (ibid.). Cette idée a été transposée en droit pour créer la théorie du plan, qui signifie que le système juridique a pour objet de construire, adopter et appliquer des plans. Ceux-ci assignent des tâches, des buts, imposent des contraintes et attribuent des droits et responsabilités afin que les objectifs politiques du système puissent être atteints (S. J. Shapiro, « Laws, Plans, and Practical Reason », *Legal Theory* 2002, p. 307).

Selon un auteur, transposée au droit des contrats, la théorie du plan vise à considérer que cet ensemble de règles permet aux contractants de se décharger de la tâche de tout prévoir (C. Bridgeman, « Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy : Positivism, Formalism, and the Specification of Rules in Contract Law », préc.). L'auteur se demande alors si les règles du droit des contrats conçues dans la perspective d'un plan doivent être précises et rigides ou bien si elles peuvent s'accommoder de directives vagues telles que la bonne foi et un comportement raisonnable (ibid.). Sa réponse, bien que nuancée, est plutôt négative. Il admet certes qu'un plan peut fixer les grandes lignes, que les parties peuvent compléter. Toutefois, une telle démarche crée une incertitude lourde de menaces sur les procès à venir. C. Bridgeman estime que des concepts tels que le caractère raisonnable et la bonne foi ne sont donc pas de nature à assurer la sécurité de la loi. Plus encore, il conteste la méthode dans le UCC du renvoi aux pratiques applicables dans un milieu professionnel donné. Selon C. Bridgeman, de tels renvois créent une incertitude et empêchent d'établir des précédents dans la tradition de la Common Law, car chaque décision serait trop particulière. L'auteur préconise donc un retour, dans la tradition formaliste, à un droit des contrats rigide et précis. Il s'inscrit ainsi contre l'analyse économique du droit dont les tenants préfèrent le moins de textes possible et qui laisse le soin aux parties de rédiger leurs conventions. Il s'oppose également à l'école réaliste qui veut un droit des contrats mieux ancré dans la société et plus juste, ce qui suppose des concepts flous tels que la bonne foi et une prise en considération de la qualité des parties.

Sa réflexion se prolonge dans un article, qui nous a paru moins clair, dans lequel il propose que le contrat soit considéré comme un plan entre les parties (C. Bridgeman, « Contracts as Plans », préc.). L'auteur y poursuit son idée que le droit des contrats nous fournit la possibilité de créer des plans qui sont obligatoires et sanctionnés (ibid.). Les contrats deviennent eux-mêmes des plans qui entrent dans des catégories reprises du philosophe Bratman (v. supra) que sont la « pre-packaged coordination », la « joint intentional activity », et la « shared cooperative activity » (ibid.). La première catégorie renferme les contrats les plus courants tels que la vente instantanée ; mais elle engloberait également des conventions plus sophistiquées telles que le crédit documentaire. Ce type de contrats formerait un tout, chaque partie pouvant exécuter ses obligations isolément et sans discussion. En revanche, à l'autre extrémité du spectre contractuel, on trouverait la « shared cooperative activity », qui suppose non seulement que l'exécution ait lieu, mais encore la coopération. En revanche, l'auteur ne développe pas la catégorie intermédiaire.

On ne perçoit pas immédiatement l'utilité de telles propositions, mais l'idée de plan, bien que fleurant la technocratie des années 1970, est séduisante. Elle peut, elle aussi, contribuer à approfondir ou étayer les recherches sur les contrats à long terme, les contrats-cadres et plus largement à nourrir la réflexion aujourd'hui florissante sur l'exécution du contrat.

Conclusion : de nouvelles pistes de réflexion

La palette très riche des sources de réflexion utilisées par les auteurs américains nous donne le sentiment que la doctrine de droit des contrats aux États-Unis paraît assez animée grâce à la diversité de ses courants. Certes, parmi eux, l'analyse économique du droit est dominante ; mais elle suscite des remises en cause et des oppositions qui contribuent à enrichir la recherche. En outre, l'analyse économique par son objectif d'efficacité apporte des réponses, discutables, mais cohérentes aux questions soulevées par la vie du contrat. Il nous semble toutefois que les analyses que nous connaissons le moins relevant de la psychologie cognitive, des « gender studies » et des « critical race studies » devraient susciter l'attention des chercheurs français afin de renouveler leur perception du droit des contrats. Il nous semble qu'il serait profitable d'ouvrir la recherche en droit aux autres disciplines et enrichir nos concepts en puisant notamment dans les corpus philosophiques autres que kantiens. Dès lors que l'on admet que le droit ne se réduit pas une technique mais appartient

au vaste ensemble des sciences sociales, il nous faut ouvrir les portes et les fenêtres de la tour d'ivoire.

Bibliographie :

R. A. Posner, « The Law and Economics of Contract Interpretation », *Texas Law Review* 2005, vol. 83, p. 1581 et s. ; T. Zywicki et A. Sanders, « Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law », *Iowa Law Review* 2008, p. 559 et s.

L. A. Bebchuk et R. A. Posner, « One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets », *Michigan Law Review* 2006, p. 827 et s., vol. 104:82 ; R. A. Epstein, « The Neoclassical Economics of Consumer Contracts », *Minnesota Law Review* 2008, p. 803 et s., vol. 92:803 ; J. Q. Whitman, « Consumerism Versus Producerism : A Study in Comparative Law », *The Yale Law Journal* 2007, p. 340 et s., vol. 117:340.

D. Campbell, « The Relational Constitution of Remedy : Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract », *Texas Wesleyan Law Review* 2005, p. 455, vol. 11:455 ; N. B. Oman, « The Failure of Economic Interpretations of the Law of Contract Damages », *Washington and Lee Law Review* 2007, p. 829, vol. 64 (829).

M. E. Ertmann, « Legal Tenderness : Feminist Perspectives on Contract Law », *Yale Journal of Law and Feminism* 2006, p. 2, vol. 18:2 ; D. L. Thredy, « Feminists and Contract Doctrine », *Indiana Law Review* 1999, p. 1219, vol. 32:1219 ; E. M. S. Houh, « Critical Interventions : Toward an Expansive Equality Approach to the Doctrine of Good Faith in Contract law », *Cornell Law Review* 2003, p. 1025, vol. 88:1025 ; même auteur, « Critical Race Realism : Re-claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law », *University of Pittsburgh Law Review* 2005, p. 455, vol. 66:455.

O. Bar-Gill, « The Behavioral Economics of Consumer Contracts », *Minnesota Law Review* 2008, p. 749, 92:749 ; N. Levit, « Confronting Conventional Thinking : The Heuristics Problem in Feminist Legal Theory », *Cardozo Law Review* 2006, p. 391, vol. 28:12006.

C. Bridgeman, « Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy : Positivism, Formalism, and the Specification of Rules in Contract Law », *Cardozo Law Review*, à paraître, disponible sur Social Science Research Network (SSRN), www.ssrn.com/abstract=1030634 ; « Contracts as Plans », SSRN 2008, Public Law Research Paper n° 303, www.papers.ssrn.com/abstract=1097632 ; M. G. Pratt, « Promises, Contracts and Voluntary Obligations », *Law and Philosophy* 2007, p. 531, 26:531.

Remerciements : Cet article a été réalisé grâce au partenariat initié par M. A. Chamboredon entre l'Université Paris Descartes et Arizona State University. Sur place nous avons reçu l'aide précieuse de notre collègue le professeur Ch. Calleros et de M^{mes} B. DiFelice et V. Hammer-Sonn ; nous les en remercions très sincèrement.

Marie-Anne Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD Civ. 1995 p. 573

1. Le présent propos n'a pour but que d'esquisser le profit que l'on pourrait tirer d'une distinction plus nette et plus systématique à opérer en droit des contrats entre la volonté et le consentement, entre la rencontre des volontés et l'échange des consentements (1), afin d'expliquer plus aisément, c'est-à-dire plus simplement et d'une façon plus cohérente, l'évolution de cette matière, notamment lorsqu'elle prend prise en droit des affaires.

Echange des consentements ; rencontre des volontés. Sont-ce des locutions fongibles ? Y a-t-il vraiment unicité d'un phénomène ainsi plus ou moins adroitement qualifié ? Quand on ne les confond pas, on considère assez aisément que l'expression d'échange des consentements est impropre et qu'il conviendrait de préférer celle de rencontre des volontés pour désigner ce qui fait le contrat. En effet, il est déjà difficile de sortir de soi-même par une volonté qui va à la rencontre ; il serait vain et faux de croire que l'on peut aller jusqu'à offrir un consentement en échange.

Pourtant, les mains se rencontrent mais les anneaux s'échangent... La figure du mariage, dans sa dimension mystique, hante toujours le droit des contrats (2), même ce droit des affaires que l'on ressent parfois comme un droit civil au sang froid.

2. Il faut ainsi rappeler et tirer tout profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté.

Ainsi, par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement. C'est bien ainsi que le définit le *Vocabulaire philosophique* de Lalande : consentir, c'est admettre, donner son assentiment, c'est-à-dire baisser pavillon devant une assertion ou devant une autre personne (3). Tandis que la volonté consiste dans la force de pouvoir toujours ne pas admettre. C'est pourquoi la figure de la liberté est celle du martyr et du héros : celui qui ne s'avoue jamais vaincu, celui qui ne consent jamais.

En Occident, la liberté est dans le « non » ; le consentement est dans le « oui ». Par la

volonté, je domine ; par le consentement, je me sou mets. La force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du consentement.

3. Par le consentement, me voilà obligé, me voilà l'obligé de l'autre. L'article 1108 du code civil s'en donne l'écho, en visant « le consentement de la partie qui s'oblige ». On comprend alors que le consentement puisse être un signe de faiblesse, de vassalité, là où la volonté est signe de puissance et d'autonomie ; que le consentement puisse être donné sous la pression, signe d'une volonté « impressionnée », sans qu'il faille y voir nécessairement violence ; que le contrat-capitulation est concevable, l'hypothèse objective de la lésion étant là pour l'attester. La doctrine classique, telle qu'on nous la présente toute concentrée sur la volonté, aurait pu, si elle avait été plus sensible à cette dimension du consentement, établir ainsi : « qui dit contractuel, dit dé faite ». Le droit des contrats en eut été changé, ou du moins changé plus vite.

Le consentement, donc, ne se réduit pas à la volonté. C'est sans doute pour cela que le droit français n'a pas admis *a priori* l'engagement unilatéral, cet acte de volonté sans consentement (4), cet acte du vouloir créateur pur (5).

4. Dès lors, le consentement est une sorte de gage que l'on donne à l'autre. C'est pourquoi la volonté peut vouloir tout tandis que le consentement ne peut porter que sur le possible, que sur ce que je peux donner. Le consentement a partie liée avec le patrimoine, alors que la volonté y est naturellement étrangère.

Mais quel gage ? Gage d'amour, dirait le droit du mariage, qu'il est décidément bien difficile de chasser. Gage de gratitude, dirait le droit des libéralités. Gage d'équilibre objectif et de sécurité juridique, dira le droit des contrats, du même coup désireux du formalisme qui fait couple avec la sécurité. Ce contrat permet ainsi d'établir un temps un semblant de paix entre les personnes aux intérêts opposés.

5. Car le consentement est donc bien un otage donné : il doit y avoir échange des otages. En cela, le consentement est avant tout anticipation du consentement de l'autre, l'interdépendance restant la marque du contrat. C'est à ce lien essentiel que semble se rattacher la théorie anglaise de la *consideration* (6) : l'accord ne se conçoit pas sans l'échange, au sens de l'admission d'une perte - par mon consentement - dans la perspective d'un avoir - par le consentement de l'autre.

Et avant tout échange de ce type, qui repose sur l'anticipation et l'équilibre des gages, il y a nécessairement ajustement, négociation, palabre. Plus encore, le contrat ne peut plus être un point dans le temps où la volonté, vive comme l'éclair, élit une volonté *alter ego* tout aussi prompt à aller à sa rencontre, dans la joie temporelle de leur union. Bien plutôt, le contrat, mécanisme méfiant et besogneux, tâtonnant et prudent, est l'instrument pessimiste de cette guerre froide, conflit créateur sur lequel se construit le contrat (7). Il s'étire alors dans le temps ou trace un long trait dans l'espace entre cocontractants éloignés l'un de l'autre.

6. Dans cette perspective, il n'y a pas d'affinité élective entre volontés soeurs, dans cette sorte de romantisme juridique que traduit la théorie classique, mais mise en place d'un échange entre personnes objectivement ennemies puisqu'aux intérêts et visées contradictoires.

Il n'y a plus un envol mystique entre deux volontés, d'autant plus pur qu'il est libre du temps et ne s'encre pas de formalité. Au contraire, cette méfiance gage de paix va rendre obsédante la question des procédures, des traces de l'échange, va rendre centrale la perspective des preuves.

7. Ainsi, par mon consentement, je m'abaisse et l'on se souviendra que la tradition asiatique analyse le contrat comme un déshonneur. Je m'abaisse mais c'est à condition que je tiens l'autre pareillement. Je ne donne mon consentement que si je me saisis du consentement de l'autre. Le consentement n'est supportable que par l'échange. Il faut concevoir non pas tant l'échange des consentements que le consentement parce que l'échange.

C'est bien pourquoi l'hypothèse des convergences de consentements, tels que les expriment les pratiques concertées notamment, s'ils créent des accords, suppose l'intérêt commun, cette convergence née de l'agrégation des intérêts. Voilà pourquoi les statuts de sociétés s'accroissent de plus en plus difficilement de la qualification de contrat pour verser vers celle d'un acte collectif créateur d'institution tandis que l'intérêt commun, bien distinct, peut être présenté comme sa loi (8). A ce titre, ils relèvent fondamentalement d'une autre problématique que celle de l'échange : l'agrégat de consentements n'emprunte pas à l'échange l'hostilité première de ce dernier. En cela, l'échange des consentements est sans doute l'expression juridique la plus conforme de la réalité des rapports humains.

8. Continuons dans cette perspective d'une défense de l'adéquation théorique et pratique de l'échange des consentements. La rencontre des volontés est bien éthérée ; instant magique, elle fait le contrat sans autre forme de procès et semble s'épuiser dans cette satisfaction. L'échange des consentements, formule plus lourde, méfiance concrétisée entre partenaires, évoque davantage l'autre échange, éminemment intéressé : l'échange économique dont le contrat est la forme juridique. C'est pour avoir le bien que je capture le consentement de l'autre ; c'est parce qu'il faut bien que je paie pour l'avoir que je me contrais. Le potlatch n'est pas loin. Ainsi et là encore, la doctrine classique n'aurait sans doute pas relégué l'échange économique comme la boîte noire du droit des contrats si elle avait donné tout son sens à l'expression parfois décriée d'échange des consentements.

9. Cela aurait permis sans doute aussi un plus facile rapprochement entre la théorie juridique du contrat et la théorie économique du marché (9). Dans le cadre de cette

dernière, il est assez difficile d'évoquer l'idée de volontés autonomes dans la mesure où la loi économique du marché dicte aux agents rationnels leur comportement. Plus encore, si un agent retrouve une puissance, une autonomie de la volonté par rapport à l'ajustement mécanique des prix par l'offre et la demande, l'abus de position dominante peut être constitué. En revanche, ce qui s'échange, ce sont bien des consentements mécanisés entre personnes aux intérêts contradictoires, comme autant de formes juridiques des échanges des biens et services gouvernés par les lois du marché. Et l'on observera que le refus de vente, qui n'est jamais qu'un refus de consentement, un refus de laisser circuler un consentement qui doit être disponible pour être saisi par qui le veut, est effectivement sanctionné au nom des lois du marché et ce sans nécessité d'un abus démontré (10).

10. On peut alors soutenir que la volonté est une matrice de consentements qu'elle débite et met sur le marché comme autant de doubles juridiques des biens économiques. La volonté reste en dehors du marché - le contraire en troublerait le jeu et le marché lui fait barrière - mais c'est par sa puissance qu'elle lui fournit les consentements dont il doit se nourrir autant que de biens économiques. En cela, la volonté est la source mais une source extérieure de la circulation économique. Fondement et extériorité peuvent très bien aller de pair. Au regard de cette puissance à créer des objets autonomes de soi, la véritable génération donc, l'analogie peut alors se faire entre, d'une part, ce lien entre volonté et consentement, et d'autre part, celui que la jurisprudence a opéré entre nom patronymique et nom commercial (11).

Le consentement est ainsi un objet dont on dispose sur un marché (12). Se dégage par cela l'adéquation de l'échange des consentements avec le principe du libéralisme marchand. On relèvera au passage que la théorie des cessions de contrat serait plus admissible sous le premier angle du consentement que sous le second angle de la volonté. Peut-on aller jusqu'à suggérer qu'il existe des marchés de consentements mécanisés ? Cela éclairerait peut-être sous un nouveau jour le marché financier.

Mais le consentement est toujours un objet né de la volonté : il y a un lien de génération entre la volonté et le consentement, le consentement est fils de la volonté et ce lien ne doit être brisé, faute de quoi un vice du consentement est constitué. Le contrat résulte alors de cette dialectique entre le subjectif de la volonté et l'objectif du consentement. Le consentement est un objet que l'on donne et qui circule tandis qu'on conserve toujours et par principe sa volonté, ne serait-ce que pour qu'elle produise d'autres consentements.

11. Fondamentalement, la distinction entre la volonté et le consentement est formidablement porteuse d'une réconciliation. En effet, on conçoit une articulation entre une puissance conservée, souveraine et *a priori* de la volonté, qu'on ne devrait soumettre à aucune autorisation, et qui n'a nul besoin du droit positif pour exister, et un consentement né de la volonté mais détaché d'elle et qui circule. Il peut ainsi y avoir objectivisme contractuel, par la considération du consentement, sans nécessairement dirigisme contractuel, lequel voudrait porter sur la volonté. Peut enfin être brisée cette alternative à deux branches, subjectivisme et absence de cette sorte circulation juridique qu'exigent pourtant les principes économiques du marché, d'une part, objectivité et source réglementaire de l'instrument contractuel à laquelle répugnent les mêmes principes, d'autre part. Cette alternative est une aporie. En effet, la théorie classique du droit des contrats n'est pas « dépassée » par le droit du marché et l'objectivité du contrat n'entraîne pas par fatalité l'emprise de la loi et de l'administration sur le phénomène contractuel.

Le droit des contrats peut ainsi revendiquer le classicisme de la source - volonté, individualisme et subjectivité - tout en devenant harmonieux avec le mécanisme du marché, par la qualification de ce qui naît de la volonté, - consentement, masse et fongibilité, voire liquidité des consentements, objectivation. Ce qui est aisément perçu comme des tensions peuvent trouver alors des explications plus cohérentes : il en est ainsi de cette exigence conjuguée et à première vue paradoxale d'une mondialisation des rapports juridiques et économiques, relevant donc du couple que forment le consentement et le marché, et d'une personnalisation des normes juridiques, contractuelles notamment, relevant alors du couple que forment la volonté et l'extériorité par rapport au marché. Les deux mouvements peuvent ainsi aller dans le même temps, sans engendrer de discordances.

12. Ainsi, il y a tout à la fois rupture sémantique entre volonté subjective et consentement objectif, et dialectique créatrice entre les deux. Il faut bien que les volontés se rencontrent pour que les consentements s'échangent. C'est encore user de la liberté que de me soumettre à ce que me dicte ma raison pratique. Ainsi l'aliénation, renoncement à la liberté, atteste cette dernière dans le même instant et l'on ressent plus sereinement la contrainte du consentement lorsqu'elle est née de la volonté, comme on admet mieux le renoncement lorsqu'il vient de la puissance.

13. Dès lors, l'isolement de l'échange des consentements et son articulation dans le même temps avec la rencontre des volontés a pouvoir peut-être de donner une meilleure mesure d'une évolution du droit des contrats à première vue assez chaotique. En effet, peut donner l'unité à l'ensemble la qualification du consentement comme objet autonome dont on dispose et que l'on donne pour fabriquer un contrat qui est lui-même un objet autonome. La volonté n'est de cette technique qu'une sorte de norme fondamentale a-juridique qui fonde le système mais qui n'a pas vocation à y participer d'une façon dominatrice. La circulation économique des biens et des services et le phénomène des contrats de masse seraient sans doute mieux servis par cette représentation d'ensemble que recèle la distinction première de la volonté et du consentement.

(1) Cette perspective, ici esquissée, a été ultérieurement considérablement enrichie par le colloque de l'association Droit et Commerce, *L'échange des consentements (la remise en cause des principes civils par le droit des affaires)*, et les différentes contributions à paraître à la *Rev. jurispr. com.* Elle doit être mise en corrélation. C'est néanmoins ce premier état, cette « variété » donc, qui est ici proposé, à travers la problématique beaucoup plus réduite du seul rapport entre le consentement et la volonté.

(2) J. Carbonnier, *On contracte comme on se marie*, in *Droit civil. Les obligations*, t. 4, coll. Thémis, PUF, 1993, n° 22, p. 57.

(3) A. Lalande, *Consentement*, in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, coll. Quadrige, PUF, 1991, vol. 1, p. 117. Sur le lien entre la volonté et la puissance, V. Volonté, *ibid.* vol. 2, p. 1217 et s.

(4) V. par ex., Ph. Jestaz, *L'engagement par volonté unilatérale*, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 3 et s.

(5) J. Carbonnier, *préc.* n° 23, p. 60.

(6) V. not. J. A. Weir, *Droit des contrats*, in *Droit anglais*, sous la direction de J.A. Jolowicz, 2e éd. Dalloz, 1992, n° 177 et s. p. 127 et s.

(7) Sur l'aspect créateur du conflit, au coeur du droit, V. J. Freund, *Sociologie du conflit*, PUF, 1983, et F. Terré, *Au coeur du droit, le conflit*, in *La justice (l'obligation impossible)*, coll. Morales, Autrement, 1994, p. 100 et s.

(8) D. Schmidt, *De l'intérêt commun des associés*, *JCP 1994.éd.E.I.204*, V. aussi P. Didier, *RJC* à paraître.

(9) V. par ex. J. Hauser, *L'apport du droit économique à la théorie de l'acte juridique*, *Mélanges Derrupé*, 1991, p. 1 et s. mais aussi, dans un mouvement inverse, V. la théorie économique des conventions : A. Orléan (dir.), *Analyse économique des conventions*, coll. Economie, PUF, 1994.

(10) Même si l'on peut exprimer des réserves par ailleurs sur cette disposition de l'ord. du 1er déc. 1986. V. par ex. J.-Ch. Serna, *Le refus de vente dans l'ordonnance du 1er décembre 1986*, *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 359 et s.

(11) *Jurispr. Bordas*, Civ. 1re, 15 mars 1988, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10e éd. F. Terré et Y. Lequette, n° 20, p. 97 et s., et les réf. citées.

(12) On comprend dès lors plus facilement que le droit pénal ait appliqué la loi de 1905 relative à la fraude aux conventions de prestation de service, plus adéquate dans cette optique objective que la théorie du vice des consentements. V. J.-H. Robert, *JCP 1989.II.21258*.

Vincent Cadoret, De l'obligation essentielle en général et de la saga Chronopost en particulier, ADC 2006, n° 9, p. 20.

1. Le célèbre arrêt « Chronopost »⁽¹⁾ a dix ans et compte désormais parmi les arrêts fondateurs en droit des obligations. C'est par cette décision qu'a véritablement émergé en droit français la notion d'obligation essentielle. Les faits consistaient alors en un contrat portant sur un transport rapide d'un dossier constitué en réponse à un appel d'offres à destination de la personne responsable du marché. Le retard dans l'exécution de la prestation avait gravement causé préjudice à l'expéditeur dont le dossier n'avait pas été examiné, mais la société Chronopost opposait à son client une clause limitative de responsabilité insérée dans ses conditions générales de vente. La Cour de cassation décidait alors de réputer cette clause non écrite sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, l'article L.132-1 du Code de la consommation étant inapplicable à l'espèce.

2. Longtemps resté sans suite, les années 2000 ont vu la multiplication des arrêts Chronopost dont les faits étaient identiques, chacun étant particulièrement suivi par la communauté des juristes. En 2002 tout d'abord, la même formation confirmait sa solution et la précisait en énonçant qu'une fois la clause réputée non écrite, le contrat-type de messagerie disposé par le décret du 4 mai 1988 devait trouver application⁽²⁾. Or, ce contrat-type limitait également la responsabilité du transporteur au coût de l'envoi et seule une faute lourde du transporteur permettait de l'écartier. En 2005 ensuite, une chambre mixte statuait sur deux affaires semblables et faisait également application du décret du 4 mai 1988 dans une affaire, et de celui du 6 avril 1999 l'ayant abrogé et remplacé dans l'autre⁽³⁾. A cette occasion, la Cour de cassation décidait que la faute lourde ne pouvait résulter de l'incapacité pour le transporteur de fournir les raisons du retard. En 2006 enfin, la chambre commerciale rendait trois arrêts dont l'intérêt résidait principalement dans la confirmation des épisodes précédents⁽⁴⁾.

3. A l'heure du bilan, la tentation est grande de considérer cette saga jurisprudentielle comme n'étant qu'un coup d'épée dans l'eau, dans la mesure où la responsabilité du transporteur demeure, dix ans après, limitée dans la plupart des

¹ Cass. com., 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n° 261.

² Cass. com., 9 juillet 2002, Bull. civ. IV, n° 121.

³ Cass. mixte, 22 avril 2005 (2 arrêts), Bull. civ. mixte, n° 3 et 4.

⁴ Cass. com., 21 février 2006, n° 04-20139, Bull. civ. IV, à paraître ; 30 mai 2006, n° 04-14974, Bull. civ. IV, à paraître ; 13 juin 2006, n° 05-12619, Bull. civ. IV, à paraître.

cas. Ce serait oublier un peu trop vite que si d'un point de vue pragmatique peu de choses ont changé, la solution théorique de 1996 n'en reste pas moins systématiquement confirmée. L'arrêt du 30 mai 2006⁽⁵⁾ est à cet égard particulièrement marquant, car aucun contrat-type n'existant dans l'hypothèse de cet arrêt, l'indemnisation intégrale du préjudice sera retenue.

4. Malgré tout, il est difficile de ne pas ressentir une certaine incompréhension vis-à-vis des suites données par la Cour de cassation à une de ses solutions les plus audacieuses. Cette perplexité tient certainement au fait que la solution est d'abord envisagée dans son ensemble alors que deux problèmes distincts se posent et ce n'est qu'en les envisageant séparément que la notion d'obligation essentielle révèle toute sa richesse.

5. Il ne faut en effet pas s'y tromper. Si l'impact pratique de cette notion peine à s'affirmer dans les arrêts « *Chronopost* », elle n'en reste pas moins une notion majeure dans le cadre de la théorie générale du contrat et octroie à la cause une fonction primordiale en termes de philosophie du contrat. A cet égard, la solution maintenue par la Cour de cassation en matière de limitation conventionnelle revêt une importance que le contrat-type ne saurait éclipser (I). Ce n'est que dans un second temps qu'il convient d'évoquer la difficulté née de la limitation légale de responsabilité, afin de vérifier si la position de la Haute juridiction se justifie sur ce point ou mérite la critique doctrinale⁽⁶⁾ qui lui est adressée (II).

I/ La violation de l'obligation essentielle et la limitation conventionnelle de responsabilité

6. Le débat doctrinal autour de la notion de cause et de l'utilisation de l'article 1131 du Code civil peut, à bien des égards, apparaître comme une forme d'exception française. Le droit allemand par exemple admet l'existence des contrats abstraits. Pour autant, il ne faut pas perdre de vue que la ligne de jurisprudence *Chronopost* est une manière de lutter contre des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels⁽⁷⁾. Or, ce concept de clauses abusives est d'initiative communautaire et il paraît difficilement envisageable de comprendre les tenants et les aboutissants du débat en considérant qu'il est purement franco-français. Il semble en effet que les termes de la discussion ont une vocation beaucoup plus large – voire universelle – dans la mesure il est avant tout question d'une faute contractuelle (A) ayant des répercussions sur l'esprit même du contrat (B).

A. La caractérisation de l'obligation essentielle par sa violation

7. Le premier arrêt de la lignée⁽⁸⁾, confirmé systématiquement par les suivants, avait à son époque fait grand bruit⁽⁹⁾. Le débat s'axait alors exclusivement alors sur la notion de cause objective. Rien d'étonnant étant donné le visa de la décision. Pour autant, cette vision de la solution à la seule lumière de l'article 1131 du Code civil semble dans une certaine mesure assez réductrice et le raisonnement traditionnel qui innove la notion de cause peut impliquer bien des confusions. Un raisonnement classique consiste en effet à se placer au stade de la formation du contrat, à identifier une obligation qualifiée d'essentielle et à lui appliquer par la suite le régime mis en lumière par la jurisprudence. Cependant, cette logique *ex ante* s'avère impossible, et ce bien qu'il soit question de validité.

8. Une première raison nous vient du fait qu'il s'agit d'un raisonnement *ex ante* imparfait. La jurisprudence ne connaît en effet que des cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat. Or, quid du cas où le même contrat serait correctement exécuté par les parties ? La clause limitative de responsabilité a pu être conclue de façon tout à fait rationnelle par les parties qui se sont fondées sur le coût des précautions. Dans l'hypothèse où il est moins onéreux pour le client que pour le prestataire de s'assurer contre le risque de perte, le client en donnant son consentement à la limitation de responsabilité a pu bénéficier d'un prix plus attractif en raison de la diminution des coûts pour le prestataire⁽¹⁰⁾. La limitation de responsabilité s'en trouverait ainsi causée.

9. La seconde raison découle alors de la première. Puisque l'analyse *ex ante* nécessite de tenir compte des circonstances de conclusion du contrat et non pas seulement des obligations contractées, l'identification d'une obligation essentielle dès ce stade relèverait de l'art divinatoire en raison du principe de liberté

contractuelle. L'exemple du crédit-bail est particulièrement parlant. Contrat né de l'imagination des praticiens, l'opération économique repose sur une structure juridique complexe combinant bail et promesse unilatérale de vente. Le travail d'identification de l'obligation essentielle opéré dès l'origine s'en trouve dès lors particulièrement tenu. Il est même possible de se demander si, dans l'esprit des parties, il n'en existe qu'une seule. Une thèse a alors proposé de distinguer selon le degré d'originalité du contrat, entre cause typique et cause atypique⁽¹¹⁾. La simplification du raisonnement relatif à l'obligation essentielle n'en serait qu'apparente. En reprenant l'exemple du crédit-bail, sont envisageables deux contrats d'un degré d'originalité équivalent, l'un étant un crédit-bail « classique » tandis que l'autre serait un contrat de *lease-back*. Le *lease-back* est juridiquement un crédit-bail. Sa seule spécificité se situe en amont du contrat, dans la mesure où c'est le crédit-preneur qui a préalablement vendu au crédit-baillleur le bien, objet du crédit-bail. Ces deux contrats appartenant au même type, faut-il pour autant leur attribuer la même obligation essentielle ? La finalité de l'opération est en effet fondamentalement différente, car si le premier contrat est conclu à des fins d'investissement, le second est purement financier et consiste à dégager de la trésorerie disponible. En réalité, seule une appréciation *ex post* sera pertinente pour qualifier l'obligation d'essentielle. C'est d'ailleurs celle adoptée par la Cour de cassation qui retient avant tout le comportement de la partie fautive pour opérer cette qualification⁽¹²⁾. C'est donc sa violation qui permet de qualifier l'obligation d'essentielle. Le raisonnement n'est plus celui d'une simple inexécution, mais celui d'une véritable faute. Or, à cet égard, la spécificité française n'en est plus une et le parallèle devient pertinent avec le droit anglo-saxon des contrats⁽¹³⁾, bâti à partir de la responsabilité délictuelle et qui accorde un place primordiale aux conséquences de la faute du contractant⁽¹⁴⁾. Il peut donc être soutenu que si une obligation est qualifiée d'essentielle, c'est à raison de la gravité de la faute commise par son débiteur.

Pour autant, cette gravité ne saurait s'apprécier en tant que telle. Un référent est nécessaire et il semble que la Cour ait choisi l'efficacité du contrat.

B. La violation de l'obligation essentielle et l'efficacité du contrat

10. Si la violation d'une obligation essentielle permet de faire échec à une clause limitative de responsabilité, c'est - selon les termes mêmes de la Cour de cassation - parce que cela « *contredisait la portée de l'engagement pris* »⁽¹⁵⁾. Ainsi s'il a été déduit que l'obligation essentielle dans un contrat remplit la fonction d'un « *fondement dans un édifice* »⁽¹⁶⁾, c'est parce qu'il a été constaté que sa violation faisait s'écrouler l'intention commune des parties. En définitive, l'émergence de la notion d'obligation fondamentale en France ne semble pas constituer une limite jurisprudentielle au principe de liberté contractuelle⁽¹⁷⁾, mais apparaît comme un moyen de protéger ce qui avait été raisonnablement convenu. Elle s'ancre alors dans le mouvement visant à la protection de l'efficacité du contrat et qui se manifeste à travers divers concepts convergeant tous vers le respect de l'article 1134 du Code civil, qu'il s'agisse d'un devoir de loyauté⁽¹⁸⁾, d'un principe de cohérence⁽¹⁹⁾ ou encore de l'économie du contrat⁽²⁰⁾.

11. Il convient donc, au moment d'apprécier la portée de la saga *Chronopost*, de prendre le soin de tenir compte du contexte particulier dans lequel le contrat a été conclu. Ainsi qu'il a déjà été évoqué, les parties peuvent librement convenir de l'allocation des risques en calculant le coût de leurs précautions respectives⁽²¹⁾. A cet égard, nul doute que le fait qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion ait un rôle important, dans la mesure où l'allocation des risques n'est plus libre mais décidée unilatéralement par le stipulant. Les décisions de la Cour de cassation s'en trouvent par conséquent tout à fait justifiées. Cependant, aussi

⁵. Cass. com., 30 mai 2006, précit.

⁶. G. Loiseau et M. Billiau, *L'affaire Chronopost suite : la suppression de la clause limitative de responsabilité pour retard à la livraison entraîne l'application du plafond légal d'indemnisation, seule une faute lourde du transporteur pouvant tenir en échec cette application*, JCP 2002, éd. G, II, n° 10176 ; J.-P. Tosi, *Chronopost 3 : l'épilogue ?*, D. 2005, jur., p. 1864 ; G. Loiseau, JCP 2005, éd. G, II, n° 10066 ; JCP 2006, éd. G, II, n° 10123 ; S. Hocquet-Berg, *Resp. civ. et ass.* 2005, com. n° 175 ; P. Jourdain, D. 2005, chr. p. 1932 ; G. Viney, *Contrat-type approuvé par décret et faute lourde*, Dr. et Pat. 2005, n° 141, p. 36 ; Ch. Paulin, JCP 2005, éd. E, n° 1446.

⁷. D. Mazeaud, *La protection par le droit commun*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Actes du colloque organisé le 27 mai 1997 par le Centre R. Demogue (Lille II) et le Centre de Recherche Européen de Droit des Obligations (Paris XII), Economica, coll. Etudes juridiques, n° 3, p. 33.

⁸. Cass. com., 22 octobre 1996, précit.

⁹. D. 1997, somm., p. 175, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. Mestre ; Def. 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; Contrats, conc., consom. 1997, com. n° 24, obs. L. Leveneur ; D. 1997, jur., p. 121, note A. Sériaux.

¹⁰. A. Ogus et M. Faure, *Economie du droit : le cas français*, Ed. Panthéon Assas, coll. Droit comparé, 2002, p. 96 et s.

¹¹. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 311, 1999.

¹². C'est « *en raison du manquement à cette obligation essentielle (que) la clause limitative de responsabilité du contrat (...) devait être réputée non écrite.* » (Cass. com., 22 octobre 1996, précit.) ; La clause limitative de responsabilité devait « *être réputée non écrite par l'effet du manquement à une obligation essentielle du contrat.* » (Cass. com., 30 mai 2006, précit.) NB : Nous surlignons.

¹³. Tant et si bien qu'une thèse a été consacrée à cette étude : R. Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 336, 2000, sp. n° 161 et s et n° 601 et s. : « *Le point de départ est alors l'atteinte à l'essence du contrat, cette atteinte ayant pour résultat un déséquilibre.* »

¹⁴. R. David et D. Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1985, n° 39 ; P. S. Atiyah, *L'évolution du droit anglais de l'accord vers la reliance et l'exclusion de la responsabilité pour vices dans la vente de marchandises*, in D. Tallon et R. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, Bibl. de Dr. Privé, t. 196, 1987, p. 57 et s.

¹⁵. Cass. com., 22 octobre 1996, précit.

¹⁶. P. Jestaz, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, MéL. P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 273.

¹⁷. contra : Ch. Larroumet, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*, D. 1997, chr., p. 145.

¹⁸. Cass. com., 3 novembre 1992, Bull. civ. IV, n° 338 ; Cass. com., 2 juillet 2002, D. 2003, jur. p. 93, obs. D. Mazeaud ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Refus d'agrément et circonstances de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ?*, note sous Cass. com., 5 octobre 2004, RLDC 2005, n° 12, p. 5 et s.

¹⁹. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, sp. n° 412 et s.

²⁰. S. Pimont, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, sp. n° 57 et 328 et s.

²¹. A. Ogus et M. Faure, op. cit., p. 97 et s.

importante soit-elle, cette circonstance endogène ne doit pas être considérée comme déterminante, car le contexte du contrat est également composé de circonstances exogènes.

12. Ces circonstances exogènes doivent s'entendre de circonstances qui si elles ne font pas partie du contrat ont participé à la commune intention des parties. Parmi elles, la structure du marché tient une place prépondérante. Or, si pour chacun des arrêts rendus, les contrats ont été conclus avant le 1^{er} novembre 2004, il est légitime de se demander si la solution aurait été identique en présence de contrats conclus postérieurement, car à cette date la structure de marché s'est très sensiblement modifiée. La société Chronopost propose en effet un autre contrat intitulé « *Chrono mission appel d'offres* », dont le plafond d'indemnisation atteint 7.500 euros. Si la prestation effectuée est la même, le prix est sensiblement supérieur, accréditant de cette manière la thèse économique selon laquelle la clause limitative de responsabilité trouve sa contrepartie dans la possibilité de bénéficier d'un prix plus attractif et ne mérite donc pas une méfiance systématique de la part des tribunaux. Ainsi, en définitive, la Cour de cassation pourrait, comme elle l'a déjà fait (22) mais non sans s'attirer les foudres du Professeur Mazeaud (23), tenir compte de la diversité des offres concurrentes sur le marché afin d'intégrer la clause limitative de responsabilité dans le socle fondamental du contrat, puisque le client aura eu le choix de conclure un autre contrat avec un plafond d'indemnisation relevé. Pour autant, il ne faudrait pas lire dans cette hypothèse un quelconque revirement, car à circonstances différentes, intentions communes différentes.

Dix après, la solution est donc maintenue et il n'est désormais plus permis de parler d'arrêts isolés. Pour autant, si tel n'avait pas été le cas le 22 octobre 1996 (24), les arrêts suivants aboutissent malgré tout à l'application d'une limitation de responsabilité, celle-ci étant légale et non plus conventionnelle.

II/ La violation de l'obligation essentielle et la limitation légale de responsabilité

13. La solution est apparue en 2002 (25), avant d'être confirmée en 2005 (26), puis en 2006 (27). Dès lors que la clause limitative de responsabilité est réputée non écrite, la règle supplétive disposée par les articles 21 et 22 du décret du 6 avril 1999 reprend son empire (A). Or, celle-ci dispose également une limitation de responsabilité au montant de l'envoi. Bien que ce décret institue ce qu'on appelle un contrat-type, cette limitation de responsabilité est bien légale - au sens large du terme bien entendu - et seule une faute lourde peut lui faire échec (B).

A. Une application contestable

14. En dehors des problèmes spécifiques au droit des transports, déjà brillamment exposés par le Professeur Tosi (28), l'application du contrat-type de messagerie suscite de nombreuses questions en droit des contrats qui rendent son application particulièrement contestable. La principale réside sans aucun doute dans l'option que le décret laisse au client de relever le plafond d'indemnisation en cas de déclaration d'un intérêt spécial à la livraison. S'il est apparemment cohérent d'un point de vue de technique juridique d'appliquer la règle supplétive une fois la clause réputée non écrite, la difficulté réside dans le fait qu'il devient impossible pour l'expéditeur d'opter. Or, appliquer le contrat-type après coup revient à dénaturer complètement ce texte (29), dans la mesure où cette option est un des trois éléments retenus par le Conseil d'Etat pour apprécier la légalité du texte au regard de la législation sur les clauses abusives (30).

15. La justice administrative eût à se soucier de la question suite à la requête de deux sociétés. Celles-ci avaient sollicité de la part du Ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer qu'il abroge les articles 21 et 22 du décret. Le Ministre ayant refusé, les sociétés ont formé un recours en excès de pouvoir à l'encontre de ce refus. Le Conseil d'Etat a donc pu apprécier la légalité de la limitation de responsabilité au regard des articles L.132-1 et suivants du Code de la consommation. Après avoir relevé que le contrat-type est supplétif, qu'il est possible de déclarer un intérêt spécial à la livraison et que la faute lourde fait échec à cette limitation de responsabilité, le juge administratif rejette la requête et déclare le décret conforme à la loi.

16. Ces trois éléments correspondent pour le Conseil d'Etat à une logique d'ensemble du texte qui ne semble pas être contestable. Le caractère supplétif maintient la liberté contractuelle. L'option laissée à l'expéditeur permet, de la même manière qu'une limitation conventionnelle de responsabilité, une allocation des risques rationnelle. Enfin, l'absence de limitation en cas de faute lourde protège l'expéditeur contre le comportement anti-contractuel du transporteur. De ce point de vue, le décret en lui-même ne pose pas de difficulté particulière. C'est son application rétroactive décidée par la Cour de cassation qui prive le décret de sa cohérence en annihilant deux des trois éléments de sa légalité. Si une règle supplétive a vocation à s'appliquer dans le silence des parties, est-ce encore le cas

lorsque les parties se sont exprimées avant d'être censurées ? A cet égard, il faut admettre que si la disparition de la stipulation est rétroactive, cette rétroactivité constitue une fiction juridique. La technique juridique permettant l'application de la règle supplétive peut ainsi être considérée comme reposant sur un raisonnement artificiel. C'est ensuite l'option qui fait défaut, car si la Cour admet l'application rétroactive du décret, elle exclut la déclaration rétroactive de volonté. La question est alors pertinente de savoir si, privé de deux éléments majeurs de sa légalité, le décret est effectivement applicable dans ces espèces. Pour autant, la Cour de cassation semble tenir à sa solution, à tel point que lorsqu'aucun contrat-type n'existe relativement au contrat considéré, elle prend bien soin de le mentionner (31). Cependant, la question n'est peut-être pas définitivement réglée, dans la mesure où la Cour n'a rendu qu'un seul arrêt de rejet (32), les autres traduisant un début de résistance de la part des juges du fond (33).

Le contrat-type étant appliqué malgré la disparition de deux éléments primordiaux, seule la faute lourde du transporteur sera donc débattue. Or, et c'est le dernier enseignement de ces arrêts, la faute lourde fait l'objet d'une appréciation particulièrement restrictive.

B. L'appréciation discutable de la faute lourde

17. Dans son arrêt du 9 juillet 2002, la chambre commerciale énonçait que seule une faute lourde pouvait faire échec à la limitation de responsabilité du contrat-type de messagerie. Elle distinguait ainsi violation de l'obligation essentielle et faute lourde, dans la mesure où si elle les avait assimilées, la chute d'une limitation aurait de facto entraîné la chute de l'autre. Les termes de la question sont devenus plus complexes par la suite et ont entraîné un partage des voix, lorsque le transporteur n'était pas en mesure de justifier des causes du retard. Par deux arrêts en date du 22 avril 2005 (34), une chambre mixte radicalisait la solution, au grand dam de la majorité de la doctrine (35). C'est aujourd'hui sans partage des voix que la Cour de cassation poursuit le mouvement avec la confirmation par la chambre commerciale dans deux arrêts des 21 février 2006 et surtout 13 juin 2006. Cette dernière décision est en effet particulièrement marquante dans la mesure où les juges du fond ont été censurés car ils avaient déduit la faute lourde de la simplicité de la tâche (36).

18. La rupture est alors très nette. La faute lourde n'est pas une grave violation de l'obligation fondamentale. C'est autre chose. Il semble donc que la Haute juridiction entende de façon très stricte sa définition désormais classique selon laquelle « *la faute lourde s'entend d'une négligence d'une extrême gravité confinante au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée* » (37). Or, à l'instar du Professeur Viney (38), il convient de se demander si une conception de la faute lourde rattachée à la notion d'obligation essentielle ne serait pas davantage satisfaisante en matière contractuelle. En considérant que la violation d'une obligation essentielle ne fasse pas systématiquement échec à une clause limitative de responsabilité (39), cette limitation de responsabilité ne sera écartée que lorsqu'elle est absolument contraire à la commune intention des parties et qu'elle menace par conséquent le contrat lui-même. Or, quelle faute, de la part d'un contractant, peut être plus lourde que celle de mettre le contrat en péril ? Cette conception, en dehors de la philosophie qu'elle traduit, aurait également l'avantage d'une problématique cohérente de la preuve. Les arrêts de 2005 (40) sont sur ce point particulièrement critiquables, en ce qu'ils rendent presque impossible la preuve de la faute lourde quand bien même elle existerait (41) et par conséquent illusoire la dernière règle qui sauvegarde la légalité du contrat-type (42).

19. Enfin, même en admettant la distinction fondamentale entre faute lourde et obligation essentielle, il reste possible de se demander si la faute lourde doit rester la seule et unique notion permettant d'écarter la limitation de responsabilité issue du contrat-type de messagerie. Ainsi qu'il y était invité par le Commissaire du Gouvernement Donnat (43), le Conseil d'Etat a admis que le moyen tiré de la législation sur les clauses abusives était opérant, bien que mal-fondé. Sans considérer que le contrat-type était de nature conventionnelle (44), il admettait ainsi

31. Cass. com., 30 mai 2006, précit.

32. Cass. mixte, 22 avril 2005, Bull. civ. mixte, n° 4.

33. Notamment CA Rouen, 9 novembre 2004 et CA Paris, 11 mars 2004 rendus postérieurement à Cass. com., 9 juillet 2002, précit.

34. Notamment Cass. mixte, 22 avril 2005, Bull. civ. mixte, n° 3.

35. J.-P. Tosi, op. cit. ; G. Loiseau, JCP 2005, éd. G, II, n° 10066 ; S. Hocquet-Berg, Resp. civ. et ass. 2005, com. n° 175 ; P. Jourdain, D. 2005, chr. P. 1932 ; G. Viney, *Contrat-type approuvé par décret et faute lourde*, Dr. et Pat. 2005, n° 141, p. 36 ; Ch. Paulin, JCP 2005, éd. E, n° 1446.

36. La livraison avait lieu à seulement 25 km du lieu d'expédition.

37. Cass. com., 17 décembre 1951, Bull. civ., n° 396 ; 11 juillet 1995, Bull. civ. IV, n° 215.

38. G. Viney, op. cit. ; *Les conditions de la responsabilité* (avec P. Jourdain), 2^{ème} éd., LGDJ, 1998, n° 611 et s.

39. Cf. supra, n° 12.

40. Cass. mixte, 22 avril 2005, Bull. civ. mixte, n° 3.

41. Ch. Paulin, op. cit.

42. CE, 9^{ème} et 10^{ème} ss-sect., 6 juillet 2005, *Société Dodin*, JCP 2005, éd. G, II, n° 10154.

43. Conclusions Donnat, JCP 2005, éd. G, II, n° 10154.

44. Ibid., pt. 3.A ; contra : G. Loiseau et M. Billiau, *L'affaire Chronopost suite : la suppression de la clause limitative de responsabilité pour retard à la livraison entraîne l'application du plafond légal d'indemnisation, seule une faute lourde du transporteur pouvant tenir en échec cette application*, JCP 2002, éd. G, II, n° 10176.

22. Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, Bull. civ. I, n° 190.

23. D. Mazeaud, *Mais qui a peur du solidarisme contractuel ?*, D. 2005, AJ, p. 1828.

24. Il n'y avait pas lieu, puisque le moyen ne permettait pas de l'envisager.

25. Cass. com., 9 juillet 2002, précit.

26. Cass. mixte, 22 avril 2005, précit.

27. Cass. com., 21 février 2006 ; 30 mai 2006 ; 13 juin 2006, précit.

28. J.-P. Tosi, *Chronopost 3 : l'épilogue ?*, D. 2005, jur., p. 1864, notamment sur la qualification du contrat, n° 6.

29. J.-P. Tosi, op. cit., n° 7 et s.

30. CE, 9^{ème} et 10^{ème} ss-sect., 6 juillet 2005, *Société Dodin*, JCP 2005, éd. G, II, n° 10154.

que l'article L.132-1 du Code de la consommation pouvait être invoqué par un consommateur pour faire échec aux dispositions du contrat-type. Il pourrait alors en être déduit qu'en dehors du champ d'application de la législation sur les clauses abusives, l'article 1131 du Code civil est également susceptible de faire échec à cette limitation. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs, en matière d'assurances, déjà admis l'illégalité d'une disposition d'un contrat-type sur ce fondement⁽⁴⁵⁾. Ainsi, la question n'est peut-être pas définitivement tranchée et il conviendra de suivre attentivement les suites données à ces arrêts par les juges du fond, ainsi que les très probables arrêts de la Cour de cassation, car si le feuilleton risque de changer de nom en raison des nouvelles conditions générales de vente de la société *Chronopost*⁽⁴⁶⁾, il ne devrait pas perdre en intérêt.

Yves-Marie Laithier, A propos de la réception du contrat relationnel en droit français, D. 2006, p. 1003

Si l'importance d'une théorie juridique devait se mesurer à ses applications judiciaires explicites, la théorie du contrat relationnel serait un échec. Alors que la littérature consacrée au contrat relationnel a fêté son trentième anniversaire, les arrêts américains qui y font référence dans leur motivation sont non seulement fort peu nombreux, mais aucun, de surcroît, n'a considéré l'existence d'un tel type de contrat comme un motif nécessaire et suffisant de la décision adoptée (1). Certes, de l'aveu même de son père fondateur, Ian Macneil, l'élaboration de la notion de contrat relationnel avait à l'origine pour seule ambition de rendre compte d'une observation de la réalité (2), dans le but de souligner le décalage croissant entre les faits (la pratique contractuelle) et la théorie qui prétendait les appréhender (la théorie du contrat). Mais l'ambition initiale devait être rapidement dépassée et l'analyse descriptive (ce qui ne veut pas dire neutre) s'est progressivement muée en théorie à visée normative. Si, depuis des décennies, l'attention des juristes est attirée vers le contrat relationnel, c'est moins pour les informer de conclusions sociologiques que pour favoriser l'application d'un régime juridique spécifique. Dans ces conditions, l'échec évoqué est d'autant plus cuisant.

Naturellement, cette conclusion est hâtive car la destinée d'une théorie juridique ne s'apprécie pas de façon aussi étroite. A l'influence subreptice que la théorie peut exercer sur les tribunaux, par définition impossible à mesurer, s'ajoute sa contribution à l'évolution des idées. Or, de ce point de vue, le contraste est frappant entre un contrat relationnel quasiment absent des recueils d'arrêts et le succès qu'il connaît dans les cercles académiques. « Nous sommes tous relationnistes » se plaisait à dire Macneil récemment, en clôture d'un colloque consacré à son oeuvre (3). Les raisons de ce succès doctrinal sont à replacer dans un contexte institutionnel et historique particulier. Sur le plan institutionnel d'abord, on sait que les facultés de droit américaines sont traversées par une grande variété de courants de pensée, infiniment plus marqués qu'en France. La constitution et l'adhésion à ces courants sont des enjeux de pouvoirs intellectuel et financier (4). Il n'est donc pas improbable que la défense du contrat relationnel ait été, pour partie, une façon d'exister et de se démarquer d'autres écoles, proches (par exemple, les « empiristes ») ou moins proches (par exemple, les mouvements de *critical legal studies* ou d'analyse économique du contrat). Historiquement ensuite, si les écrits sur le contrat relationnel reçoivent un écho si favorable dès leur parution, c'est que chacun prend conscience du relatif vieillissement de la théorie traditionnelle du contrat. Les années 1970 sont l'époque où certains annoncent « la mort du contrat » (5), pendant que d'autres préparent une nouvelle version du *Restatement of Contracts* (6), plus en phase avec la jurisprudence. D'ailleurs, et nous y reviendrons (7), Macneil a bâti sa construction en réaction à ce qu'il appelle le droit des contrats classique, héritage de la pensée du XIXe siècle et incarné selon lui par l'oeuvre de Samuel Williston, auteur d'un célèbre *Traité de droit des contrats* et rapporteur du premier *Restatement of Contracts*, ainsi que le droit des contrats néo-classique, qui en est le prolongement, et dont le *Uniform Commercial Code* et le *Restatement (Second) of Contracts* sont, toujours selon l'auteur, les meilleures illustrations. La tonalité de ces écrits est résolument critique : les faiblesses de la théorie du contrat sont dénoncées, son inadaptation à la pratique contractuelle contemporaine relevée. Cependant, l'objectif n'étant pas d'éradiquer la théorie du contrat mais seulement de la préserver, sa modernisation a paru indispensable. Ce qui correspond précisément à la finalité poursuivie par les défenseurs du contrat relationnel.

Si le contexte institutionnel américain est très éloigné du nôtre, le contexte historique n'est en revanche pas sans rappeler les réflexions menées aujourd'hui par les auteurs français, tant sur le besoin d'adaptation de la théorie générale du contrat que sur la modernisation du code civil. On comprend alors que le contrat relationnel ait pu séduire une frange de la doctrine. L'espoir serait de trouver dans cette analyse venue d'ailleurs des idées, des concepts ou des raisonnements susceptibles d'enrichir nos propres débats. C'est sans doute la raison pour laquelle, vingt ans après une première tentative restée sans lendemain (8), quelques-uns s'efforcent à nouveau d'acclimater le contrat relationnel en droit français (9). Avec un enthousiasme variable : si certains n'y voient qu'un élément de connaissance, d'autres sont tentés par une importation pure et simple. Cette seconde voie appelle des réserves. Car le phénomène de circulation ne se justifie pas seulement par le prestige plus ou moins grand du modèle observé, par les lacunes (réelles ou supposées) du pays imitateur ou par la nouveauté, indéniable en l'occurrence, de l'objet circulant. La réception délibérée d'une notion doit toujours satisfaire à deux conditions préalables : il faut,

premièrement, que la notion soit saisissable et applicable dans le droit imitateur, deuxièmement, que sa transposition présente un intérêt juridique. En somme, la réception en droit français du contrat relationnel n'est souhaitable que si la notion est opératoire (I) et son régime utile (II).

I - La notion de contrat relationnel n'est opératoire que si ses contours peuvent être définis avec un minimum de précision, sans quoi il est impossible de procéder à une qualification et d'y rattacher un régime juridique. La notion de contrat relationnel ayant été élaborée en opposition avec les contrats « discrets », il faut d'abord chercher à la saisir dans les rapports qu'elle entretient avec son contraire. L'appréciation extrinsèque de la notion permettra ainsi de juger de la réalité de la distinction (A). Mais la distinction serait-elle un leurre que cela ne suffirait pas à rejeter la notion de contrat relationnel. Il se pourrait, en effet, que celle-ci possède sa propre valeur, indépendamment de ce à quoi elle s'oppose. Par conséquent, la notion de contrat relationnel doit être ensuite considérée et appréciée pour elle-même, c'est-à-dire intrinsèquement (B).

A - A suivre Macneil et ses partisans, les rapports contractuels (10) se situent sur un axe qui va du contrat « discret » au contrat relationnel (11). Si le contrat est « discret » (impersonnel), l'intensité du rapport est faible : l'unique but poursuivi par les parties est la réalisation d'un échange ponctuel et isolé. C'est le contrat de l'instant. Les parties ne se connaissent pas nécessairement et, quand bien même elles se rencontreraient pour échanger leurs consentements, elles ne nouent aucun lien psychologique. L'opération contractuelle se ramène à l'échange économique effectué. C'est également le contrat du présent : les parties transforment le futur en présent, en concluant un contrat aussi complet que possible. L'objet des obligations et leurs modalités sont prévus de façon précise, afin que le contrat soit exécuté conformément à ce qui avait été (entièrement) convenu le jour de sa conclusion. A l'autre extrémité de l'axe, lorsque le contrat est relationnel, l'intensité du rapport est forte. La relation s'inscrit dans la durée, de sorte que les parties sont amenées à se connaître, à s'impliquer, à collaborer. La confiance réciproque croît au fur et à mesure que les liens se renforcent, ce qui peut plus facilement conduire l'un des cocontractants à se placer dans la dépendance de l'autre. Surtout, au-delà de l'échange effectué, c'est la relation qui est valorisée en elle-même. Les parties sont dès lors invitées à la préserver, au besoin, en complétant le contrat ou en l'adaptant aux circonstances futures. Le contenu du contrat n'est plus définitivement scellé au jour de sa conclusion ; il a vocation à être précisé ou modifié durant la phase d'exécution, au gré des événements. Intuitivement, la distinction entre contrat « discret » et contrat relationnel est aisément perceptible. C'est une évidence, par exemple, que les liens noués lors de l'achat d'une boisson dans un distributeur automatique sont à peine comparables à ceux qui unissent un employeur à son salarié. Pourtant, ce sont des contrats dans les deux cas. Il reste que, une fois ces premières impressions dépassées, la distinction perd sa force de séduction tant elle est impraticable et évanescence.

L'absence de critère efficace rend, en premier lieu, la distinction impraticable. Parmi les douze critères proposés par Macneil pour distinguer les contrats « discrets » des contrats relationnels (12), certains ne paraissent guère adéquats (par exemple, l'évaluation et la possibilité d'évaluer en argent les prestations échangées ; le fait que la promesse communiquée et acceptée soit ou non la source exclusive de l'obligation contractuelle), alors que d'autres sont trop flous ou trop complexes pour être mis en oeuvre concrètement (par exemple, la découverte des raisons profondes, le cas échéant extérieures à l'existence de sanctions juridiques, qui poussent les parties à exécuter leurs obligations ; la mesure dans laquelle les cocontractants voient dans leur accord autre chose qu'un échange). La difficulté pratique est d'autant plus sérieuse que Macneil confère à sa liste un caractère cumulatif. C'est donc par souci de commodité que les auteurs en sont venus à privilégier un seul critère. Pour certains d'entre eux, un contrat est relationnel lorsque les parties sont dans l'incapacité d'énoncer de façon précise leurs principaux engagements, soit parce qu'il est impossible d'identifier certains événements futurs, soit parce que, même en les identifiant, il est impossible de prévoir un mécanisme adéquat d'adaptation (13). La définition recoupe alors la notion de contrat incomplet développée en sciences économiques. On ne conteste pas qu'elle corresponde à une réalité, mais on lui reprochera de ne pas offrir de critère de distinction satisfaisant, d'une part, parce que rien n'est dit du seuil d'imprécision à partir duquel le contrat cesse d'être discret pour devenir relationnel, d'autre part, parce qu'il est quasiment impossible de définir avec une réelle précision les obligations principales. L'interprétation, souvent créatrice, occupe nécessairement une place, laquelle, contrairement à ce que l'on pourrait croire, ne diminue pas sous le nombre élevé des détails (14). Pour d'autres auteurs, le critère de distinction réside dans la durée de la relation. Le contrat « discret » est un contrat à court terme : il est conclu rapidement et l'exécution est instantanée. Au contraire, le contrat relationnel est un contrat (ou une suite de contrats) (15) à long terme : il se forme progressivement et sa durée d'exécution s'étend dans le temps. Pour répandu qu'il soit, ce critère n'est guère plus pertinent que le précédent. Sa simplicité n'est qu'apparente faute de savoir si la durée doit être appréciée dans l'absolu (selon quelles références ?) ou en fonction du type d'opération dont le contrat est le vêtement juridique. En outre, il n'existe pas de corrélation automatique entre la durée du contrat et l'intensité de la relation : un contrat de longue durée peut être relativement impersonnel (un abonnement à un fournisseur d'eau par exemple), alors qu'un contrat bref peut donner naissance à des relations nécessitant une réelle collaboration (par exemple, un contrat de travail de courte durée). Certes, personne ne nie l'incidence que peut avoir la durée sur l'intensité des liens noués entre les parties. Mais, précisément, c'est la durée elle-même qui est décisive. Le détour par la qualification de contrat relationnel est superflu (16). Ce qui peut éventuellement justifier l'application d'un régime

⁴⁵. CE, 29 décembre 2000, *Beule et a.*, Rec. CE 2000, p. 655.

⁴⁶. Cf. supra, n° 12.

spécifique, ce n'est pas le caractère plus ou moins étroit des relations, mais la longue durée (17) car c'est elle, et elle seule, qui rend plus aléatoires les prévisions, l'appréciation des risques et, en définitive, la défense par chaque cocontractant de ses propres intérêts (18).

L'absence de critère efficace rend naturellement périlleuse la mise en oeuvre de la distinction. Mais, au-delà de cette conséquence pratique, c'est la réalité de l'opposition entre contrat discret et contrat relationnel qui est remise en question. Impraticable, la distinction apparaît en outre, et en second lieu, évanescence.

Originale, savante et ingénieuse, la notion de contrat relationnel se caractérise avant tout par son empirisme. Or, en dépit de la considération que cette théorie porte aux faits, il n'est pas certain qu'elle résiste à une transplantation dans la vie réelle. En effet, le contrat « discret », conceptualisé pour faciliter la compréhension du contrat relationnel, n'est qu'une fiction. Ce type de contrat n'a pas de réalité concrète. Il est imaginaire. D'ailleurs, Macneil en convient puisqu'il traite le contrat « discret » comme une pure hypothèse de travail et n'admet, en fait, que l'existence de contrats « presque discrets » (19). Tout contrat suppose, en pratique, un minimum de relation et un minimum de confiance (20). Dans le monde réel, tous les contrats sont des contrats relationnels (21) et c'est pourquoi aucun critère satisfaisant n'a été trouvé. Il s'ensuit que la distinction n'a de réalité qu'académique ; elle s'efface dès qu'elle sort du milieu où elle est née. L'une des extrémités de l'axe évoqué par Macneil est purement virtuelle. Seule correspond aux faits la progressivité illustrée par la référence à l'axe, à savoir que les contrats sont « plus ou moins » relationnels. A n'en pas douter, la conclusion intéressera le sociologue. L'apport pour le juriste est moins évident. Car, aussi grande soit-elle, la valeur suggestive d'une distinction ne lui confèrera jamais le caractère opératoire qui lui fait défaut.

Cela dit, nous pouvons peut-être tirer de cette appréciation critique une conclusion plus positive et soutenir que, sous couvert d'une classification des contrats, c'est moins une nouvelle catégorie qui est proposée qu'un éclairage de la notion de contrat. Le contrat ne pourrait plus seulement être défini comme un accord de volontés faisant naître des obligations. L'existence d'une relation ferait partie de ses éléments essentiels. Sans relation, il n'y aurait pas de contrat. Si l'on suit cette voie, cela signifie que la notion de contrat relationnel peut être appréciée en elle-même, c'est-à-dire non plus d'un point de vue extrinsèque en opposition au contrat « discret », mais d'un point de vue intrinsèque.

B - Le contrat relationnel est celui qui se caractérise par l'existence d'une relation plus ou moins forte entre les parties. Aux yeux d'un *common lawyer*, c'est une avancée tant la notion de contrat est fréquemment associée à l'échange (22). Macneil aura montré qu'il existe une autre forme de contracter. Même la plus banale des ventes ne se réduit pas à un transfert réciproque de richesse. Pour un juriste français, qui sait que l'échange n'est que l'une des fonctions du contrat, la notion de contrat relationnel a une autre portée, variable selon que la relation est confondue ou distinguée de l'obligation contractuelle.

La première hypothèse repose sur un constat élémentaire. Dans le contrat relationnel, la relation est un lien que les parties doivent respecter et préserver parce qu'il possède une valeur en lui-même. Or, ce lien qui oblige les parties correspond également à la définition de l'obligation. On pourrait alors soutenir que le contrat faisant naître des obligations, il fait naître une relation. Tout contrat serait alors *par définition* un contrat relationnel. C'est dire que la notion de contrat relationnel n'existe pas en tant que notion juridique. Elle reflète éventuellement une observation sociologique. Mais, en droit, le contrat relationnel n'est rien d'autre que le contrat. Dans cette première hypothèse, qui confond relation et obligation, l'apport juridique de la notion de contrat relationnel est nul.

La seconde hypothèse, plus fine, consiste à distinguer la relation de l'obligation contractuelle. La relation désignerait le comportement, les rapports et les pratiques adoptés par les parties, tandis que l'obligation contractuelle resterait classiquement définie comme le lien de droit destiné à procurer une satisfaction au créancier. La définition que donne le Code civil du contrat serait ainsi complétée : il s'agirait d'une convention donnant naissance à des obligations et à une relation. Le contrat aurait deux composantes : un contenu obligationnel et un contenu relationnel. La répartition de ces deux « masses » serait variable en fonction de l'intensité plus ou moins grande de la relation. Menant le raisonnement à son terme, on pourrait même imaginer que la relation évince totalement les obligations initialement convenues. Mais, comme l'a justement souligné M. Libchaber, si seule une pratique tient lieu de loi à ceux qui l'exercent, « la notion même de contrat [perd] sa raison d'être » (23). Sauf à concevoir l'idée d'un contrat sans obligation. Mais puisque rien n'autorise cette fantaisie, il est préférable de revenir à l'hypothèse plus raisonnable d'une dualité de composantes obligationnelle et relationnelle. Correspond-elle à une réalité ?

D'un côté, l'incidence normative de la relation, telle qu'elle a été définie, n'est pas contestable en droit positif. Le phénomène connaît des applications classiques. L'une des plus célèbres est la règle d'exception selon laquelle le silence vaut acceptation de l'offre lorsque les parties entretiennent des relations d'affaires qui se sont traduites dans le passé par la conclusion sans acceptation formelle de contrats de même nature (24) ; en raison des habitudes prises, le destinataire de l'offre sera engagé contractuellement. Ce qu'une doctrine appelle le « contrat de fait », en vertu duquel certains effets du contrat se produisent sans accord de volontés « mais en raison de simples relations de fait » (25), est une autre illustration (26). A quoi s'ajoutent des applications plus récentes, parmi lesquelles figure le fameux article L. 442-6 du code de commerce qui protège, en même temps qu'il consacre, la « relation commerciale

étalée » (27). Signe de l'ampleur du phénomène au-delà de nos frontières, l'effet normatif des « pratiques » établies entre les parties a été consacré par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (art. 1.9) et par les Principes du droit européen du contrat (art. 1:105 (1)). D'aucuns s'en féliciteront trouvant là des manifestations d'un devoir de loyauté ou de cohérence, malheureusement sans toujours apercevoir ce qu'il y a de pervers à opposer au créancier une pratique qu'il savait en décalage avec le contenu des obligations et qu'il n'a tolérée que parce qu'il croyait pouvoir invoquer la lettre du contrat en cas de conflit. Mais ces quelques réserves ne remettent nullement en cause l'existence, en droit positif, d'un effet normatif de la relation.

D'un autre côté, même en admettant que le contrat emporte d'autres effets que la production d'obligations, ce qui ne va pas de soi au regard de la définition du contrat (28) mais correspond à une réalité (la création d'un groupement est une illustration), la distinction entre contenu obligationnel et contenu relationnel n'est pas opératoire. La raison tient tout simplement à l'existence d'un phénomène d'absorption des effets normatifs de la relation par l'obligation contractuelle. De sorte que tantôt la relation digne de considération crée une obligation nouvelle (29), tantôt la relation digne de considération modifie l'exécution d'une obligation existante (30). Il n'est nul besoin de recourir à l'artifice d'une volonté tacite pour expliquer ce phénomène. Il suffit de souligner que la relation, telle qu'elle est établie et telle qu'elle évolue, suscite une confiance qui, si elle est légitime, commande son caractère obligatoire. Bref, c'est la force obligatoire du contrat fondée sur la confiance légitime qui justifie le phénomène d'absorption des effets normatifs de la relation par l'obligation contractuelle. En définitive, la seconde hypothèse émise échoue et rejoint la première : la distinction entre relation et obligation, intellectuellement concevable, n'est pas tenable juridiquement parce que la relation ne produit pas d'effets juridiques qui ne soient pas ceux de l'obligation.

Le bilan est maigre : le contrat relationnel est une notion aux contours introuvables, qui s'oppose à une figure (le contrat « discret ») purement fictive et qui, techniquement, ne se distingue pas de l'actuelle définition du contrat. On se gardera néanmoins de confondre la notion avec la théorie qui l'encadre et le régime qu'elle prétend lui rattacher. L'absence de caractère opératoire de la notion de contrat relationnel ne prive pas nécessairement la théorie du même nom de tout intérêt. Façonant la notion, les auteurs ont notamment montré les évolutions de la pratique contractuelle contemporaine, l'importance de la confiance dans les contrats, ou le caractère limité des informations dont disposent les cocontractants au moment de leur engagement. Autant d'éléments qui peuvent avoir une influence sur la théorie générale du contrat et le droit commun des contrats, à condition que les règles proposées pour accompagner ces changements soient à la fois innovantes, nécessaires et appropriées, en un mot, utiles.

II - L'incontestable richesse des analyses relatives au contrat relationnel ne pouvait que contribuer au raffinement de la théorie générale du contrat. Ces analyses n'ont pas seulement fait prendre conscience de l'étrangeté consistant à avoir bâti la théorie générale du contrat sur le modèle de la vente, phénomène relevé et critiqué en France de longue date (31), mais également et surtout fait ressortir les insuffisances d'une telle construction et facilité ainsi l'évolution vers un pluralisme des « modèles cognitifs » (32). De même, ces analyses ont montré combien il était réducteur et trompeur de placer le centre de gravité du contrat au moment de l'échange des consentements. Ce n'est certes pas l'apanage de la théorie du contrat relationnel (33). L'analyse économique du contrat a, en particulier, insisté sur les causes et la nécessité des contrats incomplets (34) et, par voie de conséquence, sur l'importance de la phase d'exécution. Il reste que la théorie du contrat relationnel est de celles qui ont le mieux souligné l'importance du temps dans le contrat et notamment l'incidence qu'est susceptible d'avoir son écoulement sur ce qu'il est désormais convenu d'appeler la prérennité du lien contractuel. Elle est également de celles qui ont attiré l'attention sur les limites, certainement trop négligées jusqu'ici, de la connaissance et de la rationalité des individus (35). Mais l'apport de la théorie du contrat relationnel ne se limite pas à ces aspects savants. C'est, nous l'avons dit, une théorie dont les auteurs n'ont pas caché leurs ambitions normatives. A tel point que, suivant un raisonnement orienté vers la résolution des intérêts en présence plutôt que vers la recherche d'une essence véritable, la notion de contrat relationnel a été élaborée à partir du régime spécifique dont on souhaitait qu'il lui soit appliquée. La démarche scientifique adoptée garantit *a priori* l'utilité technique de cette théorie. Il convient néanmoins de s'en assurer dans la perspective de réception qui est la nôtre. Pour que la réception soit utile, il faut non seulement se convaincre de l'originalité du régime envisagé (A), mais encore vérifier que la reconnaissance du contrat relationnel est la condition nécessaire de son applicabilité (B).

A - Si la théorie du contrat relationnel a exercé un tel attrait en doctrine au fil des décennies écoulées, c'est principalement parce que ses défenseurs ont mis en avant l'originalité du régime juridique applicable à cette figure contractuelle. Ils démontreraient ainsi l'enjeu pratique de leurs analyses. L'originalité revendiquée résulte en partie d'un stratagème répandu en science, consistant à simplifier ou à tronquer la thèse adverse pour faciliter l'adhésion à la sienne. Le régime découlant de la théorie qualifiée par Macneil de « classique » et « néo-classique » serait l'incarnation d'un droit axiomatique, cédant trop facilement aux charmes de la logique formelle, d'un droit trop statique, véhiculant une conception linéaire du temps, d'un droit trop focalisé sur l'intention des parties, négligeant de ce fait tant les rapports antérieurs que les rapports postérieurs au moment phare qu'est l'échange des consentements, d'un droit trop abstrait, représentant les cocontractants comme des agents rationnels, mus par la recherche de leurs intérêts à court terme, évoluant sur un marché « parfait », sans considération des inégalités concrètes, des

comportements, ni du contexte circonstancié dans lequel le contrat est négocié, conclu, exécuté ou résilié. Ce n'est pas le lieu de retracer une histoire de la théorie du contrat en droit américain (36). On fera simplement observer que des auteurs aussi considérables que Corbin, Fuller ou Llewellyn, pour ne citer qu'eux, ont très largement contribué à moderniser le droit des contrats, bien avant la vogue du contrat relationnel, par exemple, en introduisant le concept de *reliance* - qui met la confiance au cœur de la relation contractuelle, en montrant que la protection du contrat doit être à la mesure de l'exécution qu'il a reçue, en introduisant des standards, telle la bonne foi, laissant place à l'appréciation des comportements, ou en soulignant le poids qu'occupent les normes sociales à côté des normes juridiques.

Toutefois, il ne faudrait pas en conclure que l'originalité revendiquée par les défenseurs de la théorie du contrat relationnel est uniquement le fruit d'un subterfuge. Lorsqu'elles furent émises, certaines des règles proposées étaient effectivement de nature à surmonter des rigidités traditionnelles, par exemple l'obstacle qu'élevait la *pre-existing duty rule* à la modification conventionnelle du contrat (37). L'utilité de la théorie était réelle. Il fallait le souligner tant il peut sembler « assez indécent (...) d'arriver en censeur à la fin de la bataille » (38). Mais la précision étant faite, force est tout de même de reconnaître qu'aux yeux d'un juriste français, le régime applicable au contrat relationnel n'étonnera guère aujourd'hui.

L'ensemble du régime est orienté vers une finalité, certes cohérente avec la notion de contrat relationnel, mais désormais familière en droit français : la préservation de la relation contractuelle. Rien n'est moins surprenant que cette orientation : la reconnaissance de la relation ne pouvait avoir d'autre but que sa valorisation. D'une façon générale, la poursuite de cette fin se traduit par une plus grande souplesse dans la formation du contrat, par une quête affirmée de justice (*fairness*) - tant il est vrai que le maintien de la relation est d'autant mieux assuré que le contrat est équilibré, par la subordination de l'intérêt à court terme à l'intérêt à long terme, et par l'exigence d'une coopération permanente entre les parties. Macneil en vient d'ailleurs à comparer la relation contractuelle à une « minisociété » (39), faisant ainsi écho à une célèbre formule de Demogue visant précisément les contrats dont l'exécution s'étend dans le temps (40). Plus concrètement, mais sans pouvoir entrer ici dans l'exposé détaillé du régime, cette conception se traduit par les principales règles suivantes. Tout d'abord, il est proposé d'assouplir les règles relatives au processus de formation du contrat. L'approche simple et rigide de l'offre et de l'acceptation serait enrichie par la prise en compte de la période précontractuelle. Une place serait ainsi reconnue à ce que nous appelons, en droit français, les avant-contrats. Par ailleurs, les prestations ne seraient pas toutes spécifiées et déterminées avec précision. Le contrat contiendrait des *opens terms*, des clauses ouvertes, telle celle, de plus en plus largement admise en droit français, conférant le pouvoir à l'une des parties de déterminer un prix qu'il est impossible de fixer lors de la conclusion du contrat (41). Ce qui nous amène aux règles relatives à l'exécution du contrat. Cette phase est gouvernée par le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi (42), par une exigence de coopération obligeant, entre autres, à tenir compte de l'intérêt des autres cocontractants, par la nécessité pour le juge d'interpréter le contrat, non pas seulement en fonction de l'intention des parties telle qu'elle est exprimée dans le contrat, mais également en fonction du contexte, des pratiques et des comportements adoptés pendant l'exécution (43). En outre, tout doit être mis en oeuvre pour sauver la relation, soit en prévoyant des clauses de suspension, soit en prévoyant des modifications conventionnelles de plus ou moins grande ampleur (clause d'indexation, clause d'adaptation, clause de renégociation), soit en invitant les parties à renégocier le contrat, soit en favorisant la médiation et la conciliation, autant de règles et de dispositifs qui ne sont en rien inconnus des juristes français (44). Enfin, et toujours conformément à la finalité poursuivie, les ruptures (résiliation ou non-renouvellement de contrat) seraient plus étroitement contrôlées, en tenant compte en particulier, d'une part, de l'existence d'investissements spécifiques qui risqueraient d'être définitivement perdus (*sunk costs*) du fait de la cessation de la relation, d'autre part, des conséquences de la rupture sur les tiers intéressés à la relation contractuelle (45). Autant d'éléments que les tribunaux français prennent déjà en considération, notamment dans les contrats de distribution. Finalement, la seule règle d'importance qui n'est pas consacrée en droit français (46) est celle visant à conférer au juge le pouvoir de réviser le contrat de façon à ce que le poids des pertes causées par un changement inattendu de circonstances soit plus justement réparti entre les parties (47). Mais, comme chacun sait, c'est une évolution du droit positif souhaitée depuis longtemps par plusieurs auteurs français (48). Ce qui conduit à se demander si le contrat relationnel est un détour indispensable.

B - L'application du régime rattaché au contrat relationnel est-elle conditionnée par la reconnaissance de cette notion ? Pour celles des règles qui sont déjà applicables en droit français, la réponse négative va de soi. Si bien que la notion de contrat relationnel apparaît comme un embarras inutile. Il est vrai pourtant que cette opinion pourrait être doublement contestée. Une première objection consisterait à soutenir que, en reconnaissant le contrat relationnel, un régime spécifique serait appliqué qui contribuerait à une meilleure délimitation, ainsi qu'à une meilleure systématisation des solutions actuellement en vigueur en droit français. Mais l'objection ne tient pas pour deux raisons : d'une part, parce que les contours de la notion de contrat relationnel sont si flous qu'aucun domaine d'application ne peut être correctement délimité, d'autre part, parce que d'autres justifications à la plupart de ces règles ont été apportées par la doctrine française, dont il est permis de penser qu'elles sont plus pertinentes. L'on songe notamment à la prise en compte de la durée dans les contrats (49), donnée objective à même d'éclairer et de justifier les évolutions modernes du droit français des contrats (50) ou, dans le prolongement de cette analyse, à la conceptualisation du « contrat-organisation » dans lequel les intérêts sont structurellement convergents et la coopération naturellement favorisée

(51). Une seconde objection consisterait à soutenir que, en reconnaissant le contrat relationnel, un régime spécifique serait appliqué qui conforterait la tendance du droit français à promouvoir la pérennité du contrat (52). Cette conséquence n'est certes pas exclue. Il reste que nous ne voyons absolument pas en quoi le seul fait de souligner la dimension relationnelle du contrat justifie la promotion de son maintien. Après tout, la solution contraire peut être défendue : c'est bien parce que le contrat n'est pas seulement un échange mais une relation entre plusieurs personnes que la mésentente (suffisamment grave) est susceptible de justifier la rupture. De surcroît, il ne faudrait pas perdre de vue que les contrats sont conclus et exécutés dans le cadre d'une économie de marché concurrentielle qui ne favorise pas par nature la pérennité contractuelle. Au contraire, les impératifs découlant du jeu de la concurrence imposent de maintenir par principe une liberté de rompre les relations contractuelles.

Pour les règles qui ne sont pas consacrées par le droit français, c'est-à-dire essentiellement la révision judiciaire du contrat en cas de déséquilibre consécutif à un changement imprévu de circonstances, la reconnaissance du contrat relationnel ne paraît pas non plus nécessaire à leur réception. La réponse est *a priori* moins évidente tant la révision judiciaire semble adaptée à ce type de contrat (53). Néanmoins, le rejet s'impose et le Doyen Carbonnier en a déjà indiqué la raison : « si la Cour de cassation avait jugé de bonne politique d'admettre [la théorie de l'imprévision], elle n'aurait eu que l'embarras du choix quant aux moyens » (54). Aujourd'hui, le choix politique de la Cour de cassation s'explique peut-être par l'adhésion à une certaine conception du contrat et de sa force obligatoire. Mais, il s'explique plus sûrement encore par les difficultés de mise en oeuvre du pouvoir de révision. Or, de ce point de vue, la théorie du contrat relationnel n'est d'aucun secours. Premièrement, tous les contrats étant relationnels, cette notion ne constituerait qu'une limite illusoire au domaine de la révision judiciaire. Deuxièmement, le recours au contrat relationnel ne donnerait au juge aucune compétence et aucune information supplémentaires par rapport à celles dont disposent les cocontractants, et ce alors que l'une et l'autre font souvent défaut (55) et que, par hypothèse, le juge est censé fixer un nouvel équilibre contractuel pour une durée relativement longue. En somme, l'admission en droit français d'un pouvoir de révision judiciaire ne peut rien devoir au contrat relationnel. Et puisque les autres règles composant le régime du contrat relationnel ont aujourd'hui perdu leur originalité, il s'ensuit que la réception de cette notion en droit français est, nous semble-t-il, dénuée d'intérêt pratique.

Cette conclusion, à l'apparence négative, ne doit pas décevoir. Car le regard porté sur le contrat relationnel aura tout de même permis d'éclairer, sous un jour nouveau, les évolutions contemporaines du droit français des contrats, donc d'en parfaire la connaissance.

(1) Au terme d'une recherche effectuée sur Westlaw tant parmi les arrêts des juridictions fédérales que des arrêts des juridictions des Etats fédérés, seules les décisions suivantes méritent, selon nous, d'être signalées : *Baldwin Piano, Inc. v. Deutsche Wurlitzer GmbH*, 392 F.3d 881 (2004), spéc., p. 885 (évoquant l'étendue du pouvoir de résiliation unilatérale lorsque le contrat est un contrat de distribution ou lorsqu'il est le support d'une intégration verticale) ; *Grumman Allied Industries v. Rohr Industries*, 748 F.2d 729 (1984), spéc., p. 733 s. (évoquant la méthode d'interprétation « contextualisée » d'un contrat) ; *McGinnis v. Cayton*, 312 S.E.2d 765 (1984), spéc., p. 773 (sur la nécessité d'adapter les contrats à long terme devenus manifestement injustes) ; *R.S. & V. Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 917 F.2d 348 (1990), spéc., p. 352 et s. (à propos d'un refus de renouvellement du contrat).

(2) I. R. Macneil, *Relational Contract Theory : Challenges and Queries*, (2000) 94 Nw. U. L. Rev. 877, spéc., p. 879.

(3) *Ibid.*, p. 901 (l'auteur a conscience des limites de son affirmation, qui ne se rapporte qu'à la dimension descriptive de son oeuvre).

(4) Sur le phénomène, son ampleur, ses causes et ses conséquences, V. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 287 s.

(5) G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State U. P., 1974.

(6) Son rapporteur était feu E. A. Farnsworth.

(7) V. *infra*, II, A.

(8) G. Rouhette, Compte-rendu de Ian R. Macneil, *The New Social Contract*, JDI 1983, p. 960.

(9) V., par exemple, M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, 2004, n° 74 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2e éd., Defrénois, 2005, n° 428 ; C. Boismain, *Les contrats relationnels*, thèse, Nantes, 2004 ; H. Bouthinon-Dumas, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, RIDE 2001, p. 339 ; H. Muir Watt, *Du contrat « relationnel »*. Réponse à François Ost, in *La relativité du contrat*, TAHC, LGDJ, 2000, p. 169 ; J. Rochfeld, *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47, spéc., p. 60 s.

(10) En réalité, la définition du « contrat » adoptée par Macneil est si large que sa théorie s'applique à des rapports que l'on hésiterait à qualifier de contractuels, tels les rapports familiaux.

(11) I. R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, (1974) 47 South. Calif. L. Rev. 691, spéc., p. 737.

(12) *Ibid.*, p. 738 s. (tableau récapitulatif).

- (13) C. J. Goetz et R. E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, (1981) 67 Va. L. Rev. 1089, spéc., p. 1091.
- (14) V. sur ce point, l'exemple donné par M. A. Eisenberg, *Why There is No Law of Relational Contracts*, (2000) 94 Nw. U. L. Rev. 805, spéc., p. 815 et s.
- (15) V. par exemple, R. E. Speidel, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, (2000) 94 Nw. U. L. Rev. 823, spéc., p. 828.
- (16) V. *infra*, II, B.
- (17) Rappr. J. Carbonnier, *Les obligations*, 22e éd., PUF, coll. Thémis, 2000, n° 141.
- (18) V. M. A. Eisenberg, art. préc., p. 815.
- (19) V. par exemple, sans ambiguïté, I. R. Macneil, *Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, (1978) 72 Nw. U. L. Rev. 854, spéc., p. 856 s. ; du même auteur, *The New Social Contract*, New Haven, Yale U. P., 1980, p. 11.
- (20) V. également, H. Muir Watt, art. préc., p. 172 et la note 9.
- (21) V. dans le même sens, M. A. Eisenberg, art. préc., p. 817 (« (...) relational contracts and contracts are virtually one and the same »).
- (22) V. par exemple, E. A. Farnsworth, *Contracts*, 4th ed., New York, Aspen Publishers, 2004, n° 1.1.
- (23) R. Libchaber, *Réflexions sur les effets du contrat*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p. 211, spéc., p. 231.
- (24) V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 124.
- (25) P. Ancel, *Contrat de fait et comportements sociaux typiques*, RDC 2004, p. 1087, spéc., p. 1089. V. également, G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, n° 5, p. 60 s.
- (26) V. de manière plus générale sur l'incidence des comportements et des pratiques, B. Fages, *Le comportement du contractant*, préface J. Mestre, PUAM, 1997. V. également l'art. 1139-3 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, qui consacre la jurisprudence actuelle.
- (27) V. le commentaire de la loi NRE du 15 mai 2001 par J. Rochfeld, RTD civ. 2001, p. 671, spéc. p. 676 s.
- (28) Comp. P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771, et, en réponse, R. Libchaber, art. préc., p. 215 s. et p. 220 : « le contrat est l'acte créateur d'effets juridiques obligatoires, et il n'est que cela ».
- (29) V. par exemple ce qui a été dit de l'effet du silence sur la conclusion d'un contrat entre parties ayant des relations antérieures.
- (30) Par exemple, le terme affectant l'obligation.
- (31) G. Rouhette, thèse préc., n° 185, p. 568 s.
- (32) C. Jamin, *Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés*, D. 2005, Chron. p. 2342, spéc., p. 2343. Dans le même sens, E. A. Posner, *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*, (2000) 94 Nw. U. L. Rev. 749.
- (33) V. déjà, en France, G. Rouhette, thèse préc., n° 222, p. 633 ; et plus récemment, C. Jamin, *Pour en finir avec la formation du contrat !*, Petites affiches, 6 mai 1998, p. 25 (qui, il est vrai, cite Macneil).
- (34) V. par exemple, R. E. Scott et G. G. Triantis, *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design (October 2005)*. University of Virginia John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series. Working Paper 23, <http://law.bepress.com/uvalwps/olin/art23>
- (35) V. M. A. Eisenberg, art. préc., p. 810 s.
- (36) Pour plus d'indications, V. par exemple, E. A. Farnsworth, *Contracts Scholarship in the Age of the Anthology*, (1987) 85 Mich. L. Rev. 1406.
- (37) V. par exemple, E. A. Farnsworth, *Contracts*, *op. cit.*, n° 4.21. Cela dit, des tempéraments apparaissent déjà en droit positif.
- (38) H. Muir Watt, art. préc., p. 177.
- (39) I. R. Macneil, *Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, *op. cit.*, p. 901 : « at this point, the relation has become a minisociety with a vast array of norms beyond the norms centered on exchange and its immediate processes ».
- (40) Sur le sens et la portée des propos de Demogue, V. C. Jamin, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 7, spéc., p. 12.
- (41) V. par exemple, R. E. Speidel, art. préc., p. 828 s.
- (42) V. M. A. Eisenberg, art. préc., p. 817 et 818.
- (43) Sur cette méthode d'interprétation, V. les sévères critiques de E. A. Posner, art. préc., p. 754 s.
- (44) V. en dernier lieu, R. Libchaber, art. préc., p. 227 s.
- (45) V. par exemple, R. E. Speidel, art. préc., p. 830 s.
- (46) V. en dernier lieu, L. Aynès, *L'imprévision en droit privé*, RJ com. 2005, p. 397, spéc., p. 403 s.
- (47) V. par exemple, R. A. Hillman, *Contract Excuse and Bankruptcy*, (1990) 43 Stan. L. Rev. 99, spéc., p. 133 ; du même auteur, insistant sur le caractère relationnel du contrat, *Court Adjustment of Long-Term Contracts : An Analysis Under Modern Contract Law*, (1987) Duke L.J. 1, spéc., p. 4 s.
- (48) V. par exemple, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949, n° 87 s., p. 154 s. (et spéc., p. 156 pour la règle dont l'auteur suggère l'introduction en droit positif).
- (49) V. J. Rochfeld, art. préc., p. 60 s. (qui certes évoque le contrat relationnel, mais pour conforter une analyse centrée sur la durée).
- (50) V. R. Libchaber, art. préc., p. 225 s. (qui montre le rôle de premier plan que joue aujourd'hui la durée dans le régime du contrat, qu'il s'agisse des règles de droit commun ou des règles spéciales).
- (51) V. P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 635, spéc. p. 636.
- (52) Sur cette tendance, mise au jour par la doctrine dès le début des années 1960, V. par exemple, A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, préface C. Thibierge, LGDJ, 2005 ; M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préface J. Mestre, PUAM, 1996.
- (53) V. en ce sens, H. Bouthinon-Dumas, art. préc., p. 360 s.
- (54) J. Carbonnier, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 150.
- (55) Sur les limites de la compétence technique des juges, V. E. A. Posner, art. préc., p. 754 et 758. *Addé*, plus généralement, M.-A. Frison-Roche, *Vers un gouvernement économique des juges*, Commentaire 2005, p. 631, spéc., p. 636

Marie-Anne Frison Roche, Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11e forum de la régulation, Petites affiches, 03 mai 2005 n° 87, P. 3

Le 11^e Forum de la régulation s'est tenu à Sciences Po le lundi 10 janvier 2005. Il a été l'occasion de formuler les interrogations engendrées par la place nouvelle que les mécanismes contractuels ont pris dans les secteurs régulés, et de dessiner quelques réponses.

Traditionnellement, la régulation des secteurs qui le requièrent s'opère sur un mode unilatéral. Le pouvoir gouvernemental a certes été transféré à des régulateurs indépendants, modifiant ainsi la source institutionnelle et politique des décisions de régulation, mais la forme de celles-ci demeure, puisqu'il s'agit toujours de décisions, générales ou individuelles, qui dessinent les conditions de l'action des opérateurs. Le pouvoir de sanction qu'exercent désormais tous les régulateurs s'opère sur ce même mode d'unilatéralité, cet aval de la réprimande faisant miroir à l'amont de l'autorisation.

Pourtant et désormais, les contrats sont partout. Cela résulte de la convergence de deux mouvements. D'un côté, la libéralisation, qui a accompagné la mise en place des régulations, renvoie les opérateurs en concurrence à l'ordinaire de l'activité économique, ordinaire qui prend la forme de contrat [\[1\]](#). De l'autre côté, les nouveaux modes de l'action publique par lesquels les détenteurs d'autorité recherchent le consentement de ceux qui doivent observer les règles, ce qui emprunte à la figure du contrat [\[2\]](#).

À travers cet apparent triomphe, une première difficulté vient de ce que l'on désigne du même nom des contrats au sens strict, avec le régime juridique associé, et ce qui n'est qu'une façon de désigner un mode consensuel d'élaboration des règles, sans que l'on glisse pour autant dans le droit des contrats et une force obligatoire issue de l'échange des consentements. Une seconde difficulté, plus paradoxale, reprend une distinction usuelle, peut-être constitutive, du droit de la régulation, entre le régulateur et l'opérateur : il apparaît que là où le contrat semble le plus étranger, c'est-à-dire dans l'action du régulateur, les difficultés pratiques et conceptuelles sont moindres que celles qui se rencontrent dans les contrats en apparence plus ordinaires et plus usuels faits par les opérateurs. Comment et pourquoi ?

Avant d'opérer la synthèse des précieuses contributions des orateurs, une première analyse est ici proposée, montrant que l'action du régulateur s'infléchit sans se dénaturer lorsqu'il associe davantage les opérateurs dans la conception des règles générales, voire dans des décisions individuelles, alors que les contrats au sens technique passés par les opérateurs sont parfois si contraints, non seulement économiquement mais encore et surtout parce qu'ils ne sont que le mode de concrétisation de prérogatives légales, notamment des droits d'accès, qu'en est dénaturé l'ordinaire du contrat.

I. Les contrats des régulateurs, adaptation de la régulation à la puissance des opérateurs

Les moyens juridiques par lesquels la régulation s'opère sont requis et utilisés pour leur efficacité et dans une relative indifférence de leur nature juridique propre [\[3\]](#). Un

engagement bilatéral entre un régulateur et des opérateurs est fondé dès l'instant et du seul fait qu'il satisfait plus sûrement et à moindre coût les finalités de la régulation. Ce pragmatisme ne doit pas masquer une question de principe : lorsque le régulateur a les moyens d'édicter une règle sans l'accord des opérateurs, doit-il demeurer dans cet unilatéralisme, parce que celui-ci serait adéquat à la régulation, ou bien doit-il, même dans ce cas, partager son pouvoir (corégulation), voire laisser son pouvoir aux opérateurs (autorégulation), ces deux modes prenant la forme de la contractualisation ?

La réponse dépendra de la conception politique que l'on a de la régulation. Elle n'exclut pas le pragmatisme : ainsi, si l'unilatéralisme n'a pas les moyens concrets de s'exercer efficacement, autant arriver à quelque chose par négociation plutôt qu'à rien, de la même façon que lorsque les conflits d'intérêts entravent l'autorégulation, la régulation publique traditionnelle doit reprendre le pas. Il demeure que s'exprime une préférence pour ce qui devrait être l'ordinaire de la régulation, unilatérale ou bilatérale.

A. La coïncidence de la régulation avec l'unilatéralisme

L'unilatéral paraît à première vue mieux convenir, si l'on estime que le régulateur _ ici au sens large de celui qui pose les règles _ doit imposer une conception globale et cohérente. L'unilatéral qui permet au titulaire du pouvoir de décider seul, ce qui n'exclut pas les discussions ou les consultations, mais qui conduit les destinataires à finalement s'incliner, l'obéissance étant alors le degré zéro de l'action, s'impose d'autant plus que l'intérêt poursuivi par le régulateur, pour la satisfaction duquel il a été établi, est distinct de l'intérêt des destinataires. Dès lors, donner aux normes une source bilatérale reviendrait à importer un conflit d'intérêts au sein même des décisions de régulation.

Certes, cet unilatéral infligé aux opérateurs rend les rapports plus tendus, puisque plus distants, entre régulateurs et opérateurs, ce qui est d'autant plus dommageable qu'on soutient aisément qu'une des seules voies par laquelle le régulateur indépendant rend des comptes, s'exprime par le degré de satisfaction des opérateurs au regard des effets heureux de sa régulation ^[4]. Cela est notamment souligné pour les télécommunications, dans lesquelles on peut voir un opérateur publier un **rating** comparé des régulateurs nationaux. Mais la Securities Exchange Commission faisait remarquer que les protestations véhémentes des intermédiaires financiers à la perspective de nouvelles règles de protection des investisseurs était un indice de la bonne voie dans laquelle se dirigeait le régulateur. Ainsi, lorsque l'intérêt dont le régulateur a la charge ne coïncide pas avec l'intérêt des opérateurs, le contentement de ceux-ci est une source d'inquiétude sur l'efficacité de la régulation, efficacité définie comme la coïncidence entre la fin recherchée, que le législateur a fixée, et le résultat obtenu.

On devrait donc pouvoir s'en tenir à cette idée selon laquelle l'action du régulateur s'exerce sur un mode unilatéral, éclairé par les opérateurs mais sans partage du pouvoir de décision, parce qu'effectivement l'intérêt du secteur, dont le régulateur a au minimum la charge ^[5], ne se retrouve pas dans la seule somme de l'intérêt des opérateurs. Pour concevoir les choses autrement, il faudrait organiser un ajustement des différentes volontés, un modèle contractuel donc, dans lequel chaque intérêt spécifique pourrait trouver à s'exprimer à travers une des « parties » à la négociation globale, la tension entre ces différents intérêts permettant d'obtenir un équilibre, grâce à la violence des discussions équilibrées (la violence des négociations contractuelles renvoyant alors à la violence organisée du marché). Concrètement, la difficulté vient principalement de la prise en charge de l'intérêt des consommateurs, ce qui suppose sociologiquement des organisations de consommateurs fortes pour entrer dans un dialogue tendu _ les négociations de type précontractuel étant donc construites sur cet affrontement d'intérêts dissemblables _ avec les opérateurs et les régulateurs. La France y est-elle prête ?

B. La contractualisation de l'adoption des règles générales

De toutes les façons, même si le modèle contractuel présente un risque quant aux intérêts dont la considération sera prise et quant à la cohérence des règles ainsi élaborées, il peut arriver que l'on n'ait pas les moyens de l'édiction de normes unilatérales _ générales ou particulières _ adoptées en amont pour prescrire des comportements ou en aval par le rappel à l'ordre de la sanction. Dans un tel cas, mieux vaut le bilatéral de règles fixées ensemble ou de choix laissés aux opérateurs plutôt que l'édiction de normes ineffectives, laissées pour mortes à peine édictées. Lorsque le régulateur n'a pas les moyens d'un unilatéral rationnel, il faut bien qu'il passe contrat.

Cette faiblesse du régulateur tient le plus souvent à l'asymétrie d'information qui fait que le régulateur, qui a toujours le pouvoir d'ordonner, ne sait pourtant pas quoi ordonner, ou ordonne à côté. C'est pourquoi les différents travaux britanniques pour une « meilleure régulation » ^[6], et la reprise du même thème par le Better Regulation Group européen, prennent d'abord acte des échecs de la régulation unilatérale pour mieux concevoir d'y faire entrer les opérateurs ^[7], visant à satisfaire les entreprises dans une régulation la moins lourde possible et la plus participative possible ^[8], et à bénéficier de l'expertise même des destinataires ^[9]. Dès lors, il faut bien que le régulateur se rapproche des destinataires.

Le régulateur pourra tout d'abord intégrer à part égale les destinataires dans l'élaboration de la règle qui devient alors leur chose commune, ce à quoi renvoie l'idée d'une corégulation ^[10], éliminant non seulement la distance entre régulateur et régulés, ce qui est bien, mais encore la différence de nature entre eux, ce qui est plus problématique. Le régulateur peut ensuite donner aux opérateurs le choix de leur

action, du mode de calcul des prix ou des stratégies d'alliance. Ce qui est alors désigné comme un « contrat de régulation » ^[11] est davantage une part laissée aux opérateurs dans la construction concrète du dispositif, ce qui rapproche la régulation des modes de contractualisation des politiques publiques ^[12] et qui renvoie à la « régulation privée participative » ^[13].

C. La contractualisation de l'adoption des règles individuelles

De la même façon, l'adoption des normes individuelles se contractualise, en amont et en aval. En amont, la bilatéralisation s'exerce d'une façon masquée, c'est-à-dire qu'à l'occasion de la demande d'agrément ou de la demande d'autorisation sur une opération, une négociation permet en zone grise d'ajuster la demande, de sorte que dans le temps ultérieur de la demande formelle, le projet ou la structure soit conforme à un modèle en réalité arrêté en commun avec le régulateur. Cela est de fait aussi vrai dans les agréments bancaires que dans les autorisations d'offre publique sur le marché boursier.

La méthode n'est d'ailleurs pas honteuse et le droit a tendance à reconnaître cette phase pour mieux l'organiser, par exemple lorsque les textes précisent et assouplissent les délais de négociation dans le contrôle des concentrations ^[14].

Lorsque la décision individuelle est prise **ex post**, elle prend la forme unilatérale d'un jugement qui tranche un différend ou d'une décision de sanction. Là encore, l'unilatéralisme semble consubstantiel tant il ne rime à rien de solliciter l'avis et le consentement du perdant et du condamné, mais il peut s'effacer pour satisfaire l'efficacité, notamment lorsque l'effet recherché par la sanction est anéanti par le temps procéduralement requis pour l'adopter. La transaction à laquelle pourrait procéder l'Autorité des marchés financiers, avec ses défenseurs et ses détracteurs, exprime cette solution nouvelle, dont on peut retrouver aussi des traces dans les nouvelles formes d'injonctions adoptées par les régulateurs, ordre unilatéral par définition, mais qui rencontrent aujourd'hui des engagements pris par les opérateurs ^[15].

Apparaît alors une distinction forte entre cette contractualisation **ex post** de la régulation, consistant à offrir la perspective de sanction à la négociation, et la contractualisation **ex ante**, à travers un ajustement dans l'adoption de la règle même. En effet, contrairement à ce dernier cas où le contrat n'est qu'une image, la transaction est véritablement un objet juridique, même s'il est vrai que, conclue directement avec le régulateur, et sans doute en son sein avec l'organe qui exerce le pouvoir d'ouvrir la procédure davantage qu'avec l'organe qui a l'aptitude à condamner, la transaction s'apparente davantage à une composition pénale qu'à une transaction telle que l'entend le Code civil. Elle pourra d'ailleurs acquérir nature juridictionnelle si elle a les honneurs d'une homologation judiciaire. Il est en tout cas acquis que la contractualisation de la sanction produit des actes juridiquement contraignants pour ceux qui les ont faites, le régulateur qui renonce à poursuivre, l'opérateur poursuivi qui doit effectivement payer, voire rendre des comptes sur le comportement qu'à l'avenir il s'est engagé à adopter.

D. Le contrat, une image pour illustrer une régulation en mode rapproché

D'une façon plus générale et pour conclure sur cette première perspective des contrats des régulateurs, qu'en est-il de ce qui est désigné comme la contractualisation dans l'adoption des règles ? Si l'on recherche la référence explicative, il s'agit davantage d'une utilisation de la théorie des jeux que d'une référence proprement juridique ^[16], ce qui conduit à douter de la nature juridique de ces jeux entre le régulateur et les opérateurs, relevant alors davantage de la science administrative et de la sociologie que du droit. Nous sommes dans le simple monde des promesses, le régulateur pouvant changer la règle et l'opérateur ne s'engageant pas vraiment lorsqu'il se contente de choisir un mode de tarif plutôt qu'un autre. La référence faite au contrat n'est alors qu'une façon de parler, d'évoquer une certaine façon d'intégrer les destinataires et leur intérêt propre dans l'élaboration de la règle, ou de permettre à ceux-ci d'exercer un pouvoir de décision et de choix lors de la mise en oeuvre de la règle.

La régulation est ainsi souple « comme » peut l'être un contrat, elle n'en est pas pour autant un. Il est vrai que la tunique de Nessus du vocabulaire juridique qu'on emprunte pour mieux se faire comprendre, par image, prend vite celui qui l'utilise au piège à la normativité du vocabulaire juridique. Ainsi, au fil du temps, les « contrats de plan » ont pris une force juridique de plus en plus forte, renvoyant désormais à la force obligatoire traditionnelle ^[17]. Peut-être un même sort guette-t-il cette façon rapprochée d'édicter la règle.

II. Les contrats des opérateurs, signe de la libéralisation

Paradoxalement, c'est à propos des contrats des opérateurs que l'on peut exprimer davantage de réserve. En effet, les opérateurs passent des contrats entre eux, de fourniture ou de transport, et à l'égard du consommateur. Depuis longtemps, les contrats entre le fournisseur, fût-il public, et le consommateur usuel, ont été renvoyés dans l'ordinaire du contrat de droit privé, et plus la régulation réussira à construire une concurrence mature, plus les contrats usuels suffiront, appuyés sur les simples garde-fous contre les utilisations abusives des pouvoirs de marché.

Mais, soit parce que les lendemains concurrentiels se contentent de chanter, soit parce que le secteur en cause est définitivement régulé, ce retour à l'ordinaire ne s'opère pas si facilement, même potentiellement. En effet, si l'on reprend la conception traditionnelle d'un contrat qui suffit à produire sa commutativité économique, en reflet du marché concurrentiel qui atteint cet équilibre par la même tension entre intérêts opposés, il faut que chaque partie ait le pouvoir effectif de ne

pas contracter, ce qui lui ouvre des marges de négociation, et qu'elle ait les moyens d'insérer dans l'accord des clauses favorables notamment parce qu'elle aura eu les informations requises pour les suggérer. Dans les secteurs régulés, nous sommes souvent très loin de ce modèle ⁽¹⁸⁾.

A. Les contrats obligés, modes de concrétisation des prérogatives légales

Cela est particulièrement vrai pour le cœur de la régulation, à savoir l'accès au réseau, dans lequel l'équilibre ne peut que difficilement résulter d'une quelconque négociation. Cela est vrai des deux côtés, aussi bien du côté de celui qui doit avoir accès à cette facilité essentielle, que du côté du gestionnaire de réseau qui doit satisfaire le droit d'accès des opérateurs. Pourquoi est-ce une situation spécifique par rapport à toutes les situations contractuelles dans lesquelles l'un est économiquement contraint à s'adapter aux conditions conçues par la partie puissante?

La singularité et la difficulté viennent de ce que le contrat n'est ici qu'un mode de concrétisation d'une prérogative juridique, puisque c'est de la loi que les opérateurs tiennent leur droit d'accès ⁽¹⁹⁾. Or il n'est pas usuel que les concrétisations d'une prérogative légale prennent la forme d'un contrat librement négocié, les parties étant enfermées dans un rapport contractuel dont aucun ne peut s'échapper. Le régulateur doit nécessairement veiller à ces contrats, aussi bien du côté du gestionnaire de réseau rendu puissant par la détention de l'infrastructure mais entravé par le droit d'accès de son interlocuteur, que du côté de l'opérateur, fort de cette prérogative mais peu en position de négocier. On retrouve alors la structure contractuelle à trois, décrite par le doyen Carbonnier, la triade étant composée des deux parties et de l'État, ici sous la forme du régulateur.

Même si l'on demeure dans l'enceinte du rapport contractuel, lorsque celui-ci n'est que la forme d'effectivité d'une prérogative légale, notamment le droit d'accès, le gestionnaire de l'infrastructure essentielle n'est pas seulement la partie la plus puissante, elle est encore la partie chargée de l'efficacité du système. On peut le dire aussi bien des gestionnaires de réseaux de transport que des entreprises de marché d'instruments financiers. Dès lors, on décèle dans la formulation contractuelle l'expression d'une tâche du gestionnaire qui s'apparente à celle d'un régulateur de second rang, surveillé par le régulateur de premier rang qu'est l'autorité administrative indépendante, en rapport avec un usager dont les droits doivent être concrétisés mais à l'encontre desquels le gestionnaire du réseau peut exiger des garanties, pouvoir que lui a donné à son tour la loi. Le schéma du contrat ordinaire cadre mal, parce que la régulation s'en mêle, au point que certains ont pu voir dans les contrats passés par les entreprises de marché pour organiser l'accès au marché des émetteurs n'étaient que de l'unilatéral, renvoyant à l'idée de mise en oeuvre d'un service public, de l'unilatéral certes accepté, et non pas du véritablement contractuel ⁽²⁰⁾.

Ainsi, ce genre d'accord, qui n'est qu'un mode plus souple de concrétisation des prérogatives, éloigne le contrat des notions de liberté et de pouvoir qui lui sont plus proches et appartient davantage à la culture de la régulation qu'à la culture du contrat. Sans doute les deux sont conciliables, mais le contrat demeure un instrument de la régulation, se construit en tant que tel, et cela même au-delà de l'hypothèse du contrat d'accès au réseau.

Prenons l'exemple du secteur énergétique, secteur intéressant en tant qu'il fait coexister des contrats libres (avec les clients « éligibles » ⁽²¹⁾) et des contrats contraints (avec les clients « non-éligibles ») dont les termes et notamment le prix, sont préalablement fixés. Lorsqu'il apparaît que le client éligible n'a pas de droit acquis, il ne peut plus trouver refuge dans un contrat réglementé, mais le régulateur, soucieux ne de pas l'abandonner à une liberté contractuelle dont il n'aurait pas la force de profiter, a obtenu que, lorsque les conditions de concurrence sont trop faibles, les contrats « libres » reproduisent les mêmes clauses que celles contenues dans les contrats réglementés ⁽²²⁾. Ainsi, les contrats libres miment les contrats réglementés, et le régulateur veille toujours.

Ce cas se retrouvera à chaque fois que le législateur donne une prérogative juridique dont la concrétisation la plus efficace prend la forme d'un contrat, qui ne peut être qu'un espace de liberté surveillée par le législateur, dès l'instant que l'équilibre spontané d'une égale puissance entre contractants fait défaut. Ainsi, en sera-t-il des contrats qui donnent désormais vie au « droit au service bancaire », ou à ceux qui concrétisent le droit d'accès des investisseurs aux marchés financiers ⁽²³⁾.

Peut-on laisser plus au contrat de droit commun même dans de telles situations de contraintes, de monopoles naturels et d'asymétrie d'information ? Il faut alors ajouter plus à l'ordinaire contractuel.

B. Le contrat au-delà de l'intérêt des parties et l'hypothèse de l'autorégulation

Si les intérêts des parties sont divergents, comme ils le sont d'ordinaire dans le rapport contractuel, il faut que la personne puissante dépasse le souci d'elle-même pour prendre en charge l'intérêt de l'autre, voire l'intérêt du secteur. La vraisemblance de l'assertion dépend du crédit que l'on peut faire à l'autorégulation, lorsqu'il tisse un lien avec la morale ou l'intérêt que l'on peut avoir à protéger l'intérêt d'autrui, notamment pour établir la confiance nécessaire à une relation pérenne ⁽²⁴⁾.

Ce souci peut renvoyer à une conception stoïque de l'action, à travers notamment l'idée que les entreprises se définissent elles-mêmes comme « socialement responsables », se hissant à l'action désintéressée que l'on attribue d'ordinaire aux États ⁽²⁵⁾. Il peut encore être le fruit d'un calcul dont la caractéristique est qu'il se

déploie sur un plus long terme que dans l'échange de l'instant, les conflits d'intérêts pouvant être contractuellement gérés si cela est le gage d'un développement pérenne du secteur, moyen d'enrichissement des opérateurs. On évoque alors l'intérêt « bien compris ». Encore faut-il que, comme en finance, les opérateurs puissants aient intérêt à ce déploiement du secteur, cela est moins net lorsqu'il s'agit d'un secteur d'industrie de réseau libéralisé, dans lequel l'opérateur puissant n'a pas intérêt au développement de la concurrence qui diminue sa position.

Pourtant, même dans les secteurs bancaires et financiers, les contractants sont de moins en moins laissés à eux-mêmes, les contrats se construisent en référence à des lignes générales extérieures. Certes, les opérateurs peuvent prétendre intervenir à ce niveau là aussi, par exemple en élaborant des chartes ou en adoptant des codes privés ⁽²⁶⁾. De nouveau, la référence qui peut être faite au contrat n'est qu'une évocation d'une adhésion de tous à des règles communes ⁽²⁷⁾, comme dans l'hypothèse d'un marché autorégulé ⁽²⁸⁾, sauf si les parties à chacun des contrats reprennent à leur compte les dispositions des codes privés, ce qui les contractualisent au sens technique.

Le contractuel se conjugue alors avec une autodiscipline, la source des dispositions étant ainsi unifiée, les professionnels faisant à la fois les contrats et les règles à l'aune desquels ceux-ci se construisent. Il y a ainsi internalisation sur le modèle du contrat, laquelle suppose à la fois la transparence ⁽²⁹⁾ et un sens de l'impartialité qui dépasse les conflits d'intérêts. Si ces conditions, la première de nature procédurale, la seconde de nature morale, viennent à manquer, la régulation publique retrouve son tranchant ⁽³⁰⁾.

Synthèse du Forum de la régulation

La première perspective ouverte fut économique, à travers la présentation qu'Anne Perrot, professeur d'économie à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et vice-présidente du Conseil de la concurrence, articula sur le thème « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques : point de vue d'un économiste ». Pour introduire le thème, l'oratrice a montré le souci que des secteurs particuliers, comme celui de l'assurance, ont toujours eu du contrat et de sa capacité à engendrer un marché, ici celui de l'incertitude et de la protection contre les vicissitudes de l'avenir, ainsi que des défaillances de la simple convention, à travers la théorie des contrats incomplets.

Abordant plus directement la régulation des secteurs et montrant que désormais on utilise le contrat à des fins plus ambitieuses que cette lutte contre l'incertitude, Anne Perrot a montré que le contrat est l'instrument adéquat lorsque la question de l'information est cruciale et s'avère très difficile à extraire. Il devient alors pertinent de laisser aux opérateurs le choix de leur organisation, voire du mode de tarification (par exemple entre le **cost plus** et le **price cap**), car par leur option même dans une sorte de convention avec le régulateur, ils révèlent ainsi à celui-ci leur structure et leurs projets cachés.

Enfin, Anne Perrot a montré qu'on peut aller plus loin dans la régulation par choix et engagement des opérateurs. Elle a développé l'exemple de la régulation de l'eau en Grande-Bretagne. Dans ce secteur tenu par des monopoles locaux, les contrats sont des substituts de la concurrence, laquelle demeure l'idéal, notamment parce que ces conventions contiennent des « clauses de performance comparative » qui obligent les opérateurs à se comparer les uns aux autres, émulation dynamique construite ainsi par contrat et mimant le mécanisme concurrentiel. Lorsqu'en 1998, une fusion entre trois entreprises a été envisagée, le régulateur (l'Ofwat) a regretté la perte ainsi subie dans l'émission d'information.

Après ce large tour d'horizon parfaitement clair mené par Anne Perrot, une toute autre perspective a été prise, celle de la science politique. Jacques Chevallier, professeur de droit public à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), reprend sous cet angle le thème, à travers « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques : point de vue d'un juriste ». La perspective retenue a été tout d'abord celle de cette prétention à organiser un ordre collectif pour le seul usage du contrat, ce qui renvoie à l'autorégulation et à son aptitude à passer du singulier au général, de l'intérêt particulier à l'intérêt de tous. L'orateur a estimé que la régulation ne pouvait être réduite à cet univers contractuel, parce qu'il lui faut un lieu, à travers une institution et un tiers, ce qui renvoie à la figure d'un État. Mais, a poursuivi Jacques Chevallier, cet État régulateur est aujourd'hui un État « modeste », dans lequel la loi n'a plus la place première.

S'instaure alors la régulation des contrats, la régulation par le contrat et la régulation contractualisée. Dans la première perspective, la régulation enrichit le soubassement contractuel, le régulateur veillant à la protection des autres intérêts et tranchant les litiges. La deuxième perspective, celle de la régulation par le contrat, fonctionne expressément dans l'audiovisuel, le régulateur passant des conventions avec les opérateurs privés. La troisième perspective, de la régulation contractualisée, assure la coordination des multiples acteurs par la souplesse de la convention, tandis que la corégulation articule différents niveaux de régulation. Ce jeu du contrat au sein de la régulation renvoie à cette nouvelle action publique, désignée par le thème de la « gouvernance ». L'analyse proposée par l'orateur, nuancée, dialectique, a ainsi conduit l'auditoire à prendre conscience à la fois des articulations et des réticences des modèles entre contrat et régulation.

Tandis que le Forum de la régulation s'acheminait ainsi vers une dimension plus juridique, Christophe Jamin, professeur de droit privé à Sciences Po, a repris encore une fois l'étude de cette figure du contrat pour exprimer les nouveaux modes de régulation, en se référant à « La théorie générale du contrat, confrontée à leur

utilisation dans les secteurs régulés ». Dans une démonstration rigoureuse et progressive, Christophe Jamin a montré que si l'on avait parfois des difficultés à retrouver la théorie générale du contrat dans les contrats conclus dans les secteurs régulés, cela tenait aussi à la représentation que l'on se fait de cette « théorie générale ». L'orateur a en effet tout d'abord insisté sur le fait qu'une théorie générale ne résume pas le droit applicable, ici le droit commun des contrats, mais porte des principes et constitue une construction intellectuelle qui tente de rendre compte de bouleversements observés, pour permettre d'exposer d'une façon cohérente le droit et favoriser la sécurité juridique.

Précisément, l'orateur a continué son exposé en soulignant que la théorie générale du contrat a été perméable aux évolutions, rendant comptes de mouvements majeurs. Il s'agit notamment de la remise en cause de la conception volontariste du contrat au profit d'un ordre public inséré par le législateur dans le contrat, l'État intervenant pour diriger les comportements des contractants. De la même façon, la référence implicite à un contrat qui opère en un instant un échange fait désormais place à la reconnaissance d'une intégration du temps dans les contrats, notamment à travers des contrats-organisation. Prenant place dans le temps, le contrat est dans son application gouverné par une des parties, le contrat a un maître, ce qui explique le développement des exigences de loyauté et de bonne foi.

Or lorsqu'on observe l'organisation des contrats dans les secteurs régulés, on retrouve d'une façon exacerbée ces trois tendances lourdes, notamment lorsqu'on étudie les contrats d'accès au réseau ainsi que ceux par lesquels les entreprises de marché régissent les marchés financiers dont elles proposent l'accès aux émetteurs et aux investisseurs. Par une analyse minutieuse de la jurisprudence, notamment de la Cour d'appel de Paris à propos des appréciations du régulateur sur les contrats à l'occasion du règlement de différends, Christophe Jamin a montré d'une façon très argumentée que le droit de la régulation valide les nouvelles idées-forces de la théorie générale des contrats.

Ces perspectives générales ayant été ainsi particulièrement approfondies et croisées, la seconde partie du Forum a abordé des thèmes plus particuliers. Jean-François Prat, avocat à la Cour d'appel de Paris, a débuté cette session en exposant « Les contrats sur les marchés financiers et les impératifs de régulation ». Il a rappelé que l'Autorité de régulation des marchés financiers a pour double souci l'égalité de traitement des actionnaires et la transparence des marchés. C'est au nom de cela que le régulateur a souvent la tentation de ne pas laisser pleinement jouer la liberté contractuelle, alors que celle-ci devrait être la règle dans des marchés financiers pleinement libéralisés, et alors que le dynamisme de la place dépend de cette liberté essentielle.

L'orateur poursuit en rattachant cet état de fait à la position française selon laquelle les ordres doivent être centralisés et qu'il n'est pas adéquat de laisser des transactions se dérouler hors des marchés réglementés, ce qui va à l'encontre non seulement d'autres types d'organisation, notamment anglo-saxons, mais encore au choix fait par la nouvelle direction sur les services d'investissement de laisser cette possibilité accessible aux investisseurs. Dans cette même tendance, le droit français met les offres publiques _ qui sont des contrats procéduralisés _ sous la tutelle du régulateur alors que, par exemple, la SEC se contente de contrôler l'information et de s'assurer de l'effectivité du paiement. De la même façon, l'obligation d'acheter que réalise l'OPA obligatoire est une atteinte à la liberté contractuelle et la question a été très débattue de savoir si l'on pouvait laisser ou non jouer les pactes d'actionnaires en cas d'offre publique, incertitude que l'on retrouve dans les réserves de la nouvelle directive sur les offres publiques transfrontalières.

Jean-François Prat a achevé son intervention talentueuse en prenant encore des exemples en jurisprudence pour montrer que la culture française de régulation financière est assez peu favorable au fonctionnement ordinaire des contrats par lesquels les opérateurs expriment leur liberté d'entreprendre, même si la jurisprudence les défend souvent dans cette perspective.

À propos d'un autre secteur et sans doute dans une conception assez différente, Marc Sénac de Monseigneur, avocat à la Cour d'appel de Paris et ancien directeur juridique de la Commission de régulation de l'énergie, reprend la question de « L'encadrement des contrats par le régulateur et par le juge ». L'orateur, qui a consacré son intervention au secteur de l'énergie, commence d'ailleurs par prendre distance avec la façon dont ce sujet a été formulé, car il ne s'agit pas tant d'un encadrement nouvellement organisé notamment par l'intervention d'un juge qui serait devenu plus présent, mais plutôt d'une figure assez classique du contrat de service public, dont le contentieux est peu important.

S'il y a encadrement, il ne résulte pas seulement du juge et du régulateur mais également du législateur, consacrant le droit d'accès, et du droit européen.

S'il faut trouver des particularités, elles résultent surtout de cette obligation de contracter à la charge du gestionnaire de réseau, et du fait que le contenu des contrats est en réalité très largement prédéterminé, notamment par des procédés de tarification, l'essentiel ne revenant donc pas au juge mais aux autorités administratives.

L'orateur a poursuivi en estimant que le rôle du juge et du régulateur revient à assurer l'application uniforme et non discriminatoire des dispositions d'accès au réseau, dans une exigence de transparence et au besoin en délivrant des injonctions. La Commission de régulation de l'énergie se comporte donc plus ou moins comme un juge administratif, qui peut contraindre le gestionnaire de réseau à revoir ses décisions mais qui ne se substitue jamais à celui-ci.

Après ce rappel bienvenu du fait que le droit de la régulation se situe souvent dans la continuation des mécanismes précédemment établis, Bruno Lasserre, président du Conseil de la concurrence, conclut le Forum en examinant « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence ». L'orateur montre que le contrat est le sujet commun de la régulation sectorielle et du droit commun de la concurrence, et se trouve encouragé par les deux, mais qu'il ne s'agit ni de la même manière ni de la même approche. En effet, la régulation ne prête attention qu'à certains contrats, notamment lorsque l'accès au réseau est en cause, alors que l'autorité de concurrence s'intéresse à la totalité des contrats. En outre, l'approche est différente, Bruno Lasserre estimant que le régulateur est un acteur du jeu contractuel, qui peut ordonner de contracter et façonner le contrat, alors que l'autorité de concurrence est un modulateur du contrat, au regard de l'équilibre concurrentiel. Pourtant, en cas d'urgence, la différence s'estompe, notamment lorsque l'autorité de concurrence doit faire usage de son pouvoir d'injonction, comme dans la décision adoptée par le Conseil le 9 décembre 2004 pour ouvrir le marché des mobiles outre-mer.

Abordant le contrat comme mode de rapport entre les opérateurs et les autorités, l'orateur a distingué là aussi cette façon de faire suivant qu'elle est suivie par le régulateur sectoriel ou par l'autorité de concurrence. Ainsi, le **bargaining** est chose usuelle pour un régulateur, parce qu'il est préférable de dire « oui à condition de » que d'opposer des refus aux initiatives des opérateurs. L'adoption d'une conception contractuelle des rapports avec les opérateurs est plus récente pour l'autorité de concurrence. Elle tend à s'insérer dans le domaine de la répression, permettant à l'autorité d'avoir l'information pertinente, notamment grâce au programme de clémence, ou offrant à l'autorité de concurrence de rétablir un équilibre contractuel rompu, grâce à des engagements pris par les opérateurs.

Cette dernière intervention a mis un point d'orgue à l'ensemble de ce Forum, lequel aura montré à quel point la dialectique entre droit commun et droit spécial, entre les principes et les nouveautés, entre les différentes conceptions de la régulation même, s'expriment dans le contrat.

(1) V., par ex. M.-A. Frison-Roche, *Contrat, concurrence, régulation*, RTD civ. 2004, p.451-469 ; v. aussi par ex. G. Farjat, *Pour un droit économique*, coll. Les voies du droit, PUF, 2004, p. 51 et s. L'auteur souligne que «Le contrat accompagne le développement colossal du marché». Il joue là un rôle «naturel» (p. 52).

(2) V. J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne*, in G. Martin et J. Clam (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. Droit et société. Travaux et recherches, n° 5, LGDJ, 1998, p. 21-46.

(3) Sur la problématique générale de l'efficacité, v. *Droit et économie de la régulation*, vol. 1, *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

(4) J.-M. Hubert, *Le bon usage des résultats de l'évaluation*, in *Droit et économie de la régulation*, *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, préc., p. 106-109.

(5) Dans l'hypothèse maximale il a en charge un intérêt au-delà de celui du secteur, par exemple l'accès à tous aux biens essentiels ou le dynamisme du débat démocratique.

(6) V. not. *Principles of Good Regulation*, émis en 1998, révisés en 2000, par la Better Regulation Task Force (<http://www.brtf.gov.uk/reports/principlesentry.asp>).

(7) Pour une présentation de l'évolution des pratiques, v. E. Lulin, *Voluntary regulation : la règle privée face à la loi*, *Sociétal*, n° 36, 2^e trimestre, 2002, p. 9-14. Il convient de corréler cela avec une tradition anglaise plus contractuelle et moins institutionnaliste que la tradition française.

(8) V. not. *Alternatives to State Regulation*, juillet 2000, <http://www.brtf.gov.uk/docs/pdt/stateregulation.pdf>, *Business Attitudes Towards Government Regulations*, janvier 2003, <http://www.betterregulation.ie/upload/busattitreg.ppt#257.2>.

(9) V. J.-B. Zufferey, *(Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière*. Thèses pour un état des lieux en droit suisse, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

(10) V. par ex., Ch. Paul, *Du droit et des libertés sur internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, rapport au Premier ministre, 2000 ; B. du Marais, *Autorégulation, régulation et corégulation des réseaux*, in *Le droit international de l'internet*, Bruylant, 2002, p. 293-308 ; Y. Pouillet, *Technologie de l'information et de la commission et la «corégulation» : une nouvelle approche ?*, http://www.droit-technologie.org/dossiers/coregulation_SMSI.pdf ; J. Rochfeld, *Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation* (commentaire de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique), RDC 2004, p. 915-920.

(11) O. Dumez et A. Jeunemaître, *Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau*, in *Droit et économie de la régulation*, vol. 2, *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, p. 1-16.

(12) Y. Jégouzo, *L'administration contractuelle en question*, in *Mélanges F. Moderne*, *Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, p. 543-556.

(13) V. l'étude conceptuelle très complète de F. Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans le processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée*, in

La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? Revue française d'administration publique, n° 109, 2004, p. 23-26. Il évoque notamment la «coopération réglementaire» (p. 23).

(14) Contrat, concurrence, régulation, préc., n° 10, p. 453 et s.

(15) Comme le souligne très bien Laurence Idot, «il se pourrait qu'à terme les injonctions prononcées de manière unilatérale par l'autorité de concurrence dans l'exercice de son pouvoir de régulation soient progressivement remplacées par des engagements volontairement consentis par les entreprises» (Chronique «Droit de la concurrence» de la section «Droit spécial du contrat», RDC 2004, p. 948).

(16) V. l'étude très éclairante menée par Pierre Livet, qui montre que dans la seule théorie des jeux, puisque l'observance de la règle découle de sa coïncidence avec la satisfaction de l'intérêt reconstituée par le calcul des probabilités, il n'y a pas d'obligations au sens véritable du droit, seul le droit pouvait porter la notion, Obligation et théorie des jeux, in Archives de Philosophie du droit, T. 44, L'obligation, Sirey, p. 163-178.

(17) CE, 9 avril 2004, Office des eaux et forêts.

(18) V. not. Ch. Jamin, Le droit de la régulation : un laboratoire expérimental du droit des contrats, Lamy Concurrence, n° 2, février 2005, p. 132-134.

(19) V. not. J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), L'accès au services d'intérêt économique général, ISUPE, 2003.

(20) Th. Bonneau, De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché, RTD com. 1999, p. 257 et s. Il est par ailleurs acquis, et non développé ici, que l'unilatéral s'insère de plus en plus dans les contrats (v. par ex. Ch. Jamin et D. Mazeaud, L'unilatéralisme dans le droit des obligations, Economica, 1999).

(21) Sur la définition et le cercle de ces clients éligibles, v. Communication CRE du 23 décembre 2004 sur les conditions de l'éligibilité pour l'achat d'électricité et de gaz naturel, Lamy Concurrence, n° 2, février 2004, n° 167, p. 95, obs. MAFR.

(22) Ibidem.

(23) S. Bonfils, Le droit des obligations dans l'intermédiation financière, coll. Droit et économie, LGDJ, 2005.

(24) V. par ex. L. Aynès, L'obligation de loyauté, in Archives de philosophie du droit, L'obligation, préc., p. 195-204.

(25) V. not. D. Kaisergruber et J. Landrieu (dir.), Tout n'est pas économique, éd. de l'Aube, 2000. Sur une perspective plus critique, v. A. Supiot, Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises, in Études J. Pélissier, Analyses juridiques et valeurs en droit social, Dalloz, 2004, p. 541-558, qui se réfère notamment à P. Legendre évoquant «la privatisation du discours de la référence» (p. 543).

(26) G. Farjat, Réflexions sur les codes de conduite privés, in Mélanges B. Goldman, Le droit des relations économiques internationales, Litec, 1982, p. 47 et s. ; pour l'exemple des contrats télématiques, v. J. Rochfeld, Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation, préc., p. 916.

(27) La responsabilité qui en découle étant elle-même peu juridiquement cernée, A. Sériaux évoquant plutôt dans les engagements pris par les entreprises «les promesses d'irrognes jurant à la cantonade qu'ils vont cesser de boire demain» (préc., p. 548).

(28) E. Brousseau, Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ?, in Les cahiers français, Concurrence et régulation des marchés, mars 2003, p. 64-70, spéc., p. 65 et s.

(29) Qui est principal dans les cinq principes de «bonne régulation» (Principles of Good Regulation, préc.), cette transparence conditionnant l'acceptation d'une régulation contractualisée transformant de ce fait le contrat qui n'y est pas familier (sur cette question, v. Contrat, concurrence, régulation, préc., n° 35 et s., p. 460 ; J. Mestre et B. Fages, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, in Y. Picod (dir.), Droit des marchés et droit commun des obligations, RTD com., 1998, n° 1.

(30) Sur la façon dont la structure auréolée du New York Stock Exchange a révélé ses limites par l'affaire des émoluments de départ de son président, et la réaction du régulateur public de concevoir directement l'organisation de ce régulateur privé, de second rang, v. MAFR, Le contrôle des organes de régulation (l'exemple du NYSE), D. 2003, chron., p. 2810-2812 ; SEC Proposal Would Alter Exchanges' Self-Regulation, New York Times, 10 novembre 2004.

R. H. Coase, La nature de la firme, Economica, 1937, 4, p. 386

La théorie économique a souffert de n'avoir pas toujours su, dans le passé, poser clairement ses hypothèses. En construisant une théorie, les économistes ont souvent omis d'examiner les fondements qui la soutenaient. Un tel examen est pourtant essentiel, non seulement pour prévenir les incompréhensions et les controverses inutiles susceptibles d'être provoquées par une connaissance insuffisante des hypothèses de base d'une théorie, mais aussi du fait de l'extrême importance que revêt, pour l'économie, le choix qui est opéré entre des ensembles d'hypothèses rivales. Ainsi, par exemple, le mot firme peut être employé dans des sens différents par la théorie économique et par l'individu lambda. Puisque la plupart des analyses

théoriques se fondent d'abord sur la firme et non sur l'industrie, il est éminemment nécessaire non seulement de définir clairement le mot firme, mais également de montrer nettement ce qui sépare, le cas échéant, cette dernière de la "firme du monde réel". Comme le note Joan Robinson, "les hypothèses utilisées en économie doivent faire l'objet de deux questions : sont-elles utilisables ? Correspondent-elles au monde réel?". Même si, ainsi que cet auteur le fait remarquer, "on se retrouve le plus souvent face à un ensemble d'hypothèses données qui est réaliste tandis qu'un autre présente une véritable portée opératoire", il peut néanmoins exister des parties de la théorie où les hypothèses sont à la fois utilisables et réalistes. Le propos de cet article est de montrer qu'il est possible de donner une définition réaliste de la firme, c'est-à-dire une définition qui rende compte du monde réel, mais aussi une définition à laquelle peuvent s'appliquer deux des plus puissants instruments d'analyse économique, développés par Marshall : l'idée de marge et celle de substitution, lesquelles, combinées, aboutissent à l'idée de substitution à la marge. Notre définition doit naturellement "se rapporter à des relations formelles susceptibles d'être conçues avec exactitude".

I Rechercher une définition de la firme, implique tout d'abord d'intégrer le système économique à travers le regard de l'économiste. Prenons la description donnée par Sir Arthur Salter : " Le système économique normal fonctionne de lui-même. Ses opérations courantes ne sont soumises à aucun contrôle. Il n'a besoin d'aucune surveillance centrale. Dans la totalité des activités et des besoins humains, l'offre est ajustée à la demande et la production à la consommation par un processus automatique, flexible et sensible". Un économiste conçoit le système économique comme un ensemble où le mécanisme des prix assure la coordination nécessaire ; il voit en conséquence la société non plus comme une organisation mais comme un organisme. Le système économique "fonctionne de lui-même". Ceci ne signifie pas qu'il n'existe aucune planification faite par les individus. Ces derniers établissent en effet leurs prévisions et choisissent entre des situations alternatives. Il doit nécessairement être ainsi pour que l'ordre prévale dans le système. Mais cette théorie suppose que la ventilation des ressources dépende directement du mécanisme des prix. Une critique souvent faite à la planification économique tient à ce qu'elle tend à réaliser ce que, précisément, le système des prix affecte déjà. La description de Sir Arthur Salter ne fournit cependant qu'une image très incomplète de notre système économique. Elle ne correspond pas du tout à la réalité interne à la firme. On trouve par exemple, en théorie économique, l'idée que l'allocation des facteurs de production entre différents usages possibles est déterminée par le mécanisme des prix. Supposons que le prix du facteur A devienne plus élevé en X qu'en Y. En conséquence, A se déplace de Y vers X jusqu'à ce que la différence de prix entre X et Y disparaisse, à moins qu'elle ne compense d'autres avantages différentiels. Pourtant, dans le monde réel, il y a de nombreux domaines où ce raisonnement ne trouve pas à s'appliquer. Si un ouvrier se déplace du service X vers le service Y, ce n'est pas à cause d'un changement de prix relatif, mais parce qu'on lui ordonne de le faire. On peut répondre à ceux qui critiquent la planification économique en objectant que tout problème se résout en mouvements de prix, par la remarque selon laquelle il existe une planification à l'intérieur de notre système économique qui est différente de la planification individuelle mentionnée plus haut, et qui s'apparente à ce qu'ordinairement l'on nomme la planification économique. L'exemple mentionné ci-dessus est typique d'une large partie de notre système économique moderne. Les économistes, évidemment, n'ont pas ignoré ce fait. Marshall fait de l'organisation un quatrième facteur de production ; J.B. Clark attribue à l'entrepreneur la fonction de coordination ; Knight introduit des dirigeants qui coordonnent. Comme D.H. Robertson le souligne, nous trouvons "des îlots de pouvoir conscient dans un océan de coopération inconsciente, comme des grumeaux de beurre flottant dans le babeurre". Alors, si on considère généralement que la coordination est effectuée par le système de prix, pourquoi une telle organisation serait-elle nécessaire ? Pourquoi "ces îlots de pouvoir conscient" existent-ils ? En dehors de la firme, les mouvements de prix dirigent la production, laquelle se voit coordonnée à travers une série de transactions intervenant sur le marché. Au sein de la firme, ces transactions de marché sont éliminées et l'on substitue à la structure compliquée du marché et de ses transactions d'échange, l'entrepreneur coordinateur qui dirige la production. Il est clair que ce sont là des méthodes alternatives de coordination de la production. Néanmoins, régulée par le mouvement des prix, la production pourrait avoir lieu sans aucune organisation. Pourquoi donc une telle organisation existe-t-elle ?

Bien entendu, les degrés de substitution au mécanisme des prix varient amplement. Dans un grand magasin, la répartition des différents rayons dans les différents emplacements de l'immeuble peut être réalisée par l'autorité de contrôle, ou bien peut résulter d'une mise aux enchères de l'espace. Dans l'industrie du coton du Lancashire, un tisserand peut louer de l'énergie et un magasin, et peut obtenir des métiers à tisser et du fil à crédit. Cette coordination des différents facteurs de production est cependant normalement effectuée sans intervention du mécanisme des prix. Il est évident que le degré d'intégration "verticale", qui entraîne le remplacement du mécanisme des prix, varie considérablement d'une industrie à l'autre et d'une firme à une autre.

On peut supposer, je pense, que la marque distinctive de la firme est la suppression du mécanisme des prix. La firme est naturellement, comme l'a souligné Robbins, "reliée à un réseau extérieur de prix et de coûts relatifs", mais il est important de découvrir la nature exacte de cette relation. Cette distinction entre la répartition des ressources dans une entreprise, d'une part, et dans le système économique, d'autre part, a été décrite d'une manière très vivante par Maurice Dobb dans son commentaire sur la conception du capitalisme chez Adam Smith : "On a commencé à s'apercevoir qu'il existait quelque chose de plus important que les relations internes à

chaque firme ou unité dirigée par un entrepreneur ; ce sont les relations de l'entrepreneur avec le reste du monde économique en dehors de sa sphère immédiate [...]. L'entrepreneur s'occupe de la division du travail dans chaque firme qu'il planifie et organise consciemment", mais "il est relié à une spécialisation économique plus large dont il est simplement une unité particulière. En fait, il joue le rôle d'une cellule unique dans un organisme plus vaste, tout en étant inconscient du rôle important qu'il remplit". Puisque les économistes traitent le système de prix comme un instrument de coordination et admettent aussi, dans le même temps, la fonction coordinatrice de "l'entrepreneur", il est sans doute important de se demander pourquoi la coordination est le fait du mécanisme des prix dans un cas et de l'entrepreneur dans un autre cas.

L'objectif de cet exposé est de combler ce qui apparaît comme une lacune, dans la théorie économique, entre l'hypothèse (fondée sur certaines raisons) d'une répartition des ressources par le biais du mécanisme des prix, et l'hypothèse (fondée sur d'autres raisons) d'une allocation de ressources par l'entrepreneur coordinateur. Nous devons expliquer la base sur laquelle, en pratique, s'effectue le choix entre ces deux possibilités.

II Notre tâche est donc de tenter de découvrir pourquoi la firme émerge finalement dans une économie d'échanges spécialisés. Le mécanisme des prix (considéré uniquement sous le rapport de la répartition des ressources) peut être évincé en considération des avantages éventuels de la relation qui viendrait se substituer à lui. Ce serait le cas, par exemple, si certains individus préféraient travailler sous la direction d'une autre personne quelconque. Ce type d'individus accepterait une moindre rémunération à condition de travailler sous l'autorité d'une personne donnée et de ce fait, une entreprise se constituerait naturellement. Toutefois, non seulement ce type d'attitude semble ne pas prévaloir, mais encore c'est le plus souvent l'attitude contraire qui prévaut, si l'on en juge par l'accent généralement mis sur les avantages "d'être son propre maître". Bien entendu, si le désir n'est pas d'être contrôlé mais de contrôler soi-même, d'exercer un pouvoir sur les autres, il peut exister certaines formes de renonciation qui permette d'obtenir ce pouvoir de direction. Ceux qui cherchent le pouvoir peuvent consentir à des tiers une rémunération supérieure à celle qu'ils pourraient obtenir dans le cadre du mécanisme des prix, dans le simple but de pouvoir les diriger ; mais ceci implique que ceux qui commandent paient pour diriger et ne soient pas payés pour diriger, ce qui n'est évidemment pas plausible dans la majorité des cas. Des entreprises peuvent également exister si des acheteurs préfèrent les marchandises produites par des firmes à celles produites par d'autres moyens ; mais, même dans les domaines où l'on s'attendrait à ce que de telles préférences (si elles existent) soient de moindre importance, des entreprises distinctes existent pourtant dans le monde réel. Par conséquent, d'autres éléments doivent jouer.

La principale raison qui rend plus avantageuse la création d'une firme paraît être qu'il existe un coût à l'utilisation du mécanisme des prix. Le coût le plus évident de l'"organisation" de la production à travers le mécanisme des prix tient à la découverte des prix adéquats. Ce coût peut être réduit, mais non pas éliminé, par l'apparition d'acteurs spécialisés qui vendent cette information. Les coûts de négociation et de conclusion de contrats séparés, pour chaque transaction d'échange prenant place sur le marché, doivent également être pris en compte.

Dans le même ordre d'idées, pour certains marchés, tel celui des échanges de production, une technique peut être imaginée afin de minimiser les coûts de contrat, sans qu'ils soient pour autant supprimés. Il est vrai que les contrats, s'ils sont largement réduits, ne sont pas pour autant éliminés lorsqu'une firme existe. Un facteur de production (ou bien son détenteur) n'a pas besoin de passer une série de contrats avec les facteurs qui coopèrent au sein de l'entreprise, comme il serait nécessaire, évidemment, si cette coopération était le résultat direct du fonctionnement du mécanisme des prix.

A la série de contrats s'en substitue un seul. A ce sujet, il est important de noter les caractéristiques du contrat conclu pour l'emploi d'un facteur dans une entreprise. Par le contrat, le facteur accepte, moyennant une certaine rémunération (fixe ou variable), d'obéir "dans certaines limites". Le contrat, par définition, devrait se borner à mentionner les limites apportées au pouvoir de l'entrepreneur. A l'intérieur de ces limites, ce dernier pourrait par conséquent gérer librement les autres facteurs de production.

Il existe toutefois d'autres désavantages - ou coûts - à l'utilisation du mécanisme des prix. On peut souhaiter conclure un contrat à long terme pour la fourniture d'un article ou d'un service. Ceci peut être motivé par le fait que le coût de passation d'un seul contrat établi pour une longue période peut être moindre que celui résultant de l'addition des coûts de réalisation de plusieurs contrats successifs à durée plus courte. Ou bien, en considération du comportement à l'égard du risque des personnes concernées, il peut être préférable de réaliser un contrat à long terme plutôt qu'à court terme. Or, en raison des difficultés inhérentes à la prévision, plus la durée du contrat conclu pour la fourniture d'une marchandise ou d'un service est longue, moins il devient possible, et en fait, souhaitable pour l'acheteur de spécifier les devoirs de l'autre partie contractante.

La personne qui fournit le service ou la marchandise peut fort bien considérer avec indifférence l'ensemble des solutions possibles, ce qui n'est pas le cas de l'acheteur. Ce dernier ne peut cependant pas savoir par avance vers laquelle de ces possibilités il souhaite que se dirige le vendeur. En conséquence, le service fourni sera exprimé en termes généraux, les détails précis ne faisant l'objet d'aucune spécification jusqu'à une date ultérieure. Seules sont mentionnées dans le contrat les limites auxquelles

sont assujetties les personnes fournissant le bien ou le service. Les détails des contraintes pesant sur le vendeur ne sont pas portés au contrat, mais sont décidés plus tard par l'acheteur. Lorsque la répartition des ressources (dans les limites du contrat) devient, de cette façon, dépendante de l'acheteur, une relation que je désigne par le terme de firme apparaît.

Une firme apparaîtra donc vraisemblablement dans les cas où la passation d'un contrat à très court terme ne serait pas satisfaisante. Cette hypothèse concerne évidemment davantage les services -notamment le travail - que l'achat de marchandises. Dans le cas des biens, en effet, les principaux articles peuvent être définis à l'avance et les détails qui seront fixés plus tard revêtent alors une importance bien moindre. On peut résumer cette partie de la discussion en rappelant qu'il existe un coût de fonctionnement d'un marché et qu'en créant une organisation et en permettant à une autorité (un entrepreneur) de répartir les ressources, certains coûts peuvent être évités. L'entrepreneur doit remplir cette fonction à moindre coût en tenant compte du fait qu'il peut obtenir des facteurs de production à un prix inférieur à celui proposé par les transactions du marché, auquel il se substitue, parce qu'il est toujours possible de revenir au marché en cas d'échec.

On considère souvent qu'il existe une étroite corrélation entre la question de l'incertitude et celle de l'étude de l'équilibre de l'entreprise. Sans l'existence d'une incertitude, il paraît improbable qu'une firme puisse apparaître. Mais ceux qui, à l'instar de Knight, font du "mode de paiement" la marque distinctive de la firme - des revenus fixes étant garantis à certains de ceux qui sont engagés dans la production par une personne qui récupère la part fluctuante du revenu total - introduisent une question sans rapport avec le problème en cause. Un entrepreneur peut vendre ses services à un autre pour une certaine somme d'argent, tandis que la paie de ses employés peut constituer, en tout ou partie, une part de ses profits. La question essentielle est de savoir pourquoi la répartition des ressources ne s'effectue pas directement par le mécanisme des prix.

Un autre facteur important à relever consiste en ce que les transactions d'échange sont traitées différemment par les gouvernements ou par d'autres organismes dotés de pouvoir régulateur selon qu'elles aient lieu sur un marché ou qu'elles soient organisées au sein d'une firme. Si nous prenons l'exemple de la taxe sur les ventes, il est clair qu'il s'agit là d'une taxe sur les transactions intervenues sur le marché et non sur les mêmes transactions intervenues dans l'entreprise. Or, puisqu'il s'agit de "méthodes alternatives d'organisation" - système des prix ou entrepreneur - une telle régulation ferait apparaître des firmes qui, autrement, n'auraient aucune raison d'être.

Ceci donnerait une raison à l'émergence d'une entreprise dans une économie d'échanges spécialisés. Bien entendu, dans la mesure où une entreprise existe déjà, une opération telle qu'une taxe sur les ventes tendrait simplement à la rendre plus grande qu'elle ne le serait par ailleurs. De la même façon, l'instauration de quotas et le contrôle des prix, entraînant le rationnement, qui ne s'appliquent pas aux firmes produisant de tels biens pour elles-mêmes, grâce aux avantages octroyés à celles qui s'organisent en leur sein et non à travers le marché, encouragent nécessairement la croissance des firmes. Il reste difficile de croire que ce sont ces mesures qui ont suscité la naissance d'entreprises ; toutefois, elles aboutiraient probablement à ce résultat si celui-ci n'avait pas eu d'autres causes.

Voilà donc les raisons pour lesquelles des organismes semblables aux firmes existent, dans une économie d'échanges spécialisés où il est en général supposé que la répartition des ressources est "organisée" par les mécanismes des prix. Une firme peut, par conséquent, se définir comme un système de relations qui apparaît quand la répartition des ressources dépend d'un entrepreneur. L'approche qui vient d'être esquissée présente l'avantage de fournir une explication scientifique au phénomène que l'on décrit lorsqu'on dit qu'une firme grandit ou diminue.

Une entreprise grandit quand des transactions supplémentaires (qui pourraient être des transactions d'échange coordonnées par le système des prix) sont organisées par l'entrepreneur, et elle diminue lorsque ce dernier abandonne la réalisation de telles transactions. Se pose alors la question de savoir s'il est possible d'étudier les forces qui déterminent la taille de l'entreprise.

Pourquoi l'entrepreneur renonce-t-il à telle ou telle transaction ? Sur ce point, il est intéressant de noter que Knight considère que : La "relation entre l'efficacité et la taille est l'un des problèmes les plus difficiles de la théorie et c'est, contrairement aux problèmes de relation avec l'entreprise, principalement un problème de personnalité et d'accident historique, plutôt qu'un problème de principe général. Mais la question est particulièrement décisive, car la possibilité de profit de monopole offre un stimulant puissant à une expansion continue et illimitée de l'entreprise, attrait qui doit être compensé par un autre, également déterminant, et qui tient aux rendements décroissants (dans la production de revenus monétaires) à supposer qu'une concurrence limitée existe".

Knight semble considérer qu'il est impossible d'analyser scientifiquement les déterminants de la taille de l'entreprise. Sur la base du concept de firme développé plus haut, il apparaît néanmoins possible de s'y essayer à présent. On a suggéré que l'apparition de la firme était due d'abord à l'existence de coûts de marché. Un point décisif à ce sujet (assez éloigné des considérations monopolistiques soulevées par Knight) est de savoir pourquoi les transactions de marché subsistent alors qu'il apparaît possible, en s'organisant, d'éliminer certains coûts et, donc, de réduire les coûts de production. Pourquoi la production toute entière n'est-elle pas le fait d'une seule grande entreprise ? On peut relever plusieurs explications possibles. Tout d'abord, à mesure que l'entreprise grandit, la fonction de l'entrepreneur peut

connaître des rendements décroissants, c'est-à-dire que les coûts d'organisation des transactions additionnelles à l'intérieur de la firme peuvent augmenter. Naturellement, un point peut être atteint où les coûts d'organisation des transactions supplémentaires au sein de l'entreprise sont égaux aux coûts générés par les transactions sur le marché ou aux coûts de l'organisation par un autre entrepreneur.

Par ailleurs, il peut arriver qu'en même temps que le nombre de transactions effectuées augmente, l'entrepreneur ne parvienne pas à diriger les facteurs de production vers les usages où leur valorisation est la plus importante, et échoue en fait à tirer le meilleur usage des facteurs de production. A nouveau, un seuil doit être atteint où la déperdition des ressources par leur gaspillage est égale au coût existant sur le marché ou à la perte qui serait réalisée si la transaction était le fait d'un autre entrepreneur. Finalement, le prix d'offre d'un ou de plusieurs facteurs de production peut augmenter parce que les "autres avantages" d'une petite entreprise sont supérieurs à ceux d'une grande.

Bien entendu, le moment où cesse l'expansion de l'entreprise peut être déterminé par une combinaison des facteurs susmentionnés. Les deux premières raisons citées correspondent probablement plus à l'expression économique de "rendements décroissants de la direction". Ainsi qu'il vient d'être dit, une entreprise tendra à s'agrandir jusqu'à ce que les coûts d'organisation des transactions supplémentaires en son sein deviennent égaux aux coûts de réalisation de ces mêmes transactions par le biais d'un échange sur le marché, ou aux coûts d'organisation dans une autre entreprise. Mais si l'entreprise arrête son expansion à un niveau à la fois inférieur au coût des opérations sur le marché et égal au coût de la transaction dans une autre entreprise, ceci implique, dans la plupart des cas (sauf s'il y a "combinaison") qu'il existe entre ces deux producteurs une transaction que chacun d'eux pouvait organiser seul à un prix inférieur à celui du marché. Comment résoudre ce paradoxe?

Un exemple peut y aider. Admettons que A achète un produit à B alors que autant A que B pourraient organiser cette transaction de marché à un coût inférieur à son coût actuel. On peut supposer que B ne contrôle pas qu'un seul segment du processus de production, mais plusieurs. Par conséquent, si A souhaite éviter une transaction de marché, il devra racheter l'ensemble du processus de production contrôlé par B. A moins que A ne reprenne l'ensemble de ce processus de production ; une transaction de marché subsistera toujours, bien que ce soit un produit différent qui est acheté. Mais nous avons supposé précédemment qu'à mesure que chaque facteur de production s'étend, il perd en efficacité ; les coûts additionnels d'organisation de transaction de A réalisés auparavant par B seront supérieurs aux coûts de B pour la même production. Par conséquent, A ne reprendra la totalité de l'organisation de B que si ses coûts pour organiser le travail de B ne dépassent pas ceux de B d'un montant égal aux coûts de réalisation d'une transaction d'échange sur le marché.

Mais dès lors qu'il est rentable de réaliser une transaction de marché, cela permet également de diviser la production de telle sorte que le coût d'organisation d'une transaction supplémentaire soit le même dans chaque entreprise. Jusqu'ici, on a supposé l'homogénéité des transactions d'échange effectuées par l'entremise du mécanisme des prix. En fait, notre monde moderne connaît des transactions extrêmement diverses. Ainsi s'explique que les coûts de réalisation des transactions d'échange à travers le mécanisme des prix, tout comme les coûts d'organisation de ces transactions dans l'entreprise, puissent varier de manière considérable.

Il semble donc possible, en dehors même de l'hypothèse des rendements décroissants, que les coûts d'organisation de certaines transactions dans le cadre de la firme puissent être supérieurs aux coûts de réalisation des échanges sur le marché. Ceci impliquant nécessairement le recours au mécanisme des prix pour les transactions, signifie-t-il qu'il devrait exister plus d'une firme ? Évidemment non, puisque tous les aspects du système économique entreprise. Les facteurs étudiés auparavant semblent bien prédominer, bien qu'il soit difficile de pondérer les importances relatives des "rendements décroissants de la direction" et de l'augmentation du prix d'offre des facteurs.

Toutes choses égales par ailleurs, une firme aura par conséquent tendance à s'agrandir lorsque :

- les coûts d'organisation sont faibles, ainsi que leur élasticité, dans le cas d'une augmentation des transactions ;
- l'entrepreneur est peu enclin à commettre des erreurs et que le taux d'erreur diminue, dans le cas d'une augmentation des transactions ;
- la baisse - ou la faible hausse - des prix d'offre des facteurs de production aux entreprises de grande taille est significative.

Indépendamment des variations des prix d'offre des facteurs de production aux entreprises de différentes tailles, il semble que les coûts d'organisation, comme les pertes dues aux erreurs, croissent avec l'augmentation de la distribution spatiale des transactions effectuées, de la dissemblance entre les transactions et de la probabilité de changement des prix. A mesure que des transactions sont réalisées par un entrepreneur, il semble qu'elles tendent soit à différer par leur nature, soit à avoir lieu en différents endroits.

Ceci fournit une explication supplémentaire au fait que l'efficacité ait tendance à diminuer lorsque l'entreprise s'agrandit. Les interventions qui permettent de rapprocher les facteurs de production en diminuant leur répartition dans l'espace font croître la taille de l'entreprise. Ainsi, les changements comme le téléphone ou le télégraphe, lesquels réduisent le coût d'organisation spatial, tendent à augmenter la

taille de l'entreprise de la firme, au même titre que n'importe quel changement qui améliorerait la technique de gestion. Il convient de noter que la définition de l'entreprise donnée ci-dessus peut être utilisée pour fournir une signification plus précise aux termes "combinaison" et "intégration". Il y a combinaison lorsque des transactions qui étaient auparavant organisées par deux ou plusieurs entrepreneurs le deviennent par un seul. Ceci se transforme en intégration quand l'organisation des transactions, auparavant effectuées entre plusieurs entrepreneurs sur le marché, ne l'est plus que par un seul. Une entreprise peut se développer dans l'une ou l'autre de ces voies, ou même dans les deux. La totalité de la "structure de l'industrie compétitive" devient utilisable par la technique courante de l'analyse économique.

III Le problème qui a été examiné dans la section précédente n'a pas été totalement négligé par les économistes; il est maintenant nécessaire d'analyser pourquoi les raisons données ci-dessus, qui expliquent l'apparition d'une entreprise dans une économie d'échanges spécialisés, doivent être préférées aux autres explications proposées. On prétend parfois que la raison d'être d'une firme réside dans la division du travail. C'est l'opinion de Usher, opinion qui a d'ailleurs été adoptée et développée par Maurice Dobb. L'entreprise devient "le résultat d'une complexité accrue de la division du travail [...] L'augmentation de cette différenciation économique crée le besoin d'une force d'intégration sans laquelle la différenciation aboutirait au chaos, et c'est en tant que force intégrante dans une économie différenciée que les unités industrielles sont avant tout justifiables".

La réponse à cet argument est évidente. La "force d'intégration dans une économie différenciée" existe déjà sous la forme du système des prix. C'est peut-être la principale réalisation de la science économique qu'elle ait démontré qu'il n'existe aucune raison de supposer que la spécialisation aboutirait au chaos. La raison apportée par Maurice Dobb est donc inacceptable. Ce que l'on doit expliquer, c'est pourquoi une force intégrante (l'entrepreneur) devrait être substituée à une autre (le mécanisme des prix). Les raisons les plus intéressantes (et probablement les plus consensuelles) pour expliquer ce fait, sont celles qui ont été fournies par Knight dans Risk, Uncertainty and Profit. Nous examinerons ses opinions dans le détail. Knight commence par évoquer un système où il n'y aurait aucune incertitude : *"On suppose que les hommes, agissant comme des individus totalement libres mais sans entente aucune, ont organisé une vie économique avec une division du travail primaire et secondaire, utilisation du capital, etc., développée jusqu'au niveau constaté dans l'Amérique d'aujourd'hui. Le principal point qui attire l'attention est l'organisation interne des groupes ou établissements productifs. Avec une absence totale d'incertitude, chaque individu étant en possession d'une parfaite connaissance de la situation, il n'y aurait aucune place pour quoi que ce soit qui se rapproche d'une direction ou d'un contrôle de l'activité productive. Même les opérations du marché, dont la portée est essentiellement pratique, n'existeraient pas. Le flux de matières premières et de services productifs vers le consommateur serait entièrement automatique"*.

Knight prétend que cet ajustement peut être représenté comme étant "le résultat d'un long processus d'expérimentation mené à bien uniquement par ces méthodes empiriques", alors qu'il n'est pas nécessaire d'imaginer chaque ouvrier faisant exactement ce qu'il faut au moment voulu "dans une sorte d'harmonie préétablie" avec le travail des autres. Il peut y avoir des dirigeants, des intendants, etc., dans le but de "coordonner les activités des individus", bien que ces directeurs remplissent une fonction purement routinière, "sans responsabilité d'aucune sorte". Knight poursuit alors : "Avec l'introduction de l'incertitude - le fait d'ignorer et la nécessité d'agir suivant l'opinion et non la connaissance - dans une situation proche de l'Éden, les choses changent complètement [...] Avec l'incertitude, l'action, exécution réelle de l'activité, devient véritablement une partie intégrante de la vie ; le problème ou la fonction principale est de décider que faire et comment le faire".

Cette incertitude introduit les deux caractéristiques les plus importantes de l'organisation sociale: "En premier lieu, les biens sont produits pour un marché, sur la base de prédictions entièrement impersonnelles, et non pour répondre à la volonté des producteurs eux-mêmes. Le producteur prend la responsabilité de la prévision des désirs du consommateur. En second lieu, le travail de pronostic et en même temps une grande partie de la direction et du contrôle technologiques de la production sont encore davantage concentrés sur une très étroite classe de producteurs, et nous rencontrons un nouveau fonctionnaire économique, l'entrepreneur [...]. Quand l'incertitude existe et que la tâche de décider que faire et comment le faire l'emporte sur l'action elle-même, l'organisation interne des groupes productifs n'est plus un problème indifférent ou une question de détail technique. La centralisation de cette fonction de décision et de contrôle est alors impérative, un processus de "céphalisation" [...] est inévitable [...]. Le changement le plus fondamental est l'apparition d'un "système par lequel une personne confiante et entreprenante prend en charge les risques ou rassure les incertains et les timides en leur garantissant un revenu déterminé en échange d'une attribution des résultats réels [...] Avec une nature humaine telle que nous la connaissons, il serait irréalisable ou bien peu fréquent qu'un individu se porte garant vis-à-vis d'un autre d'un rendement précis de ses activités sans que lui soit accordé le pouvoir de diriger son travail. Et, d'un autre côté, la seconde personne ne se placerait pas sous la direction de la première sans une telle assurance [...] Le résultat de ces spécialisations diverses est le système d'entreprise et de salaire de l'industrie. Son existence est le résultat direct de l'incertitude".

Ces citations présentent l'essentiel de la théorie de Knight. L'incertitude signifie que les gens doivent prévoir les besoins futurs. Par conséquent, une nouvelle classe surgit, qui dirige les activités de ceux à qui elle garantit un salaire. Elle intervient parce qu'"à un jugement exact est généralement associée la confiance dans ce jugement". Knight semble ouvert à la critique dans plusieurs domaines. Tout

d'abord, comme il le souligne lui-même, le fait que certaines personnes ont un jugement ou des connaissances meilleures ne signifie pas qu'ils puissent en tirer un revenu uniquement en prenant une part active à la production. Ils peuvent vendre des conseils ou des connaissances.

Toute société achète les services d'une multitude de conseillers. On peut très bien imaginer un système où tous les conseils ou les informations sont achetés en fonction des besoins. Il est possible d'obtenir une rémunération pour un savoir ou un jugement sans prendre part à la production, mais en établissant un contrat avec les personnes qui produisent. Un négociant qui achète avec livraison à terme en est un bon exemple. Mais cela ne fait qu'illustrer qu'il est possible de verser un revenu garanti à condition que certains actes soient accomplis, sans que pour autant leur réalisation ait été dirigée. Knight indique qu'"avec une nature humaine telle que nous la connaissons, il serait irréalisable ou fort peu fréquent qu'un individu se porte garant vis-à-vis d'un autre d'un rendement précis de ses activités sans que lui soit accordé le pouvoir de diriger son travail". Cette affirmation est très certainement inexacte. De nombreux travaux sont faits sous contrat, c'est-à-dire qu'une certaine somme d'argent est garantie au contractant à condition qu'il réalise certains actes. Mais ceci n'implique aucune direction. Cela signifie en revanche que le mécanisme des prix relatifs a été modifié et qu'il y aura une nouvelle combinaison des facteurs de production. Le fait mentionné par Knight que "la seconde personne ne se placerait pas sous la direction de la première sans une telle assurance" est sans rapport avec le problème que nous examinons. Finalement, il paraît important de remarquer que même dans le cas d'un système économique sans incertitude, Knight considère qu'il y aurait des coordinateurs, remplissant alors uniquement une fonction de routine. Il ajoute immédiatement qu'ils n'auraient "de responsabilités d'aucune sorte", ce qui pose le problème de savoir qui les paie et pourquoi. Il ne semble pas que Knight fournisse une explication justifiant l'éviction du mécanisme des prix.

IV Il paraît important d'examiner un autre point, concernant plus en détail la compatibilité de notre thèse avec la théorie de la "courbe des coûts de la firme". Il a parfois été supposé qu'il n'est pas rentable de produire plus que le point pour lequel le coût marginal est égal au revenu marginal. Mais il est clair qu'une entreprise peut produire plus d'un bien et, par conséquent, il semble n'y avoir aucune raison prima facie pour laquelle cette pente positive de la courbe des coûts en cas de concurrence parfaite, ou le fait que le coût marginal ne sera toujours inférieur au revenu marginal de concurrence imparfaite, devraient limiter la taille de la firme. Joan Robinson se fonde sur l'hypothèse simplificatrice de production d'un bien unique. Mais il est évidemment important de rechercher comment le nombre de biens produits par une entreprise est déterminé, car aucune théorie supposant qu'un seul bien est produit n'a une très grande signification pratique.

On peut répliquer qu'avec une concurrence parfaite, puisque tout ce qui est produit peut être vendu au prix d'équilibre, il n'existe alors aucun besoin de produire d'autres biens. Mais cet argument ignore le fait qu'il peut exister une situation où il est moins coûteux d'organiser les transactions d'un nouveau produit que de continuer à organiser des transactions supplémentaires pour l'ancien produit.

On peut illustrer ce fait de la façon suivante. Imaginez, selon le modèle de Von Thunen, qu'il existe une ville, centre de consommateurs, et que les industries sont localisées en cercles concentriques autour de ce point central. La représentation en est fournie par le diagramme suivant dans lequel A, B et C représentent différentes industries : Imaginez un entrepreneur qui commence en X à contrôler les transactions d'échanges. Dès lors, à mesure qu'il étend son activité en (B), le coût d'organisation s'accroît jusqu'à un point où il devient égal à celui d'une industrie différente plus proche de la ville. Quand l'entreprise se développera, elle se diversifiera en A et C. Ce cas est évidemment incomplet, mais il est bienvenu pour montrer que la pente positive de la courbe de coûts n'est pas une limite à la taille de l'entreprise.

Jusqu'ici, nous avons seulement considéré la concurrence parfaite ; le cas de la concurrence imparfaite apparaîtrait évident. Pour déterminer la taille de l'entreprise, il faut considérer les coûts de transaction de marché (c'est-à-dire les coûts

d'utilisation du mécanisme des prix) et les coûts d'organisation de différents entrepreneurs, et on peut ensuite déterminer combien de produits seront fabriqués par chaque entreprise et en quelle quantité. Il apparaît donc que Shove, dans son article sur la "concurrence imparfaite", soulève des questions auxquelles la courbe des coûts de J. Robinson ne permet pas de répondre. Les facteurs mentionnés ci-dessus semblent, eux, être pertinents.

V Il reste à présent à déterminer si le concept d'entreprise qui a été développé correspond bien à la réalité. Afin de mieux apprécier ce qui, en pratique, constitue une firme, il est recommandé d'étudier la relation juridique usuellement dénommée de "maître à domestique" ou "d'employeur à employé". Les caractéristiques essentielles de cette relation sont les suivantes :

1. "Le domestique est dans l'obligation de rendre des services personnels au maître ou à d'autres pour le compte du maître ; s'il en est autrement, le contrat est un contrat de vente de marchandises ou s'en approche ;
2. Le maître doit avoir le droit de contrôler le travail du domestique, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un autre domestique ou d'un agent.

C'est le droit de contrôler ou d'intégrer, de pouvoir dire au domestique quand travailler, quel travail effectuer et de quelle façon le faire (en fonction de la nature du travail) qui est la caractéristique réelle et dominante de cette relation et qui distingue le domestique d'un employé indépendant ou d'une personne engagée uniquement pour remettre à l'employeur les fruits de son travail.

Dans ce dernier cas, le contractant ou l'exécutant n'est pas sous le contrôle de l'employeur en ce qui concerne la réalisation du travail ou du service ; il doit concevoir et gérer son travail de façon à fournir le résultat qu'il s'est engagé à obtenir". Nous observons ainsi que c'est le fait de diriger qui est l'essence des concepts juridiques d'"employeur" et d'"employé" . Comme c'était le cas pour le concept économique développé auparavant. Il est intéressant de noter que, selon Batt, "ce qui distingue un représentant d'un domestique, ce n'est pas l'absence ou l'existence d'un salaire fixe, ou même le paiement d'une commission sur le travail réalisé, mais plutôt la liberté dont profite l'employé pour remplir ses fonctions". Nous pouvons par conséquent conclure que la définition donnée s'approche beaucoup de l'entreprise telle qu'on la considère dans le monde réel. Notre définition est par conséquent réaliste. Mais est-elle utilisable ?

Cela paraît clair. Quand nous étudions dans quelle mesure une entreprise peut s'étendre, le principe du marginalisme fonctionne sans heurts. La question est de savoir s'il est rentable d'opérer une transaction d'échange supplémentaire. A la marge, les coûts d'organisation au sein de l'entreprise seront égaux tant aux coûts d'organisation dans une autre firme qu'à ceux générés par une transaction qu'on laisse "s'effectuer" par l'entremise du mécanisme des prix. Les hommes d'affaires seront constamment en train d'expérimenter, de plus ou moins contrôler, et de cette façon, l'équilibre se maintient. Cela donne la position d'équilibre pour une analyse statique.

Mais il est évident que les facteurs dynamiques ont également une importance considérable, et les recherches sur les effets des changements sur le coût d'organisation dans l'entreprise et sur les coûts du marché permettront généralement d'expliquer pourquoi les firmes grandissent ou diminuent en taille. Nous disposons ainsi d'une théorie de l'équilibre dynamique. Ainsi, l'analyse précédente semble également clarifier la relation entre l'initiative ou l'esprit d'entreprise et la direction. Les initiatives supposent des prévisions et se diffusent grâce au mécanisme des prix par la passation de nouveaux contrats. Les dirigeants ne réagissent correctement qu'aux changements de prix, par un remaniement des facteurs de production sous leur contrôle. Que l'entrepreneur combine généralement ces deux fonctions est un résultat évident des coûts de marché présentés ci-dessus. Finalement, cette analyse nous permet de nous prononcer plus exactement sur ce que l'on entend par le "produit marginal" de l'entrepreneur. Mais l'étude de ce concept nous mènerait beaucoup plus loin que notre présente réflexion, relativement simple par comparaison, de définition et de clarification.

3^{ème} leçon :

Analyse économique du droit des contrats



Merry Blondel, *La dispute de Minerve et Neptune au sujet d'Athènes*

Posez vous la question suivante :

Sait-on seulement ce que signifie la « force obligatoire » du contrat ?

Sommaire bibliographique

- Ph. Rémy, La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, *RTD Civ.* 1997 p. 323 p. 54
- E. Brousseau, La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique, *LPA 19/05/05*, p. 43 p. 64
- Ch. Jamin, Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste), *LPA 19/05/05*, p. 54 p. 68
- L. Aynès, Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives, *Droit et Patrimoine* 2004, n°126 p. 71
- D. Mazeaud, La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, *D.* 1997, p. 475 p. 74
- Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, *D.* 1998, p. 203 p. 76
- D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD Civ.* 2004 p. 1 p. 78
- V. Cadoret, De la sanction du pacte de préférence dans la jurisprudence du fond, *RJR* 2008, n° 11 p. 84

1. Depuis un siècle environ, l'habitude s'est prise de traiter l'inexécution du contrat comme un cas de responsabilité civile - une « responsabilité contractuelle », certes distincte de la responsabilité délictuelle, mais construite à son image. Exprimant cette idée moderne de la « responsabilité contractuelle », le doyen Carbonnier écrit ainsi que « le débiteur a l'obligation de réparer le dommage causé au créancier par l'inexécution (fautive) du contrat, comme tout homme, en général, est tenu de réparer le dommage causé à autrui par sa faute (art. 1382-1383) » (1). Ce concept d'une « responsabilité contractuelle » ayant une *fonction de réparation* des dommages injustement causés s'oppose absolument à la doctrine du code, selon laquelle les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat sont un effet des obligations contractées et remplissent donc une *fonction d'exécution par équivalent* (2). La doctrine classique me paraît plus exacte, à beaucoup d'égards, que la doctrine moderne. M. Huet, dans une thèse remarquable (3), soutient que la responsabilité contractuelle combine aujourd'hui ces deux fonctions ; cette opinion décrit certes assez exactement le droit positif et, dans une certaine mesure, permettrait de réordonner la distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle ; mais la fin poursuivie par cet auteur - « soumettre les situations qui sont semblables en fait à des règles juridiques identiques » - serait plus sûrement atteinte si la fonction de réparation était uniformément assurée par la responsabilité délictuelle, la « responsabilité contractuelle » revenant à sa fonction simple de paiement forcé. En vérité, ce retour à la doctrine classique de l'inexécution du contrat permettrait, non de confirmer la distinction des deux « ordres » de responsabilité, mais de l'abolir, en débarrassant le contrat de fonctions qui ne sont pas les siennes et en redonnant par conséquent à la responsabilité délictuelle compétence exclusive pour la réparation des dommages injustement causés - spécialement pour les dommages causés à la personne. Les avantages d'une telle remise en ordre seraient considérables. M. Tallon a montré comment le concept contemporain de « responsabilité contractuelle » empêchait de bâtir une présentation cohérente des remèdes offerts au créancier en cas d'inexécution du contrat (4). De leur côté, MM le Tourneau et Cadet, dans leur récent traité de la responsabilité, mettent clairement en relief les difficultés résultant de l'intrusion, dans le régime de la défaillance contractuelle, de schémas empruntés, plus ou moins consciemment, à la responsabilité délictuelle (5). Partageant beaucoup de ces critiques (6), nous nous attacherons à décrire ici comment s'est opéré ce changement de concept (I), quelles conséquences en ont résulté (II) et quel avenir il pourrait avoir (III) (7).

I. - NAISSANCE DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

2. Ce que nous appelons aujourd'hui « responsabilité contractuelle » est réglé, au titre III du code civil (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), dans un chapitre III intitulé De l'effet des obligations. En tête du chapitre, le célèbre article 1134 ; puis viennent les effets de l'obligation de donner (S.II, art. 1136 et s.) et ceux de l'obligation de faire ou de ne pas faire (S.III, art. 1142 et s.) ; enfin la section IV traite des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation (art. 1146 et s.). A la suite de Pothier, le code a donc traité le droit du créancier à des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat comme *un effet de l'obligation contractée* ; on serait même tenté de dire que les dommages et intérêts sont la *forme que prend ordinairement l'obligation contractuelle*, lorsque le créancier recourt à la contrainte, faute de pouvoir réclamer (ou obtenir) l'exécution en nature (8). Ainsi, l'effet de l'obligation de faire ou de ne pas faire est de « se résoudre » (se payer) en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142), sauf les cas où la loi autorise l'exécution forcée en nature (art. 1143 et 1144). Ainsi encore, l'article 1147 dispose que le débiteur est condamné à des dommages et intérêts « à raison de l'inexécution » et non à raison du dommage causé au créancier par sa faute. Enfin, la fonction d'exécution forcée des dommages et intérêts résulte clairement de l'article 1150 : sauf en cas de dol, le débiteur est tenu, non de rétablir le créancier en l'état où il se trouverait si un dommage ne lui avait pas été injustement causé, mais de lui procurer l'équivalent de l'avantage qu'il attendait (ou pouvait légitimement attendre) du contrat. Tout, dans ce régime des dommages et intérêts, est donc étranger à l'idée d'une vraie « responsabilité contractuelle », taillée sur le modèle de la responsabilité délictuelle, et partageant avec elle une fonction de réparation.

3. Le plan général du code interdit d'ailleurs toute confusion entre les dommages et intérêts des articles 1146 et suivants et la dette de responsabilité : l'obligation de réparer le dommage injustement causé à autrui est une variété d'« engagement formé sans convention » (L.III, Tit.4) réglée, à deux cent cinquante articles de distance des « obligations conventionnelles en général », au chapitre des délits et quasi-délits. Ce plan traduit simplement la distinction fondamentale des sources ou « causes » d'obligations (comme disait Pothier) (9). Selon le code, comme selon Pothier, la *summa divisio* des causes d'obligations oppose seulement les conventions aux « autres causes », parmi lesquelles les délits et quasi-délits. Il ne s'agit donc pas là de la distinction des deux responsabilités à laquelle la systématique moderne nous a habitués ; plus radicale, la thèse classique est que *l'inexécution du contrat n'est pas la cause d'une obligation nouvelle* : c'est le contrat lui-même qui est la cause de la dette des dommages et intérêts, au cas d'inexécution. C'est pourquoi, comme le disait Eugène Gaudemet (10), il y a une opposition irréductible entre le cas où un lien d'obligation préexiste à la dette de dommages et intérêts et le cas des articles 1382 et suivants, où il n'y a pas d'obligation préexistante résultant d'un lien de droit déterminé. Or la doctrine moderne, même lorsqu'elle tient à la distinction des deux ordres, présente l'inexécution du contrat comme un *fait générateur* de responsabilité - donc comme la source d'une obligation nouvelle, distincte de l'obligation contractuelle primitive

(11), et dont elle serait le « prolongement » ou le « remplacement ». Ce qui suppose que l'inexécution de l'obligation a, à la fois, un effet extinctif de la dette primitive et un effet créateur de la dette de dommages-intérêts. Dans la doctrine du code au contraire, l'inexécution (ou la mauvaise exécution) n'opère pas cette espèce de novation de la dette contractée en dette de réparation : l'obligation inexécutée n'est pas éteinte par le seul fait de l'inexécution ; c'est précisément l'exécution par équivalent que réclame le créancier lorsqu'il prétend à des dommages et intérêts (12) et le débiteur qui prétend échapper aux dommages et intérêts doit prouver « le fait qui le libère », c'est-à-dire l'extinction de son obligation (art. 1147, 1148, 1245, 1246, 1302, 1315 c. civ.). Certes, la satisfaction du créancier ne sera obtenue qu'en argent, comme est procurée en argent, en général, la réparation des dommages injustement causés ; mais c'est simplement parce que l'argent est bon à tout : exécuter le contrat comme réparer un dommage, ou restituer un enrichissement injuste - toute obligation, quelle que soit sa cause, doit être *liquidée* en vue de l'exécution, lorsque celle-ci ne se fait pas *in specie*. Mais *ce mode d'exécution de l'obligation n'en modifie pas la nature parce qu'il ne modifie pas sa cause* - qui reste le contrat. D'une cause d'obligation à l'autre, la théorie classique des sources n'admet ni contamination, ni confusion, ni métamorphose : l'inexécution du contrat n'est pas une variété de délit civil et l'exécution forcée du contrat ne se ramène donc pas à la réparation d'un dommage injustement causé. Les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution sont un « remède » offert au créancier (comme disent les Anglais), non une nouvelle obligation du débiteur (13). Si l'on ne trouve pas trace de « responsabilité contractuelle » dans les textes relatifs aux dommages et intérêts, c'est bien parce qu'un tel concept ne peut entrer dans le système classique des sources d'obligations. Les dommages et intérêts ne constituent d'ailleurs pas le seul remède à l'inexécution, comme le suggérerait l'idée de réparation, ni même le remède principal : l'action en dommages et intérêts s'articule, en droit commun des contrats, avec l'exécution forcée en nature (art. 1143 et 1144), l'exception d'inexécution, la résolution (art. 1184), et le cas échéant la résiliation du contrat, qu'on ne saurait ramener à des modes de réparation d'un dommage.

4. Que le code ne traite pas l'inexécution du contrat comme un cas de responsabilité, c'est ce qui ressort enfin de la réglementation des contrats spéciaux (L.III, T.VI et s.). D'abord parce que, lorsque le contrat porte sur le transfert d'un droit ou la fourniture d'une chose (vente, louage de choses) les principales actions ouvertes au créancier sont les actions en garantie, qui n'ont aucun trait commun avec l'action en responsabilité. La doctrine moderne s'efforce certes de définir la garantie en termes de responsabilité, comme « l'obligation incombant à une personne d'indemniser une autre d'un dommage qui, de son point de vue, a une cause fortuite » ; mais c'est pour y voir aussitôt une obligation « dérogatoire au droit commun » - entendez le droit commun de la « responsabilité contractuelle », comprise comme la « sanction des fautes » du débiteur. Il faut alors donner à ces garanties légales des justifications plus ou moins artificielles (14). Dans une vue classique des contrats spéciaux, ces garanties (qui sentent encore très fort le *Digeste*, L.21, T.1 et 2) sont au contraire l'effet normal de ce type de contrat : rien d'étonnant à ce que l'obligation de livrer la chose (*praestare rem, id est tradere*) emporte, sauf convention contraire, la garantie que l'acheteur ne souffrira pas d'éviction et qu'il « aura utilement la chose », comme disait Pothier (15). Il n'y a, dans cet effet typique de certains contrats aucune « dérogation au droit commun » - on ne voit pas pourquoi les effets principaux des contrats les plus usuels seraient ainsi qualifiés. Si particularisme il y a, il consiste bien plutôt en ce que les actions en garantie ne comportent en général pas de droit à dommages et intérêts, mais seulement des restitutions (c'est encore un souvenir du Droit romain : art. 1630 et s., 1644 et 1646) (16). Ni l'action réhibitoire ni l'action *quantum minoris* ne ressemblent à des actions en responsabilité. Il y a plus. Les diverses actions en dommages et intérêts, telles que les règle le code à propos de chaque contrat, obéissent elles aussi en effet à un *principe de typicité* qui empêche qu'on les confonde avec l'action *atypique* en responsabilité pour les dommages injustement causés. Il y a dans le code des *actions contractuelles nommées*, comme il y a (parce qu'il y a) des *contrats nommés*. Jusqu'à la fin du XIXe siècle, les civilistes, encore élevés au lait des *Institutes* et du *Digeste*, donnent fréquemment à ces actions contractuelles spéciales leurs noms romains : actions « *empti* » et « *venditi* » pour les actions nées de la vente, actions « *locati* » et « *conducti* » pour les actions nées du louage de choses, actions « *mandati directa* » et « *mandati contraria* » pour les actions relatives au mandat, etc. Le lecteur des titres VI et suivants du livre III constatera que ces actions participent de l'économie propre à chaque contrat et se rattachent même, dans chaque contrat, à un cas particulier d'inexécution d'une obligation déterminée. Le code énonce ainsi, contrat-type après contrat-type, les cas dans lesquels les dommages et intérêts sont dus par le débiteur de telle ou telle obligation, ceux dans lesquels il en est exonéré, et même, à l'occasion, la façon de les mesurer. Des textes disent, bien sûr, que le débiteur « répond » ou « est responsable » de telle perte, ou de tel fait, ou de telle défaillance ; mais ce vocabulaire, employé comme le faisait Pothier, évoque la « responsabilité » que pour un esprit contemporain ; d'autres textes disent d'ailleurs bien mieux que tel contractant est (ou n'est pas) « chargé » de tel ou tel cas (fortuit ou non), ou qu'il « supporte » telle perte ou qu'il est « tenu » des dommages et intérêts dans tel événement : dans ces textes-là, le code détermine, non la « responsabilité » du débiteur, mais *l'étendue des obligations contractées* par lui. La typicité des actions contractuelles, dans le code, traduit donc simplement la diversité concrète des obligations contractuelles : rien de plus normal, dès lors que les actions contractuelles en dommages et intérêts ne tendent en vérité qu'à procurer au créancier l'équivalent des avantages escomptés du contrat. On ne saurait faire entrer ces actions contractuelles typiques dans un schéma de « responsabilité » : dans le système du code, la « responsabilité contractuelle » n'existe pas encore.

5. Jusque vers 1870, on n'utilise d'ailleurs guère cette expression (17). Le traité de Sourdat, premier ancêtre de tous les traités de responsabilité, annonce dans son titre même qu'il ne traitera que de « l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats » (18) ; la responsabilité, en cet âge classique, est encore en-dehors des contrats. De même, la *Jurisprudence générale* Dalloz traite des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat au mot « Obligations » (19) et ne traite, au mot « Responsabilité », que de la responsabilité délictuelle, en se contentant d'observer sobrement, et comme une évidence, qu'« on n'a pas à s'occuper ici de ce qui a trait à l'inexécution des conventions » (20) - la responsabilité ne naît que du délit. La frontière du contrat et du délit est aussi la frontière du contrat et de la responsabilité.

6. L'invention de la « responsabilité contractuelle », sous sa figure actuelle, constitue donc une mutation fondamentale de notre droit des obligations. A ses origines, il y a certainement la notion antique et vague de « faute contractuelle » (A) ; mais le facteur déterminant dans la fabrication du nouveau concept a été, me semble-t-il, la querelle des années 1880-1900 sur l'admission de cas de responsabilité sans faute : Planiol est alors celui par qui la « responsabilité contractuelle » advient véritablement (B).

7. A. - La « faute contractuelle » est bien antérieure à la « responsabilité contractuelle ». Son histoire est longue et embrouillée. La mémoire du droit des contrats remonte ici encore au droit romain de l'époque classique, à l'époque où le *praestare culpam* chasse le *praestare custodiam* dans les contrats de bonne foi, puis au droit romano-byzantin, qui systématise la gradation des fautes (21) selon le critère de l'*utilitas contrahentium*. Ce mouvement est repris par le droit romain médiéval (22) et ne se perdra plus jusqu'à la fin de l'Ancien Régime : d'Accurse et Alciati à Pothier (23), on suit le fil de la « prestation des fautes » et les infinies subtilités de son critère à trois branches. On sait que cette très antique doctrine a été critiquée pour sa complexité par Doneau, Thomasius et Lebrun (24), qui prétendent restituer ici la « pureté » du « vrai » Droit romain (ce que fera à nouveau Hasse au début du XIXe siècle) (25). La « prestation des fautes » est enfin abandonnée par les rédacteurs du code, pour un excellent motif : « la division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique : il n'en faut pas moins sur chaque faute vérifier si l'obligation du débiteur est plus ou moins stricte, quel est l'intérêt des parties, comment elles ont entendu s'obliger, quelles sont les circonstances... elle ne peut que répandre une fausse lueur et devenir la matière de contestations plus nombreuses. L'équité elle-même répugne à ces idées subtiles » (26). Ce refus de la prestation des fautes (des trois fautes) est en toutes lettres à l'article 1137 alinéa premier : les « soins du bon père de famille » serviront de standard général pour déterminer l'étendue de l'obligation de conserver la chose d'autrui ; de même que le débiteur d'une chose déterminée quant à son espèce seulement se libère (sauf convention particulière) en la fournissant de qualité moyenne (art. 1246), de même le débiteur de l'obligation de conserver la chose d'autrui se libère en général en fournissant des soins de qualité moyenne. Mais naturellement, cette obligation est « plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent » (art. 1137 al. 2). La fausse question des degrés de la faute est ainsi remplacée par la vraie question : celle de l'étendue des obligations contractées, qui suppose toujours l'analyse du contenu du contrat - car la question que soulève la « responsabilité contractuelle » est toujours (et seulement) de savoir si le débiteur a exécuté le contrat.

8. Pourtant, comme le montre un très intéressant article de M. Desrayaud récemment paru dans cette *Revue* (27), l'article 1137, rapproché des articles 1382 et 1383, offrait en 1804 une nouvelle tentative à une doctrine imprégnée de jusrationalisme (28) et volontiers moralisante : s'il n'y a plus, en matière contractuelle, qu'une seule « faute », il est tentant de comprendre cette unique « faute contractuelle » comme une simple espèce de la faute civile que sanctionnent les articles 1382 et 1383 - ces « principes de droit naturel », fondés « sur ce précepte sublime de la morale divine, ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse à toi-même » (29). L'idée d'une « responsabilité civile » unique, sanctionnant les mêmes fautes de comportement dans les rapports contractuels et « extra-contractuels », se trouve évidemment en germe dans une telle théorie de la « faute contractuelle » que l'on trouve chez Toullier (30). Faut-il chercher encore plus haut les racines de l'unité des fautes, et notamment chez Domat, comme on le fait parfois ? Il est vrai qu'après avoir posé un principe général de responsabilité pour faute, Domat en donne pour exemple « le défaut de s'acquitter d'un engagement », qui « est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages et intérêts dont on sera tenu » (31). Mais chez Domat, cette allusion reste isolée ; selon un système qui annonce celui de Pothier, Domat traite des dommages et intérêts à propos des conventions et les analyse explicitement comme « un effet des engagements », indépendamment de toute idée de responsabilité ou de faute (32). Il est donc abusif de faire de Domat l'inventeur du concept moderne de « responsabilité contractuelle » (33) ; mais on pressent à le lire que la généralité de la responsabilité pour faute pousse instinctivement au rapprochement de la « faute contractuelle » et de la faute délictuelle, et par conséquent à l'idée que l'inexécution du contrat est un cas de responsabilité.

9. L'opposition absolue de la « faute contractuelle » et de la « faute délictuelle » est pourtant encore un leitmotiv doctrinal des années 1850-1870 (34). Il est alors couramment enseigné que la « faute contractuelle », à la différence de la faute délictuelle, est présumée et que le débiteur, pour s'exonérer, doit prouver la cause étrangère, le cas fortuit ou la force majeure ; on harmonise ainsi, sans les états d'âme ultérieurs, les articles 1137 et 1147. On respecte aussi le droit commun du paiement : le créancier ayant prouvé sa créance (art. 1315, al. 1), c'est au débiteur qui se prétend libéré de justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation (art. 1315, al. 2). On dit donc que la « faute contractuelle » cesse là seulement où commence le cas fortuit, et l'on ne trouve pas de difficulté à lire, à l'article 1302, que l'obligation est éteinte si la chose due a péri sans la faute du débiteur (al. 1), mais que celui-ci doit

prouver le cas fortuit qu'il allègue (al. 3). Les difficultés de lecture de ces textes ne commenceront que lorsque l'inexécution du contrat sera comprise comme un vrai cas de responsabilité : la « faute contractuelle », perçue alors comme le fait générateur d'une obligation nouvelle de réparation, deviendra le « fait personnel » du débiteur ; la présomption d'une « faute » du débiteur paraîtra alors évidemment contraire au droit commun de la responsabilité ; à supposer qu'il y ait présomption de faute, on trouvera illogique qu'elle ne puisse être renversée que par la preuve du cas fortuit. Ce renversement moderne de perspective - ce contresens sur la « faute contractuelle » - s'opérera lorsque Planiol défendra « l'unité de la faute » : c'est seulement dans le dernier quart du XIXe siècle, et pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la théorie générale du contrat, que l'on verra naître, dans un même mouvement, « l'unité de la faute » et le concept moderne de « responsabilité contractuelle ».

10. B. - Les années 1880-1900 constituent à bien des égards une époque cruciale de notre histoire doctrinale. Outre les turbulences politiques (qui ont dû compter), plusieurs mouvements s'y combinent, qui entrent en résonance. En premier lieu, le code a vieilli, et trois générations de commentateurs en ont tiré toute la substance ; beaucoup disent qu'il faut aller « au-delà du code » ; la préparation et la promulgation du BGB montrent d'ailleurs les progrès qu'on peut espérer d'un renouvellement de la « science juridique » *more germanico*. En second lieu, les accidents industriels (avant les accidents de la circulation) font craquer les principes classiques de la responsabilité ; il entre d'ailleurs, dans cette question, beaucoup plus que de la froide technique juridique : les accidents du travail sont en effet un aspect de la « question ouvrière » ou de la « question sociale » (35). Enfin l'époque est à la création prétorienne - c'est le moment des « grands arrêts » (et des grands arrêstistes). Ces trois crises - crise du code, crise de la responsabilité, crise des sources et des méthodes - bouillonnent ensemble. C'est de là que sortira la figure moderne de la « responsabilité contractuelle ».

11. Le facteur décisif est, me semble-t-il, l'absolue généralité des articles 1382-1383 (36), au moment où se pose la question des accidents du travail. En forgeant un délit civil unique, sur l'unique fondement de la faute, au lieu d'un système de délits spéciaux, le code et plus encore ses commentateurs n'ont en effet laissé que deux voies à la responsabilité sans faute prouvée du patron à l'égard de l'ouvrier victime d'un accident du travail : ou changer le principe même de la responsabilité délictuelle - c'est ce que propose Saleilles, avec la théorie du risque - ou transporter la réparation du terrain du délit au terrain du contrat - c'est ce que propose le belge Saintelette, avec la théorie de la « garantie » (37). On sait que la chambre civile préférera en 1896 la voie délictuelle à la voie contractuelle, en inventant la responsabilité du fait des choses (38) avant que la loi du 9 avril 1898 ne vienne régler la question des accidents du travail. Mais cette loi ne vide pas la querelle, qui conserve un aliment avec les accidents de transport (39). Dans le même chaudron où mijote la responsabilité du fait des choses (en attendant les accidents d'automobile), la question de la « garantie » contractuelle chauffe ainsi jusqu'à la Grande guerre. L'un de ses protagonistes les plus marquants est Planiol ; c'est à lui qu'on peut imputer l'invention de la responsabilité contractuelle de l'âge moderne.

12. Comme on sait, l'objectif de Planiol est de « sauver la faute » (40). Pour cela, il lui faut défendre sur le double front ouvert d'un côté par Saleilles et de l'autre par Saintelette : repousser à la fois la théorie du risque en matière de délits et celle de la garantie en matière de contrats. Sur ce second point, on pouvait se contenter de dire qu'il était artificiel de faire entrer dans le contrat une obligation que l'une des parties n'avait certainement pas entendu assumer (41) et plus encore de transformer en obligation contractuelle le devoir général de ne pas nuire à la personne d'autrui. Mais la défense de la faute conduit la démonstration de Planiol sur une tout autre voie. Traitant de l'obligation du patron d'assurer la sécurité de l'ouvrier, Planiol commence certes par dire que cette obligation « ne peut avoir une origine conventionnelle, parce que c'est la loi elle-même qui la crée, et que, lorsqu'une obligation est légale, elle ne devient pas contractuelle par cela seul que des particuliers l'expriment dans leur convention... En effet, cette obligation n'est pas autre chose que le devoir de ne pas compromettre la vie d'autrui par négligence. Ce n'est pas le contrat qui oblige le patron à prendre des précautions pour ne pas tuer des passants ; le contrat n'a donc pas besoin de créer cette obligation au profit des ouvriers » (42). Cet argument aurait suffi à convaincre que la réparation des dommages corporels n'appartient pas au contrat. Mais l'objectif de Planiol n'est point de défendre le régime du contrat, mais la nécessité de prouver la faute du patron ; aussi ajoute-t-il que « la controverse sur la nature délictuelle ou contractuelle de l'obligation... ne conduit nullement à trancher la question du fardeau de la preuve » (43). Contre « l'opinion commune » (à la fin du XIXe siècle) selon laquelle la « faute contractuelle » serait présumée, Planiol soutient alors que « la différence que l'on prétend établir entre les deux espèces de fautes manque entièrement de base ; ce n'est qu'une sorte d'illusion résultant d'un examen superficiel : l'une et l'autre faute créent également une obligation, celle de réparer par une indemnité le dommage causé ; l'une et l'autre supposent également l'existence d'une obligation antérieure ; l'une et l'autre consistent également en un fait qui est la violation de cette obligation... traiter d'une manière différente deux débiteurs qu'on peut supposer tenus d'obligations semblables par leur objet, l'un en vertu de la loi, l'autre en vertu d'une convention... serait un caprice sans motifs, une absurdité législative » (44). C'est parce qu'en général les obligations « légales » ont pour objet une abstention alors que, le plus souvent, les obligations contractuelles sont « positives » qu'on a « l'illusion » d'une différence dans le régime de la preuve des « deux fautes ». Au vrai, il y a « unité de la faute » (45). D'où la construction, dans le *Traité élémentaire*, d'une « notion générale de la faute », dans un titre « des obligations non contractuelles » qui embrassera « indifféremment » la violation des obligations légales et des obligations conventionnelles (46) : « point très important », mais « qui est presque universellement mal compris » (47). Ce que l'on comprend mal, en effet, lorsqu'on se

tient aux catégories classiques, ce sont les mystérieuses « obligations légales préexistantes ». Esprit limpide, Planiol explique : on se fait « facilement une idée sommaire » des obligations conventionnelles, parce que les types des principaux contrats « sont fixés depuis longtemps » ; s'il n'en va pas de même pour les « obligations légales », c'est parce que l'article 1382, texte purement sanctionnateur (« l'équivalent de ce qu'est l'article 1142 pour les obligations conventionnelles »), ne dit pas « quand l'auteur du dommage est en faute ». Il faut « dresser le tableau des obligations légales dont l'article 1382 est la garantie, mais ce travail n'a jamais été entrepris ». Voici donc ce tableau des obligations légales : « 1°) s'abstenir de toute violence envers les choses ou envers les personnes ; 2°) s'abstenir de toute fraude, c'est-à-dire de tout acte irrégulier et trompeur destiné à léser autrui ; 3°) s'abstenir de tout acte qui exige une certaine force ou une certaine habileté que l'on ne possède pas au degré voulu ; 4°) exercer une surveillance suffisante sur les choses dangereuses qu'on possède ou sur les personnes dont a la garde (enfants, fous, etc.) » (48). On trouvera, à la *Revue critique* de 1905 (49), un autre catalogue - cherché « dans la jurisprudence, ce grand recueil de l'expérience humaine, ce livre toujours ouvert » - des fautes « contre l'honnêteté, contre l'habileté, contre la légalité » : fautes du séducteur, du pâtissier, du conservateur des hypothèques, du chef de gare, du patron d'établissement insalubre, tableau baroque et chatoyant où se mêlent évidemment les « fautes contractuelles » et délictuelles. Le même article fournit explicitement le présupposé de cette doctrine des fautes : « il faut sous entendre, dans la constitution de toute société humaine, une double règle légale qu'on pourrait formuler ainsi : « défense d'être malhonnête, défense d'être maladroit ». Ces deux défenses ne sont elles-mêmes que la traduction d'un *neminem laedere* fondamental. De telles « obligations légales » sont évidemment bien loin des exemples modestes d'obligations légales fournis par l'article 1370 - obligations entre propriétaires voisins ou obligations des tuteurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est dévolue. A la vérité, le système de Planiol joue sur l'ambiguïté sémantique de « l'obligation » que le langage courant, mais non le langage juridique - confond avec le « devoir » (50). Ainsi naît ce qu'on pourrait appeler la pantimétique : à supposer « toute société humaine » constituée sur ces devoirs généraux transformés en « obligations légales », l'essence unique du Droit devient la sanction des fautes et tout y est réparation des torts (le *neminem laedere* chasse le *suum cuique tribuere*) (51) ; la responsabilité pénètre partout - spécialement dans le contrat.

13. Il faut relier cela à la doctrine des sources d'obligations que Planiol, à la même époque, élabore dans un célèbre article de la *Revue critique* (52). On sait que, pour Planiol, toutes les obligations dérivent de deux sources seulement : le contrat et la loi - qui embrasse les délits, quasi-délits, quasi-contrats et obligations légales *stricto sensu*. A première vue, cette classification dualiste des sources d'obligations se raccorde mal à la doctrine de l'unité de la responsabilité (53) ; mais, à y mieux regarder, on perçoit leur parfaite cohérence. La classification de Planiol efface en effet l'antithèse classique du contrat et des engagements formés sans convention pour lui substituer l'antithèse de deux « volontés créatrices » - Planiol le dit ainsi : la volonté des parties et la volonté du législateur. Ces deux volontés sont les sources primaires des obligations ; mais la « contravention » à ces obligations primordiales a pour effet de les transformer toutes en une nouvelle obligation de réparation, sous forme de dommages et intérêts. Délit et quasi délit (mais aussi quasi-contrat) que, dans la « nomenclature classique », on aperçoit comme des sources primaires d'obligations, ne sont en vérité que des sources secondes, ou dérivées (54), « la transformation en argent d'une obligation légale primordiale, par l'effet d'une contravention ou inexécution » (55). Homothétiquement, le contrat est donc vu lui aussi comme une source d'obligations « primordiales » qui se transformeront en une obligation nouvelle de dommages-intérêts par l'effet d'une « contravention ». Quelle que soit la source des obligations « primaires », il n'y a ainsi qu'une « faute civile » donnant naissance dans tous les cas à une nouvelle et même obligation, celle de réparer le dommage causé. C'est donc bien la dualité des sources d'obligations, comme la voit Planiol, qui commande au fond l'unité de la responsabilité. On reste étonné d'une telle construction, chez un auteur qui met si fort en garde ses lecteurs contre le *mos geometricus* dans la matière des obligations (56). Il n'est pas impossible que Planiol ait puisé une part de son inspiration dans les travaux préparatoires du code civil allemand : il a en tout cas lu Jhering sur la faute (57), et loue le BGB d'en avoir donné une définition plus complète que celle du code (58) ; de même, son parti de traiter des dommages-intérêts non avec les contrats (comme le fait le code français), mais comme une partie de la théorie générale des obligations « considérées en elles-mêmes », est aussi un emprunt à la méthode du BGB (59), dont Saleilles avait fait connaître les travaux préparatoires.

14. A la différence du monisme extrême [celui de Grandmoulin (60) et de Lefebvre (61)] selon lequel l'inexécution du contrat est un délit, la thèse de Planiol n'efface pas l'opposition de la loi et du contrat ; mais elle la déplace considérablement : la loi qui jusque là n'était qu'une modeste source immédiate d'obligations (celles du tuteur, celles des voisins) est prise ici à la fois comme source immédiate d'une foule innombrable d'obligations « primordiales » et comme source médiatrice de toutes les obligations « dérivées », puisqu'elle impose de réparer les contraventions à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source primaire. Planiol discute habilement les « mauvais arguments » de Lefebvre et de Grandmoulin (62), dont les thèses assimilent le contrat à une loi ou inversement la loi à une espèce de contrat pour en tirer le principe d'une responsabilité unique ; ces arguments, dit Planiol, sont inutiles, dès lors que « la nature de l'obligation violée reste sans influence sur la faute » (63).

15. On voit quelles séductions la doctrine de Planiol a pu exercer : l'opposition de la loi et du contrat comme « volontés » antithétiques satisfait à la fois le positivisme légaliste et la doctrine de l'autonomie de la volonté (c'est un mariage courant à la fin du XIXe) ; la dualité des obligations primaires, en dépit de l'équivoque du mot «

obligations », est un trompe l'oeil assez esthétique ; enfin l'unité de la faute s'accorde merveilleusement au moralisme congénital de notre droit des obligations. Pourtant, presque tout en tombera ; la théorie des « obligations légales préexistantes » disparaîtra ; la responsabilité délictuelle admettra un très large secteur de responsabilité sans faute ; la « responsabilité contractuelle » sera utilisée, au moins dans ses commencements, comme un procédé dispensant la victime de faire la preuve d'une faute du débiteur. Mais il subsistera, de cet effort rhétorique, ce à quoi peut-être Planiol tenait le moins, au fond : l'espèce de métaphore selon laquelle, l'inexécution de contrat étant une « faute » de même nature que le délit, cette faute fait naître une obligation de réparer qui succède à l'obligation contractuelle inexécutée - la réparation évinçant ainsi l'exécution forcée.

II. - LA « RESPONSABILITE CONTRACTUELLE » : SUITES

16. Dans la première moitié de notre siècle, la filiation doctrinale de Planiol est aisée à repérer, aussi bien chez les partisans de l'unité que chez ceux de la dualité de la responsabilité. Ainsi Esmein, qui assimile complètement les fondements des deux responsabilités, prolonge la thèse de Planiol en disant que, même dans la responsabilité contractuelle, la faute apparaît comme l'inexécution d'une obligation légale (puisque c'est la loi qui nous oblige à exécuter les engagements que nous avons assumés) (64) : la « faute » étant la même, la « sanction » doit être la même, sauf différences de détail à justifier dans chaque cas ; on est ici à la pointe de la doctrine pantimétique. La doctrine « dualiste » est simplement plus prudente : Henri et Léon Mazeaud (65) soutiennent qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les deux responsabilités (elles sont même fondées sur la faute), mais seulement des différences « accessoires » tenant à la source (volontaire ou légale) des obligations violées. Une seule nature, mais des différences de régime plus ou moins justifiables selon qu'on est ou non volontariste : ce compromis flottant deviendra l'opinion majoritaire (66). La consolidation définitive du concept actuel de « responsabilité contractuelle » viendra de deux faits jurisprudentiels presque concomitants : l'irruption de l'obligation contractuelle de sécurité, puis le succès de la distinction des obligations de moyens et de résultat. D'une part, l'introduction de l'obligation de sécurité dans les contrats a définitivement ancré la « responsabilité contractuelle » dans sa fonction de réparation, où elle concurrence désormais la responsabilité délictuelle (A). D'autre part, la distinction des obligations de moyens et de résultat a organisé la coexistence de deux régimes de « responsabilité contractuelle », l'un fondé sur la faute prouvée, l'autre plus « objectif », ce qui accentue le parallèle avec les deux régimes typiques de la responsabilité délictuelle (B). Ainsi se verrouille, dans les années 1910-1930, le concept de « responsabilité contractuelle » : de l'espèce de métaphore élaborée par Planiol à des fins rhétoriques, on est passé à la confusion des fonctions puis à l'assimilation des régimes.

17. A. - Au tournant du siècle, la « responsabilité contractuelle » est, on l'a vu, une voie offerte au contractant victime d'un dommage corporel pour échapper à la nécessité de prouver la faute de l'auteur du dommage : on imagine donc de « forcer » le contrat pour y faire entrer une « garantie » de sécurité ; la victime invoquera l'inexécution du contrat plutôt que le délit et l'article 1147 la dispensera de prouver la faute du « débiteur de sécurité ». La contractualisation de ce type de dommage apparaît donc comme un procédé d'« objectivation » de la responsabilité, comme on dirait aujourd'hui. La concurrence que fait la « responsabilité contractuelle » à la responsabilité délictuelle répond ainsi, dans ses débuts, à un objectif clair de faveur à la victime. Tout s'embrouille - et très vite - quand d'un côté l'obligation contractuelle de sécurité voit son régime se diversifier, tandis que d'un autre côté l'invention de la responsabilité du fait des choses ouvre un très vaste champ de responsabilité délictuelle sans faute. De l'invention primitive de la « créance de sécurité » à la situation actuelle, la concurrence des voies contractuelle et délictuelle de la réparation a ainsi perdu toute cohérence.

18. Comme on sait, l'obligation de sécurité pénètre d'abord le contrat de transport. Cela est compréhensible : l'accident de transport est, avec l'accident du travail, l'autre grand type d'accident de la société « machiniste ». La doctrine de Sainctelette visait d'ailleurs explicitement à couvrir de la « garantie » contractuelle aussi bien les accidents de transport que les accidents du travail. Au surplus, en matière de transport, l'article 1782 fournissait le modèle d'une obligation accessoire de « conservation des choses qui... sont confiées » au voiturier, celui-ci étant tenu de la perte et des avaries, sauf à prouver le cas fortuit ou la force majeure (art. 1784). Il était tentant d'étendre cette obligation de conservation, *a pari* ou *a fortiori*, au transport de personnes. Pourtant, la jurisprudence de la fin du siècle refuse la voie contractuelle à la victime de l'accident de transport, comme elle l'avait refusée à l'ouvrier victime d'un accident du travail (67). Ses raisons sont fortes ; d'abord, l'article 1784 (comme l'article 103 c. com.) se rattache au dépôt nécessaire de corps certains (arg. art. 1782) et les personnes transportées ne sauraient être considérées comme des choses déposées entre les mains du transporteur ; on ne voit ensuite pas pourquoi on ferait entrer prétoriquement dans le contrat une obligation à laquelle l'une des parties au moins n'entendait sans doute pas s'astreindre ; enfin, accepter la voie contractuelle, c'est aussi admettre les exclusions et limitations conventionnelles de responsabilité. Le revirement des années 1911-1913 (68) est donc bien le signe que s'acclimate, en droit positif, l'idée que la « responsabilité contractuelle » et la responsabilité délictuelle partagent une même fonction, et ont une même « nature » (69). Le paradoxe est que ce qui est alors recherché, c'est l'avantage probatoire que confère à la victime le régime du contrat par rapport au régime du délit ; derrière l'identité des fonctions, c'est en même temps la dualité des régimes qui s'affirme. Ainsi se justifie politiquement le compromis auquel s'arrêtera la doctrine dominante : il y a bien une seule responsabilité, mais avec des différences « techniques » qu'on peut utiliser pour mieux protéger les victimes.

19. Le procédé est si commode qu'il gagne très rapidement, en jurisprudence, d'autres contrats que le transport. Vingt ans plus tard, Lalou (70) et Josserand (71) décrivent ce mouvement jurisprudentiel principalement alimenté, jusque dans les années 30, par des décisions de juges du fond. Josserand (c'est lui qui baptise, semble-t-il, l'obligation de sécurité) en donne une analyse fort intéressante ; il recense d'abord les « échecs » du procédé (dans le louage de services, le contrat d'enseignement, la responsabilité des notaires, des médecins et chirurgiens) avant de dénombrer les cas où « le concept contractuel a fait reculer devant lui et a vaincu le concept délictuel » (transports, hôtellerie, accidents localisés) ; ce « forçage » du contrat - qu'il approuve pour d'autres obligations - lui paraît ici contestable : l'introduction de l'obligation de sécurité, faux « enrichissement du concept contractuel », constitue en réalité un simple transvasement dans le contrat d'une obligation de nature extra-contractuelle (72). Ce témoin du premier moment a donc très exactement vu, dans le développement de l'obligation de sécurité, *trois phénomènes liés : le gonflement artificiel du contrat, le refoulement de la responsabilité délictuelle, et la multiplication des conflits de frontières entre les deux ordres de responsabilité.*

20. Les mouvements de notre question deviennent ensuite beaucoup plus difficiles à saisir. C'est que *la concurrence du délit et du contrat se complique alors de deux façons.* Du côté du délit, le triomphe d'un principe général de responsabilité du fait des choses donne fréquemment aux victimes d'accidents corporels le même avantage probatoire que celui qu'on cherche à leur offrir avec la « créance de sécurité » ; or, dans maintes situations contractuelles le dommage est causé à l'une des parties par une chose appartenant à l'autre partie, ou fournie par elle, ou manipulée par elle (73). Du côté du contrat, la distinction des obligations de moyens et de résultat se répand elle aussi à une vitesse étonnante et beaucoup d'« obligations contractuelles de sécurité » ne seront traitées ni comme des garanties, ni comme des obligations de résultat, mais comme des obligations de moyens. Les voies contractuelle et délictuelle de la réparation se dédoublent ainsi chacune en deux régimes, l'un plus favorable, l'autre moins favorable à la victime ; les choix se ramifient donc. On le voit dans la querelle du transport bénévole (74), où le choix de la solution contractuelle peut servir aussi bien à faciliter la réparation qu'à l'exclure, de même que le choix de la solution délictuelle peut être commandé par l'intention de faire jouer soit l'article 1384 soit les articles 1382 et 1383 (75). On le verra mieux encore lorsque, l'existence d'une relation contractuelle étant incontestable, l'accident se produira sur les franges du contrat : accidents d'avant et d'après transport (le quai, la montée, la descente), accidents de magasin (où l'on peut raffiner les distinctions selon que l'accident a lieu avant ou après l'emplette, qu'il a été causé par la chose achetée ou par une des innombrables choses se trouvant dans le magasin, de l'escalier mécanique à la feuille de salade). C'est alors, au gré des espèces, la valse-hésitation des responsabilités contractuelle et délictuelle.

21. On note, depuis une quinzaine d'années, un certain *reflux de l'obligation de sécurité* (76) : les juges comprennent que la « créance de sécurité » est une « créance » bien paradoxale, lorsqu'elle prive le « créancier de sécurité » de l'avantage qu'il aurait à invoquer l'article 1384 alinéa 1 s'il n'était créancier de rien du tout ! Mais ce n'est pas à dire que la jurisprudence ait entrepris pour autant de dégonfler le contenu du contrat de cette encombrante obligation « accessoire » ; comme le montre la jurisprudence des accidents de magasin ou de transport, le juge ne renonce pas à l'obligation contractuelle de sécurité ; pour retrouver le régime délictuel, il préfère dire ou qu'il n'y a pas contrat, ou que son exécution n'a pas encore commencé, ou qu'elle est déjà achevée. *La frontière du délit et du contrat se déplace, mais la « responsabilité contractuelle » conserve sa fonction de réparation des dommages corporels.*

22. Le *reflexe contractualiste* a d'ailleurs resurgi, plus récemment, avec la réparation des dommages causés par les produits défectueux. Ici encore, le plus simple, *de lege ferenda*, aurait été de construire un régime uniforme de responsabilité délictuelle objective des fabricants - ce serait aujourd'hui la façon la plus économique d'appliquer la directive européenne de 1985. Mais, dans le silence de la loi (et bien avant la directive), la jurisprudence a suivi la pente, évidemment plus facile pour elle, de la *contractualisation des dommages*. Le contrat en cause étant la vente, le « forçage » a d'abord pris naturellement la voie de la garantie des vices cachés du produit. Avec plusieurs inconvénients, qui se sont révélés au fil des espèces, et qui ont été corrigés avec plus ou moins d'artifice. Premier inconvénient : le vendeur ne doit de dommages et intérêts à l'acheteur que s'il connaissait les vices de la chose (art. 1645) ; qu'importe : en tant que professionnel, il sera tenu de connaître les vices affectant la chose vendue - c'est l'apport du malheureux boulanger de Pont-Saint-Esprit au système moderne de sécurité du consommateur (77). Deuxième inconvénient : accrochée à la garantie des vices, l'action de l'acheteur victime est enfermée dans un bref délai (art. 1648) ; qu'importe : on finira, en 1991, par découvrir que l'obligation contractuelle de sécurité est, dans la vente, une « obligation autonome » (78), soumise au délai de prescription de l'action contractuelle de « droit commun ». Un dernier inconvénient de la solution contractuelle se trouve dans le principe de relativité des conventions, fort gênant dans le cas de la responsabilité du fait des produits, où le dommage se produit au bout de la chaîne de distribution ; à vrai dire, demi-inconvénient seulement, puisque précisément le droit de la vente admet depuis un siècle la transmission de la garantie des vices aux acquéreurs successifs de la chose ; la garantie des vices transportera donc avec elle l'obligation de sécurité jusqu'au bout de la chaîne des ventes ; et quand l'on en viendra, pour cause de trop brève prescription, à détacher l'obligation de sécurité de la garantie (1991), la transmission *de plano* de toutes les actions contractuelles en responsabilité aura déjà été admise (1986). Cet assouplissement de l'effet relatif des contrats par les actions contractuelles directes a certainement fait beaucoup pour le succès de la solution contractuelle en matière de responsabilité du fait des produits. Mais la

transmission des actions contractuelles est un procédé limité : comment faire profiter de l'obligation contractuelle de sécurité d'autres personnes que l'acquéreur final ? On a pu songer un temps que le développement des « actions contractuelles directes » ferait tomber ce dernier obstacle au rayonnement de l'obligation « contractuelle » de sécurité vers les tiers victimes ; avec un peu d'indulgence, on aurait pu voir dans beaucoup de situations-types d'accidents domestiques des « groupes de contrats » et des victimes n'ayant « souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial » : l'époux, les enfants, les amis utilisateurs du produit défectueux auraient bien pu invoquer un prêt de l'acheteur final. Mais le célèbre arrêt *Besse*, en restaurant l'effet relatif, a enrayé cet ultime développement. S'étant ainsi privée de la ressource de l'action contractuelle directe, la Cour de cassation vient de recourir à un procédé plus étonnant encore en disant, dans son style admirablement bref, que « le vendeur professionnel... tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes... en est responsable tant à l'égard des tiers que de son acquéreur » (79). Ainsi, l'inexécution d'une obligation contractuelle (livrer un produit exempt de vice) constitue *ipso facto* une faute délictuelle à l'égard des tiers : on saute donc l'obstacle de l'effet relatif, puisque l'action du tiers reste une action délictuelle, fondée sur l'article 1382 ; mais on voit bien que la faute délictuelle du vendeur, définie comme le manquement à son obligation contractuelle de livrer un produit non défectueux, n'est pas « détachable du contrat » (80) : sa faute délictuelle est en réalité une « faute » purement contractuelle. Voici donc une action délictuelle directement et uniquement fondée sur une « faute contractuelle » ; on se dit que Grandmoulin finira par avoir raison. Voici aussi une nouvelle complication dans la structure de notre système de réparation des dommages corporels ; les tiers auront avantage à accrocher chaque fois qu'ils le pourront leur action délictuelle à la violation d'une obligation contractuelle de sécurité plutôt qu'à la vieille « garde de structure » qui leur permettrait elle aussi de rechercher, mais dans des conditions plus étroites, la responsabilité du fabricant (plus problématiquement celle du vendeur) ; pour ces tiers, l'article 1382 devient donc un texte plus favorable que l'article 1384 alinéa 1 : allez expliquer cela aux mânes de Planiol !

23. Après la jurisprudence des « chutes dans l'escalier » (81), puis celle des accidents de quai ou de magasin, la jurisprudence des accidents du fait des produits montre aujourd'hui que *le choix de la voie contractuelle a toujours pour effet d'introduire le désordre dans notre système de réparation des dommages corporels.* L'idée d'offrir à la victime un « parapluie contractuel » est donc, expérience faite, une fausse bonne idée : mieux vaudrait redonner au délit sa compétence naturelle sur les affaires de « bras cassés et de morts d'homme » (82), et « décontractualiser » l'obligation de sécurité (83), si l'on veut en construire un régime cohérent (84). Dans le cas de la sécurité des produits, il est clair que la pseudo-obligation contractuelle de sécurité ne fait que répéter une règle légale précise (art. 1 L. 21 juill. 1983, art. L. 221-1 c. consom.) : il serait donc possible de construire là dessus une responsabilité uniformément délictuelle, en débarrassant la vente de cette encombrante obligation accessoire de sécurité.

24. L'obligation contractuelle de sécurité est pourtant en passe de gagner un nouveau territoire, en devenant « *obligation de sécurité quant aux biens* ». L'expression est déjà courante (85), et la jurisprudence l'utilise notamment en matière de responsabilité du fait des produits ; elle a été précédée par une partie de la doctrine (86). Il faut ici se garder d'une confusion. Beaucoup de contrats font naître, à titre principal (dépot, contrats de gardiennage ou de surveillance) ou à titre accessoire (entreprise, bail, sous des formes aussi variées que le sont ces deux contrats) l'obligation de conserver la chose d'autrui - il arrive d'ailleurs que cette obligation accessoire soit elle-même considérée comme résultant d'un dépôt (art. 1782, pour le transport ; art. 1952 pour l'hôtellerie ; L. du 6 juill. 1992 pour le dépôt hospitalier). L'étendue de cette obligation est naturellement variable selon l'économie du contrat, et nos « petits contrats » nommés comportent bien souvent un régime précis de cette obligation accessoire de conservation (ex. : art. 1788 et s. ; art. 1880 et s.) ; à défaut, une jurisprudence abondante taille elle-même ce régime (87). Il est certes abusif de baptiser cette obligation « obligation de sécurité quant aux biens », mais cela ne tire pas à conséquence : l'obligation de veiller sur la chose a, dans tous ces cas, un caractère contractuel - la vraie difficulté étant, selon les espèces, de qualifier le contrat et de déterminer l'étendue de cette obligation. Il n'en va pas de même lorsque le dommage est causé à des biens qui n'ont pas été confiés, à titre principal ou accessoire, par un contractant à l'autre : le rattachement au contrat d'une obligation de sécurité quant aux biens a alors pour conséquence de *contractualiser un dommage dont la nature est délictuelle*. Il en résulte, comme pour la réparation des dommages corporels, d'incertains conflits de frontière entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle ; on trouvera des exemples de cette incertitude dans les cas où un entrepreneur cause, dans l'exécution du contrat, un dommage aux biens du maître de l'ouvrage chez qui il travaille (88). Ici encore, l'expansion de la responsabilité contractuelle est due à un gonflement artificiel du contrat ; ici encore se brouille la distinction du contrat et du délit.

25. *B. - L'invention par Demogue, à la fin des années vingt, de la distinction des obligations de moyens et de résultat a, de son côté, considérablement renforcé l'analogie de la responsabilité délictuelle et de la « responsabilité contractuelle ».* D'une part en effet, l'existence d'obligations « de moyens » conforte l'idée que la « faute contractuelle » est une faute de comportement analogue à la faute délictuelle (89) ; d'autre part, les obligations « de résultat » apparaissent alors comme des cas de « responsabilité sans faute » parallèles aux cas de responsabilité délictuelle objective. « Responsabilité contractuelle » et responsabilité délictuelle sont ainsi formellement

construites selon un même schéma ; cette analogie formelle des structures de responsabilité renforce incontestablement l'idée qu'il n'existe qu'une responsabilité « civile » sous deux figures, et que *le vrai clivage est entre les cas de responsabilité subjective et les cas de responsabilité objective* (90).

26. La distinction des obligations de moyens et de résultat possède sans doute un grain de vérité : les obligations contractuelles n'ont pas toutes la même étendue, ou pas la même intensité, alors même qu'à première vue elles auraient, abstraitement, le même objet ; c'est ce que dit très clairement l'article 1137 alinéa 2 de l'obligation de conserver la chose d'autrui. Les précieux « petits contrats » du code civil fournissent maint exemple de cette variabilité concrète d'obligations ayant pourtant un même objet, jusque dans des contrats très proches (91).

27. Cela dit, on voit bien qu'une *summa divisio*, quelle qu'elle soit, ne peut prétendre rendre compte de cette diversité naturelle des obligations contractuelles. Voilà ce qu'on objecte souvent à la distinction des obligations de moyens et de résultat, à la suite d'Esmein (92) ; d'où les raffinements contemporains : introduction des garanties au degré supérieur de la classification (93) et sous-distinctions (obligations de moyens « renforcées » ou obligations de résultat « atténuées »). Une autre objection est l'incertitude du critère de distinction. Le critère de Demogue (94), qui opposait les professions libérales (le professionnel libéral ne promettrait que des « moyens », parce qu'il est indépendant) aux métiers (les techniciens devraient des résultats), apparaît bien contestable aujourd'hui (95) et on lui préfère un faisceau de critères combinant la dose d'aléa de la promesse faite et le « rôle (actif ou passif) de la victime » (96) : mais ces critères sont eux-mêmes flottants et la jurisprudence ne paraît pas s'y tenir avec une grande constance. Plus profondément, les incertains exercices de qualification auxquels cette distinction conduit les juges nous paraissent purement rhétoriques : la question étant toujours - et seulement - de savoir si le débiteur a convenablement exécuté l'obligation, il faut toujours - et seulement - se demander ce qui était concrètement *in obligatione* pour y comparer ce qui a été fait ; le passage par une « qualification » aussi imprécise et sommaire est un embarras inutile. Reste le rôle qu'on prête en général à la célèbre distinction quant à la charge de la preuve ; mais, en vérité, quelle que soit l'étendue de l'obligation, c'est toujours au créancier qui réclame l'exécution forcée d'établir qu'il n'a pas reçu la prestation promise (art. 1315 al. 1) et c'est toujours au débiteur qui se prétend libéré de prouver le fait qui a produit l'extinction de son obligation (art. 1315 al. 2) (97) ; simplement, l'objet concret de la preuve à faire par l'un et par l'autre dépend de ce qui a été promis - ce qui rend la preuve plus ou moins difficile pour l'un ou pour l'autre. On a d'ailleurs fort justement relevé que, contrairement à une idée académique, la preuve de l'inexécution d'une obligation « de résultat » n'est pas toujours plus facile que la preuve de l'inexécution d'une obligation de moyens (98). Tous arguments examinés, MM le Toumeau et Cadet reconnaissent pourtant à « la célèbre dichotomie... une valeur suggestive certaine (qui explique son succès rapide et persistant) » (99). Mais c'est précisément de cette « valeur suggestive » qu'il faut se défier, me semble-t-il.

28. C'est en effet à ce caractère « suggestif » que l'on doit d'abord l'idée selon laquelle cette distinction serait la *summa divisio* de toutes les obligations, quelle que soit leur source - et pas seulement des obligations contractuelles. On sait que cette thèse a été défendue par Henri Mazeaud dans un article historique et qu'elle est encore soutenue (100). La filiation de Planiol s'y retrouve : si la responsabilité, délictuelle comme contractuelle, découle toujours de la violation d'une « obligation préexistante », il est tentant d'opérer, dans les « obligations légales » une « classification comparable » à celle qu'on découvre dans les obligations contractuelles (101) : il y aurait donc des obligations légales de résultat (ou déterminées) et des obligations légales de moyens (ou de prudence et diligence). Et c'est ce parallélisme qui justifierait la construction, en matière délictuelle comme en matière contractuelle, de deux régimes semblables de responsabilité l'un pour faute prouvée, l'autre sans faute prouvée. Ainsi s'achève, dans le système d'Henri Mazeaud, la métaphore de Planiol : *la distinction des deux types d'obligations « primordiales » commande, indépendamment de leur source, le régime de la responsabilité qui en procède. Il est évidemment fort difficile, après cela, de maintenir une distinction des ordres de responsabilité fondée précisément sur la source des obligations violées.*

29. L'autre effet de cette distinction « suggestive » est de donner au contrat une double figure : *promesse d'un avantage*, lorsque l'obligation est « de résultat », ou simple *promesse d'un certain comportement*, lorsque l'obligation est de moyens. Il est bien vrai que ces deux figures du contrat sont concevables, comme le montrent, en droit comparé, les exemples de la *common law* d'un côté et du BGB de l'autre (102). Ce qui se traduit par deux traitements fort différents de l'inexécution contractuelle. Dans l'un, la faute n'entre aucunement dans la définition du *breach of contract* ; dans l'autre au contraire, il n'y a de responsabilité du débiteur que pour inexécution fautive, en vertu d'un principe général de culpabilité (§ 276 BGB) (103) ; mais, dès lors que le créancier a prouvé l'impossibilité d'exécuter en nature, c'est au débiteur de prouver que l'inexécution ne lui est pas imputable (§ 282 BGB) ; quant aux garanties, elles sont fermement mises à part (104). Ce n'est pas le lieu de débattre des mérites intrinsèques de chacun de ces systèmes. Qu'il nous soit permis de dire que nous préférons sur ces questions la vue simple de la *common law* à la construction du BGB, où se repère la filiation de la trop savante Ecole pandectiste ; Outre-Rhin, on exprime d'ailleurs la même préférence (105). Le sûr en tout cas est que chacun de ces systèmes repose clairement sur un seul principe ; *seul le droit français contemporain les amalgame* - si bien que les comparatistes le classent comme « dualiste » (Constantinesco) ou comme « intermédiaire » (Treitel), ce qui est la façon scientifique d'exprimer une certaine perplexité (106).

30. L'étonnant est que cette caractéristique du système français se soit cristallisée si tard. On retrouve ici les méandres de la « faute contractuelle ». On a vu plus haut que la

doctrine du XIXe siècle tenait que la « faute contractuelle » était « présumée », et rattachait cela aux articles 1147 et 1148 : ce qui ne constitue que l'application de l'article 1315 à l'exécution forcée par équivalent (107). On ne perçoit donc pas alors d'antinomie entre les articles 1137 et 1147 - prouver le cas fortuit, c'est prouver l'absence de « faute contractuelle » (arg. art. 1302 al. 1 et 3). Mais dès l'instant que la « faute contractuelle » se modèle sur la faute délictuelle et devient une faute de comportement, prouver le cas fortuit est évidemment autre chose que prouver la simple conduite normalement diligente. Dans l'entre-deux de la faute démontrée et du cas fortuit identifié, il y a les cas douteux : qui en a la charge ? A Saleilles, qui soutenait que l'inexécution du contrat n'est même pas « la faute présumée (mais) la faute réalisée », Planiol objecte précisément qu'il ne saurait y avoir « faute réalisée » dans les cas où la cause demeure inconnue (108). Il faut donc bien « concilier » les deux textes, et c'est de cet effort qu'est née la « suggestive » distinction de Demogue : l'article 1137 aurait donc été écrit pour les obligations de moyens, et l'article 1147 pour les obligations de résultat ; on voit par là que le passage de la doctrine française sous la bannière de l'Ecole « scientifique » n'avait aucunement entamé ses capacités exégétiques (109).

31. Il n'est pas sûr qu'en dépit de son succès ce système dualiste soit tout à fait stabilisé. M. Tunc a notamment présenté une autre « conciliation » des articles 1137 et 1147, qui fait descendre la force majeure jusqu'à l'absence de faute (110), ce qui lui « permet d'affirmer que la responsabilité contractuelle proprement dite (111) repose exclusivement sur la faute ». Au bout de cette démonstration, il y aurait logiquement la permission pour le débiteur de se libérer, même dans le cas des obligations de résultat, par la preuve d'une absence de faute ; les obligations de résultat deviendraient toutes des obligations de moyens « renforcées » (112). La position intermédiaire du droit français n'est donc pas seulement peu claire ; elle est aussi instable, car le concept moderne de « responsabilité contractuelle » pousse inévitablement l'analyse de l'inexécution du contrat vers la « responsabilité du fait personnel » (113). Ce premier pas accompli, d'autres suivront, quasi mécaniquement : alignement, aussi complet que possible, des « faits générateurs » de responsabilité contractuelle sur les faits générateurs de responsabilité délictuelle ; puis l'absorption de l'une par l'autre.

III. - LA « RESPONSABILITE CONTRACTUELLE » : AVENIR

32. Le schéma d'une « responsabilité contractuelle du fait personnel » une fois imposé, d'autres « faits générateurs » de responsabilité délictuelle sont en voie de gagner le terrain du contrat. Il y a là du mimétisme : « la responsabilité contractuelle est devenue doctrinalement tributaire de la délictuelle » (114). Mais l'invention de ces nouveaux faits générateurs de responsabilité contractuelle répond aussi à une nécessité - plus impérieuse encore en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, car la faute personnelle du débiteur, prise comme *procédé d'imputation*, est un principe trop étroit pour couvrir la très grande diversité des causes de dommages en matière contractuelle ; on voit donc se constituer une « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » et une « responsabilité contractuelle du fait des choses » (A). Cet alignement des faits générateurs de responsabilité paraît à beaucoup insuffisant : la concurrence anarchique de deux systèmes de réparation, dont l'un reste soumis au régime contractuel engendre tant de « bizarreries et d'injustices » (115) qu'une doctrine autorisée prône l'unification des responsabilités c'est-à-dire, en réalité, l'absorption complète du régime de l'inexécution contractuelle par le régime du délit (B). Il me semble qu'on ne gagnera rien à ce brouillage définitif des causes d'obligations ; mieux vaudrait retourner aux principes classiques (C).

33. A. - « Responsabilité contractuelle du fait d'autrui » et « responsabilité contractuelle du fait des choses » sont des procédés d'imputation inutiles si l'on s'en tient à la doctrine classique : on n'est contractuellement responsable ni du fait d'autrui, ni du fait d'une chose (116) ; on doit des dommages et intérêts parce qu'on est débiteur d'une obligation inexécutée ; c'est le contrat qui fait le débiteur, et il est indifférent que l'inexécution du contrat ait sa cause dans le « fait d'autrui » ou dans le « fait d'une chose », dès lors que ces faits ne constituent pas pour le débiteur l'un des faits libérateurs énoncés par les articles 1147 et 1148. C'est le sens commun : les moyens d'exécuter les promesses sont l'affaire de celui qui a promis ; les contrats sont très fréquemment exécutés non par le débiteur en personne mais par des auxiliaires ou des substitués que le débiteur choisit, et leur exécution s'accomplit bien souvent au moyen de « choses » que le débiteur met en oeuvre ou qu'il fournit. Mais il n'y a pas à rechercher dans « le fait d'autrui » ou dans le « fait de la chose » des « faits générateurs de responsabilité » tant que la cause des dommages et intérêts reste le contrat lui-même.

34. La démonstration de l'inutilité de la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » a été faite par Becqué lui-même, à qui l'on doit pourtant l'introduction de cette regrettable expression dans le vocabulaire doctrinal français (117). Becqué part certes de la constatation que notre code n'énonce, à la différence du BGB (§ 278), aucun principe général de responsabilité du débiteur pour « la faute commise par son représentant légal et par les personnes dont il se sert pour exécuter son obligation dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle », mais seulement des dispositions particulières assez nombreuses (art. 1245, 1735 (118), 1797, 1953, 1994) à partir desquelles on peut inférer l'existence d'un tel principe, « en suspension dans le code ». Mais, arrivant au fondement, Becqué explique très simplement la « responsabilité contractuelle pour autrui », en droit français, comme « l'application pure et simple du droit commun » alors qu'en droit allemand elle « apparaît comme une exception aux principes généraux qui dominent la matière des obligations ». C'est parce qu'en droit allemand l'inexécution de l'obligation est traitée comme une responsabilité pour faute (§ 276 BGB) qu'il a fallu compléter cette règle par une « responsabilité pour la faute commise par les personnes dont (le débiteur) se sert pour exécuter son obligation » (§ 278). Rien de tel dans le système français, du moins selon

la doctrine du code : le débiteur de l'obligation inexécutée doit des dommages et intérêts, sauf à établir la cause étrangère qui le libère ; or le fait du tiers volontairement introduit par le débiteur dans l'exécution du contrat, comme auxiliaire ou substitut, ne pourra qu'exceptionnellement être considéré comme un cas de force majeure (119) ; il est donc inutile de faire appel à la « responsabilité du fait d'autrui » pour justifier le droit du créancier à des dommages et intérêts. Pour le cas d'exécution par des préposés, la Cour de cassation a clairement rappelé la doctrine classique à la fin des années soixante en approuvant une cour d'appel d'avoir décidé que « les termes de l'article 1147 ne permettent pas d'établir une distinction suivant que le débiteur exécute lui-même ou fait exécuter par un ou plusieurs de ses préposés » (120). Dans le cas de substitution dans l'exécution (par sous-contrat ou cession de contrat), il est également inutile d'évoquer la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » : tant qu'il n'est pas libéré, le débiteur primitif répond de l'inexécution tout simplement parce qu'il est toujours débiteur ; et lorsqu'il est libéré (hypothèse d'une cession « parfaite ») il ne peut être « responsable », sauf à avoir promis sa garantie - auquel cas la prétendue « responsabilité du fait d'autrui » est encore une obligation personnelle. Construire une « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » est donc inutile, tant qu'on en reste au régime de l'inexécution du contrat tel que le conçoit le code : on ne répond pas du fait d'autrui quand l'on paye simplement ce que l'on doit. En revanche un tel mécanisme devient indispensable lorsqu'on raisonne en termes de « responsabilité », chaque fois qu'on ne peut établir une « faute » du débiteur. Il faut alors, pour fonder ce qui apparaît comme une exception à une responsabilité du fait personnel, chercher des justifications plus ou moins aisées, la plus artificielle étant certainement la « représentation » du débiteur dans l'exécution du contrat par ses aides ou substitués. Outre ce défaut de simplicité, le détour de la « responsabilité contractuelle pour autrui » présente, par rapport à la solution classique, deux inconvénients (121).

35. Une première difficulté est de faire accepter cette « responsabilité pour autrui » lorsque l'obligation inexécutée apparaît comme une « obligation de moyens ». Un éminent auteur regrette « la méconnaissance, à peu près générale en doctrine », de la « responsabilité contractuelle pour autrui » (122) ; mais des résistances semblables à celle de Rodière (123) sont inévitables dès lors que l'inexécution du contrat s'assimile à un cas de responsabilité pour faute : on tentera (après avoir mis à part les cas où la loi elle-même impose une « garantie du fait d'autrui ») de ramener la « prétendue responsabilité contractuelle pour autrui » à des cas de « faute personnelle » du débiteur - fautes *in eligendo* ou *in vigilando*, faute d'organisation de l'entreprise, ou faute consistant à se substituer un tiers alors que l'exécution devait être personnelle (art. 1994-1^{er}). Inévitables sont aussi les prudences des juges : pour un coup d'audace déjà ancien (124), combien d'arrêtés préfèrent user d'expédients peu honnêtes, comme la disqualification d'un dépôt en entreprise, pour pouvoir faire jouer l'article 1797, alors qu'il suffisait d'appliquer tout droit au dépositaire lui-même les règles du dépôt (125).

36. Un second inconvénient de la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » est d'appeler l'application analogique de l'article 1384, alinéa 5, alors qu'il n'y a point d'analogie (126). On sera tenté de transposer en matière contractuelle l'exonération du commettant par l'abus de fonctions du préposé ; or l'abus de fonctions du préposé peut précisément constituer l'inexécution d'une obligation contractuelle du commettant (le préposé du dépositaire vole, détourne ou incendie le bien confié en dépôt) ; absoudre le débiteur, c'est alors considérer que l'inexécution du fait du préposé le libère, sans considération du point de savoir s'il y avait ou non force majeure (127). La Cour de cassation elle-même, dans sa formation la plus autorisée, a succombé à cette tentation (128), avant de revenir à l'analyse contractuelle classique (129). Comme l'a très bien vu M. Rebut dans un récent article (130), il n'est pas nécessaire, pour échapper à cette contamination de la responsabilité contractuelle par la responsabilité délictuelle du fait d'autrui, de prétendre à son « autonomie », comme le dit parfois la doctrine contemporaine ; il suffit - c'est plus simple et plus exact - de ne pas voir dans l'inexécution du contrat un cas de responsabilité pour faute du débiteur.

37. La « responsabilité contractuelle du fait des choses » appelle une démonstration analogue : le fait que l'inexécution du contrat soit due à une chose fournie par le débiteur ou maniée par lui est strictement indifférent, dès lors que ce fait ne présente pas pour le débiteur les caractères d'une cause exonératoire. Mais ici encore, le parallélisme des responsabilités appelle l'introduction, dans la responsabilité contractuelle, de cet autre fait générateur - qui vient corriger, comme dans la responsabilité délictuelle, l'étroitesse d'une responsabilité d'abord fondée sur la faute du débiteur.

38. A la différence de « la responsabilité contractuelle du fait d'autrui », la « responsabilité contractuelle du fait des choses » n'a pas d'inventeur clairement déterminé. Ses commencements ont en effet été obscurcis par la question du cumul : à l'époque où l'article 1384, alinéa 1, était encore d'invention récente on se demandait seulement si ce texte était applicable entre contractants (131). L'interdiction de l'option condamne évidemment ce procédé, dès lors que la victime invoque l'inexécution d'une obligation contractuelle : ce qui ne se perçoit très bien qu'à partir des années quarante, au moment où la Cour de cassation ferme la responsabilité contractuelle du médecin (grand utilisateur de choses dangereuses pour le corps des patients) à l'invasion de l'article 1384, alinéa 1 (132). Mais, la voie délictuelle se trouvant ainsi fermée par le principe de non-cumul, il reste la possibilité du décalque contractuel de l'article 1384 ; on propose donc l'admission d'une « responsabilité contractuelle du fait des choses livrées » d'une part, et « du fait des choses mises en oeuvre pour l'exécution du contrat » d'autre part. Ce cheminement intellectuel se repère très bien dans les grands traités de responsabilité contemporains (133).

L'intégration de ce nouveau fait générateur de responsabilité contractuelle apparaît spécialement utile pour les contractants victimes d'un dommage corporel. On constate en effet que l'application du régime contractuel conduit fréquemment à voir dans l'obligation de sécurité une simple obligation de moyens, alors même que le dommage est causé par une chose utilisée par le débiteur pour l'exécution du contrat ou livrée par le débiteur en exécution du contrat. Pour retrouver ici l'équivalent du régime délictuel, il faut donc inventer une responsabilité contractuelle du fait des choses : le principe de non-cumul est formellement respecté, et la diversité naturelle des obligations contractuelles « de sécurité » se trouve effacée par ce subterfuge.

39. Un arrêt très commenté de la première chambre civile du 17 janvier 1995 (134) a consacré cette invention, en posant que, « contractuellement tenu d'assurer la sécurité des élèves qui lui sont confiés, un établissement d'enseignement est responsable des dommages qui leur sont causés non seulement par sa faute, mais encore par le fait des choses qu'il met en oeuvre pour l'exécution de son obligation contractuelle ». Il est vrai que depuis, la Cour de cassation n'a pas repris ce procédé de renforcement de l'obligation de sécurité, alors qu'elle aurait eu plusieurs occasions de le faire - ce qui suscite évidemment bien des interrogations (135). Peut-être que la Cour de cassation se repense, après tout ; en tout cas, avant que se cristallise cette nouvelle invention, redisons qu'elle est inutile, si on exclut du contrat la pseudo-obligation « contractuelle » de sécurité : on pourra alors, sans heurter le principe de non-cumul, appliquer s'il y a lieu l'article 1384, alinéa 1, au contractant victime d'un tel dommage.

40. B. - *Le concept moderne de responsabilité contractuelle n'a donc pas encore achevé sa course, ni produit toutes ses conséquences.* Outre l'imparfait alignement des « faits générateurs », la doctrine de la réparation est en voie d'atteindre plusieurs autres points du régime de l'inexécution du contrat.

41. En premier lieu, la mesure des dommages et intérêts : le principe de réparation intégrale, propre au délit, tend à gagner le terrain du contrat, en dépit de l'article 1150 du code civil, selon lequel le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts que l'on pouvait prévoir lors de la conclusion du contrat (136). La doctrine classique explique simplement ce texte par la nature même des dommages et intérêts, qui procurent au créancier réclamant cette forme de satisfaction l'équivalent de ce que lui aurait procuré l'exécution en nature - mais rien de plus (137). La doctrine moderne y voit au contraire une dérogation difficilement justifiable au principe de réparation intégrale du dommage injustement causé et propose soit de l'abroger (138), soit de le maintenir seulement comme « instrument d'une politique de modération judiciaire des dommages et intérêts » (139). L'effacement de l'article 1150 par le principe de réparation est depuis longtemps à l'oeuvre. On rappellera que pour Pothier, les dommages-intérêts prévisibles s'entendaient des « dommages-intérêts intrinsèques », c'est-à-dire ceux que « le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens (dommages et intérêts extrinsèques). C'est pourquoi dans ces cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui fait l'objet de l'obligation, *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam* » (140). Et c'était bien ainsi que l'entendaient les rédacteurs de l'article 1150 (141). La « prévisibilité », dans cette définition, est donc une notion objective renvoyant à la nature même du dommage réparable, elle-même directement commandée par l'objet de l'obligation : le « dommage prévisible » n'est ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée - l'avantage promis et non reçu. L'explication moderne de ce texte fait au contraire de la prévisibilité une notion psychologique, en justifiant l'exigence de prévisibilité par la « volonté » implicite des parties qui auraient « prévu l'inexécution et tacitement envisagé ses conséquences » (142). Dans le système moderne, c'est donc le « caractère volontaire de l'obligation violée » qui fonde l'article 1150, alors que dans le système classique, c'est tout simplement la fonction de paiement des dommages-intérêts. Cette interprétation volontariste de l'article 1150 produit deux séries de conséquences. Premièrement, au lieu de mesurer les dommages-intérêts sur l'avantage promis par le débiteur (ou raisonnablement escompté par le créancier) on les mesurera sur les conséquences prévisibles de l'inexécution, ce qui peut être très différent, et explique la difficulté, constante en pratique, à distinguer la prévisibilité du dommage de son caractère simplement direct. Certes, la prévisibilité n'a pas encore été ramenée à la simple prévisibilité de la cause du dommage ; on sait que la Cour de cassation a nettement affirmé que l'article 1150 « ne fait aucune allusion à la prévision de la cause du dommage » et en a tiré cette conséquence que « le débiteur, hors le cas de dol, n'est tenu que des dommages-intérêts dont la qualité a pu être prévue par lui lors du contrat » (143) : on continue donc d'exiger que l'étendue du dommage ait été prévisible, et pas seulement sa cause ; mais nul ne songe plus à invoquer l'article 1150 pour limiter la nature du dommage réparable par la voie contractuelle à l'objet même de l'obligation inexécutée - *propter ipsam rem non habitam*. Deuxièmement, l'interprétation « volontariste » du texte en facilite la critique : pourquoi traite-t-on mieux celui qui s'était volontairement obligé que l'auteur d'une faute délictuelle (144) ? Le déclin du rôle de la volonté dans le contrat ne conduit-il pas naturellement au « déclin parallèle » de l'article 1150 (145) ? Au vrai, l'effacement de ce texte est inscrit dans l'idée moderne d'une responsabilité contractuelle ayant une fonction de réparation des dommages injustes ; en attendant la disparition de l'article 1150, rien d'étonnant si on l'oublie souvent.

42. Plus largement, c'est toute l'exécution forcée du contrat qui tend à s'absorber dans la « réparation ». Un auteur (146) a très bien décrit ce mouvement en analysant la classification des modes de réparation présentée dans le *Traité de la responsabilité* de MM Mazeaud et Tunc (147) : ordonner l'exécution du contrat refusée par le défendeur, ou la livraison de l'objet vendu, ou la destruction de ce qui a été fait par contravention à l'engagement (art. 1143), ou l'exécution par le créancier aux dépens

du débiteur (art. 1144), tout devient procédé de « réparation en nature » par simple opposition aux dommages et intérêts présentés comme un procédé de « réparation par équivalent ». Toute l'exécution forcée du contrat tend à devenir ainsi réparation, parce que l'inexécution du contrat est comprise comme un cas de responsabilité. Seuls échappent encore à l'emprise de la « réparation », dans la systématique contemporaine, la résolution, l'exception d'inexécution et la réfaction du contrat (148). Il en résulte que la présentation de l'inexécution est aujourd'hui fréquemment rompue en deux morceaux : celui de la « responsabilité contractuelle », rattaché à la responsabilité en général, et celui qui reste rattaché aux contrats synallagmatiques. L'articulation des divers remèdes, leurs combinaisons, le rôle respectif du créancier et du juge sont alors très mal perçus (149).

43. Il y a plus : l'absorption du régime de l'inexécution par la réparation entame profondément notre conception de la force obligatoire du contrat. Car si toute l'exécution forcée devient réparation, il n'y a plus d'exécution que volontaire (150). La doctrine de Planiol découvre ici sa pointe philosophique : le contrat réduit à sa fonction de source « primaire » d'obligations n'est fait que pour être exécuté volontairement ; le droit d'exiger l'exécution se transforme en droit d'exiger réparation (à la condition qu'il y ait eu faute et dommage) ; les actions dont les pactes sont munis (art. 1134) disparaissent dans le brouillard de l'action générale en responsabilité. L'existence d'obligations contractuelles préexistant au fait dommageable ne sert qu'à décider s'il y a ou non responsabilité (151).

44. Cette absorption des règles de l'inexécution par les règles de la réparation prépare l'unification de la responsabilité civile, vigoureusement souhaitée par une doctrine autorisée (152). Les critiques portées contre la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle sont connues : différences de régime sans justification rationnelle, difficultés à situer le dommage dans le champ ou à l'extérieur du contrat, absurdité des résultats quand un même dommage survenu dans les mêmes circonstances est traité contractuellement à l'égard de certaines victimes et délictuellement à l'égard d'autres victimes. Le tout couronné par la conception rigide (et spécifiquement française) du principe de non-cumul. La critique est spécialement forte quand le dommage dont il s'agit est causé à la personne du contractant : ni les différences de faits générateurs, ni les différences quant à la preuve, ni la différence des prescriptions, ni la différence du régime des clauses d'exonération ne sont alors justifiables. Il faudrait donc, pour supprimer ces « bizarreries et injustices », unifier le régime des deux responsabilités (153) - et, en attendant, assouplir notre principe de non-cumul, ou y renoncer. Cette solution, préconisée par d'excellents esprits, me paraît contestable.

45. C. - Certes, notre droit de la responsabilité est devenu bizarre, peu cohérent, et souvent incertain ou injuste ; mais l'unification des responsabilités me paraît être un remède inadéquat à ces maux. Il faut d'abord comprendre que l'unification est impossible. Même déformée par sa fonction moderne de réparation, la « responsabilité contractuelle » conserve nécessairement une fonction de paiement (154). Cette fonction de paiement s'applique à toutes les obligations qui expriment les utilités attendues du contrat par l'une ou l'autre partie : l'acheteur qui ne paie pas le prix, le vendeur qui ne livre pas ou qui livre une chose non-conforme ne sont pas des auteurs de dommages fautifs à qui on demanderait réparation, mais bien des débiteurs qu'on contraint à exécuter exactement. Quelque déformation qu'on leur fasse subir, les règles du délit ne peuvent s'appliquer à l'inexécution de telles obligations : les plus convaincus partisans de l'unification reconnaissent par exemple l'inapplicabilité de l'article 1384, alinéa 1, aux « dommages... provoqués par le défaut d'utilité de la chose, la non-conformité au sens strict » (155) ; c'est que les « dommages provoqués par le défaut d'utilité de la chose » ne sont rien d'autre que les avantages escomptés par l'acheteur et non reçus (*ipsa res non habita*) ; si au contraire la transposition de l'article 1384, alinéa 1, est envisageable pour les dommages causés à la personne ou aux biens de l'acheteur par les défauts de la chose achetée, c'est parce que l'atteinte à la personne de l'acheteur ou à ses biens est d'abord artificiellement entrée dans le champ de la responsabilité contractuelle. Ce qui est vrai des « faits générateurs » de responsabilité est vrai pour l'ensemble du régime de l'inexécution du contrat : il est certes contestable de soumettre l'action en réparation du dommage causé par un défaut du produit vendu à des délais de prescription différents selon que la victime est l'acheteur ou un tiers ; mais, pour corriger cette bizarrerie, il serait absurde de soumettre l'action en garantie ou l'action en délivrance au délai de prescription de l'action délictuelle. Le vrai est que l'unification des responsabilités ne peut toucher que les fausses actions contractuelles (celles qui tendent à la réparation des dommages injustes) ; les vraies actions contractuelles (celles qui tendent à l'obtention des avantages escomptés du contrat) ne peuvent être soumises au régime de l'action délictuelle (156) ; la distinction de la « responsabilité contractuelle » d'avec la délictuelle retrouve son véritable sens quand elle recouvre la distinction du paiement forcé et de la réparation. C'est cette distinction naturelle que le concept actuel de « responsabilité contractuelle » a fait oublier ; c'est donc elle qu'il faut retrouver.

46. Les « bizarreries et injustices » de notre droit positif, justement dénoncées, procèdent toutes, en effet, du faux concept d'une « responsabilité contractuelle » construite aujourd'hui comme un système de réparation concurrent de la responsabilité délictuelle. C'est l'attribution au contrat d'une fonction de protection d'intérêts extra-contractuels qui est la cause, historique et logique, de nos difficultés actuelles. En « forçant » ainsi le contrat, on brouille nécessairement ses rapports avec le délit, lequel en retour contamine le régime de l'inexécution du contrat. On ôte du même coup au principe de non-cumul sa justification profonde : ce principe d'ordre, aisément compréhensible lorsqu'il empêche le droit du délit de venir troubler le régime du contrat (157) devient évidemment critiquable lorsqu'il empêche la victime d'un dommage artificiellement contractualisé de recourir aux règles de la responsabilité

délictuelle. Donner au contrat la fonction d'assurer des intérêts normalement protégés par le droit du délit, notamment la sécurité des personnes et celle des biens, c'est créer la concurrence de deux systèmes de réparation qui ont forcément un régime différent puisque l'un d'eux, même tordu par cette fonction de réparation dont on l'a chargé, reste fondamentalement un régime d'exécution forcée des conventions. La correction à opérer ne consiste donc pas dans une unification impossible des deux responsabilités, mais dans la disparition de l'une des deux - la fausse « responsabilité contractuelle ».

47. Ceci n'implique aucune réforme législative, mais seulement un retournement doctrinal - un retour au code. Il n'est pas sûr que cette conversion soit aisée. Fondamentalement, elle suppose que le contrat soit ramené à sa figure originelle : la promesse d'un avantage déterminé, plutôt que la promesse d'un certain comportement du débiteur, y compris lorsque ce qui est dû est un service (et non un bien ou un droit déterminé). On évitera donc de parler de « faute contractuelle » lorsqu'on visera seulement l'inexécution du contrat (158). Puis on dépouillera le contrat de sa fonction de réparation en le débarrassant de l'obligation de sécurité ; une telle obligation constitue en réalité, comme le dit M Viney, une « norme générale de comportement qui existe en dehors de tout contrat », étrangère par conséquent aux utilités spécialement recherchées par ceux qui contractent. Enfin on tentera d'oublier la pseudo *summa divisio* des obligations de moyens et de résultat. Ce resserrement du contrat réduirait du même coup la « responsabilité contractuelle » à sa fonction d'exécution forcée (159) ; au délit, on redonnerait ainsi compétence exclusive pour la réparation des dommages injustement causés - spécialement pour les dommages causés à la personne. On pourrait alors, sans toucher au régime des contrats, construire des règles spéciales de réparation des dommages corporels, par types d'accidents (domestiques, de la route, médicaux, etc.), ou même le droit général des accidents que plusieurs souhaitent (160). Il me semble que le droit de la responsabilité ne retrouvera sa cohérence que débarrassé de la fausse « responsabilité contractuelle », et que le droit de l'inexécution contractuelle ne retrouvera sa simplicité que déchargé de sa fausse fonction de réparation.

48. Je ne plaide donc pas pour le maintien de la distinction des deux responsabilités, ni pour la « tyrannie » d'un « parti pris dualiste » (161), mais pour la distinction de la réparation et du paiement forcé. Cette distinction respecte l'opposition classique du contrat et du délit mais abolit la distinction des « deux responsabilités » en faisant disparaître le faux concept de « responsabilité contractuelle ». Derrière la distinction traditionnelle des causes d'obligations, on perçoit mieux alors la dualité des principes premiers de l'ordre civil : exécuter les promesses, d'une part, et réparer les dommages injustement causés à autrui d'autre part. C'est à cette remise en ordre (en ordre naturel) qu'il faudrait s'essayer, me semble-t-il, plutôt qu'à l'effacement de la doctrine classique des sources d'obligations (162).

(1) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, 154, p. 257.

(2) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, 6 éd. 808 et s.

(3) J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978.

(4) D. Tallon, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, cette *Revue* 1994.223 et Pourquoi parler de faute contractuelle ?, *Mélanges Cornu*, 1995, p. 429.

(5) Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, n° 220 et s. et 1481 et s. ; V. déjà la 3 éd. du même Traité, par Ph. le Tourneau, 1982, n° 159 et s.

(6) Critique du système français de responsabilité civile, *Droit et cultures*, 1996.31.

(7) Pour répondre complètement à ces questions, il faudrait sortir du Droit français - non seulement parce que l'histoire de la « responsabilité contractuelle », dans les systèmes voisins du nôtre, est riche d'enseignements, mais aussi parce qu'il est avéré que, sur ce point, les influences réciproques ont été importantes (F. Giardina, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Giuffrè, 1993).

(8) Je n'envisagerai pas ici les rapports qui pourraient exister entre la notion de « responsabilité contractuelle » et la théorie dualiste de l'obligation (question à peine effleurée par F. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, 1963, n° 94) : la traduction impropre de Schuld (engagement, devoir) et Haftung (responsabilité) a peut-être favorisé l'élaboration du concept moderne de « responsabilité contractuelle ».

(9) Pothier, *Traité des obligations*, éd. Dupin, 1827, I, n° 2 et s.

(10) L'un des derniers tenants de la doctrine classique (*Théorie générale des obligations*, réimpr. Sirey, 1965, p. 378 et 390 et s.) avec Jossierand (*Cours de droit civil positif français*, 1930, II, n° 581 et s.).

(11) Très nets sur ce point : H. et L. Mazeaud, 6 éd. par A. Tunc, t. I, n° 100.

(12) D'ou le maintien de plein droit des sûretés pour garantir les dommages-intérêts (Req. 8 mai 1881, S. 1882.1.150 ; Req. 20 mars 1922, D. 1923.1.21).

(13) Cette doctrine du code civil s'oppose à celle que le BGB a adoptée probablement sous l'influence de Windscheid et Mommsen (Zweigert et Kötz, *An introduction to comparative law*, 2 éd. Oxford, University Press, 1987, trad. T. Weir, p. 525). Le BGB traite des dommages et intérêts non à propos des obligations contractuelles, mais à propos des obligations en général, indépendamment de leur source (L.II, S.I, T.I : *Verpflichtung zur Leistung*, § 241-292) ; le BGB dispose que l'impossibilité d'exécution libère le débiteur (§ 275) mais que celui-ci doit répondre de son fait ou de

sa négligence (§ 276) en réparant le préjudice causé par l'inexécution (§ 280). On reconnaît ici notre figure moderne de la « responsabilité contractuelle » ; mais il est difficile de mesurer l'influence qu'a pu avoir cette doctrine du BGB sur les auteurs de la fin du XIXe siècle (V. *infra*, n° 11).

(14) Une politique de « prévention des fautes » ou de « dilution des risques » (par le jeu des recours en chaîne contre le vendeur initial ou le fabricant) : V. Mazeaud-Tunc, *op. et loc. cit.*

(15) *De la vente*, n° 81, 82 et 202.

(16) Ce point frappe particulièrement les juristes de *common law*, dans notre régime de garantie des vices cachés : ils disent que la garantie protège le *restitution interest* et des éléments importants du *reliance loss*, mais non l'*expectation interest* de l'acheteur (G.H. Treitel, *Remedies for breach of contract, A comparative account*, 1988, p. 90).

(17) Il y a à cela une raison lexicale : le substantif même de « responsabilité » est, au moment de la rédaction du code, d'usage récent ; il aurait été forgé par Necker pour désigner la responsabilité politique des ministres et ne gagne l'usage juridique qu'au cours du XIXe siècle (J. Henriot, Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité, *Arch. Phil du Droit*, XXII, 1977, p. 59).

(18) A. Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, 1 éd. 1852.

(19) *Jur. gén.* Dalloz, XXXIII (1860), v° Obligations, n° 722 et s.

(20) *Jur. gén.* Dalloz, XXXIX (1858), v° Responsabilité, n° 18. Le Répertoire de Merlin comporte un mot « Responsabilité civile des délits » ; *La Table du Locré* (vol. 31), v° Responsabilité, ne renvoie qu'à « La responsabilité à l'occasion des délits et quasi-délits ».

(21) La tradition distinguera *culpa lata*, *culpa levis* et *culpa levissima* ; la gradation des fautes au Bas-Empire est différente : *culpa lata* (assimilée au dol), *culpa levis in concreto*, *culpa levis in abstracto* (Ourliac et Malafosse, I, 161) ; les juristes byzantins créent, pour le détenteur de la chose d'autrui, la *culpa in custodiendo*.


(22) J.-L. Gay, Recherches sur les origines de la responsabilité contractuelle, *Etudes d'histoire du Droit canonique*, G. Le Bras, t. 2, 1191.

(23) *Traité des obligations*, n° 142.

(24) Essai sur la prestation des fautes (1764), publié dans les *Oeuvres* de Pothier par Bugnet (t. 2, p. 503, Paris, 1848). Lebrun ramène à deux degrés les diligences du débiteur (en opposant simplement le standard abstrait du père de famille à la diligence que le débiteur a coutume d'apporter à ses propres affaires) et les distribue selon que la chose à donner ou à restituer à autrui lui appartient entièrement ou constitue une affaire commune ; V. la faible réponse de Pothier à Lebrun (*ibid.* p. 497).

(25) Hasse, *Die Culpa des römischen Rechts*, 1 éd. 1815, 2 éd. 1838.

(26) Bigot-Préameneu, présentation au Corps législatif et exposé des motifs du titre des contrats, Fenet, 13.230.

(27) Desrayaud, Ecole de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du code civil, cette *Revue* 1993.535 .

(28) De jusnaturalisme moderne, eût dit Villey.

(29) Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. 6, Paris, 1821, n° 232 et s.

(30) Plus avant dans le XIXe siècle, d'autres auteurs, lecteurs de la romanistique allemande (exceptionnellement bavarde sur la « culpa »), comprendront les deux alinéas de l'art. 1137 comme le rétablissement de la « vraie distinction romaine » des fautes appréciées *in abstracto* (al. 1) et *in concreto* (al. 2). Pour d'autres enfin, l'art. 1137, abandonnant tout « système », laisse à la prudence des juges d'arbitrer s'il y a ou non, en chaque cas, une faute. Sur ces doctrines, V. Desrayaud, *op. cit.*

(31) *Oeuvres* de Domat, éd. J. Remy, Paris 1835, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. VIII, Des dommages causés par les fautes qui ne vont pas à un crime, ni à un délit, S.IV, p. 480, n° 2.

(32) Lois civiles, *op. cit.* P.1 (Des engagements), L.1 (Des engagements volontaires et mutuels par les conventions), T.1 (Des conventions en général) S.III (*op. cit.* 134 et s.) : « En toutes conventions, c'est le second effet des engagements que celui qui manque à ceux où il est entré, ou qui est en demeure, soit qu'il ne le puisse, ou qu'il ne le veuille, sera tenu des dommages et intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution ou du retardement, et les circonstances ».

(33) V. D. Tallon, Pourquoi parler de faute contractuelle ?, *op. cit.* p. 430.

(34) Demolombe, *Traité des contrats et obligations*, t. VIII, n° 450 ; Huc, t. VII, n° 95 ; Labbé, note au S. 1886.4.25.

(35) A. Desjardins, Le code civil et les ouvriers, *Revue des Deux-Mondes*, 15 mars 1888.350 et 362. Les aspects proprement politiques de la question des accidents industriels sont abondamment discutés par Saleilles (V. not. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1895 ; Le risque professionnel dans le code civil, *Réforme sociale*,

1898.1.634 ; *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 2 éd. 1901, n° 337).

(36) Remy, Critique du système français de responsabilité civile, *loc. cit.*

(37) Sauzet, De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels, *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1883.596 et 677 ; Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie. Accidents de transport et de travail*, Bruxelles, 1884 ; Labbé, notes S. 1885.4.25, 1886.2.97, 1886.4.25, 1889.4.1, 1890.4.17.

(38) Civ. 16 juin 1896, D. 1897.1.433, note Saleilles ; S. 1897.1.17, note A. Esmein ; mais peu après la Chambre des requêtes refuse de suivre l'opinion de la chambre civile (Req. 30 mars 1897, D. 1897.1.441, note Saleilles ; S. 1898.1.65).

(39) Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, 1901, p. 77 ; Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, n° 875.

(40) Sur les raisons profondes de cette défense de la faute, on peut hésiter. Planiol invoque fréquemment « le sens commun » ou « le bon sens et l'équité », ou encore « la tradition française, qui se rattache aux doctrines de la philosophie spiritualiste » (*Traité élémentaire*, t. II, n° 878) ; mais d'autres passages classeraient Planiol comme adepte du darwinisme social, plutôt que chez les « spiritualistes » ; ainsi le paragraphe traitant du « rôle attribué à l'intention de nuire » dans la « théorie moderne de l'usage abusif des droits » (*Traité élémentaire*, t. II, n° 871 bis) : « L'idée est généreuse, mais elle est irréfléchie : les hommes passent leur vie à se nuire les uns aux autres ; la vie des sociétés est une lutte perpétuelle et universelle ; toute action, tout travail est un fait de concurrence économique ou sociale ; tout homme, toute nation qui acquiert une supériorité dans une branche quelconque de son activité en supprime d'autres, évince ses concurrents, leur nuit, et c'est son droit de leur nuire. Telle est la loi de la nature et l'humanité n'a pas d'intérêt à s'y soustraire, parce qu'elle est le seul stimulant de son énergie ».

(41) C'est l'objection la plus courante à la thèse de Saintelette ; V. Teisseire, *op. cit.* p. 78.

(42) *Traité élémentaire*, 3 éd. 1905, II, n° 1857.

(43) *Eod. loc.*

(44) *Op. cit.* n° 876.

(45) *Op. cit.* n° 877.

(46) *Op. cit.* n° 863 et s.

(47) *Op. cit.* n° 864.

(48) *Op. cit.* n° 865.

(49) Etudes sur la responsabilité civile, Première étude, Du fondement de la responsabilité, *Rev. crit.* 1905.272.

(50) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v° Obligation, sens 1 et 2. Génys critiquait cette idée qu'il pût y avoir de vraies « obligations légales » préexistant à tout délit (Risques et responsabilité, à propos des thèses de Teisseire et de Ripert, cette *Revue* 1902.816) : Planiol le classe parmi « les esprits imbus d'idées différentes et de conceptions incomplètes » et l'accuse de « méconnaissance complète des notions philosophiques les plus élémentaires » (*Rev. crit.* 1905.287). Faut-il croire que Planiol avait oublié Pothier (Obligations, 1) ?

(51) Vérification : le droit réel se ramène, chez Planiol, à une « obligation passive universelle » ; V. aussi Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 411 et s.

(52) Classification des sources des obligations, *Rev. crit.* 1904.224.

(53) La même opposition de la loi et du contrat est au contraire la justification fondamentale de la distinction opérée par Saintelette entre la responsabilité (délictuelle) et la garantie (contractuelle).

(54) Point bien vu par L. Husson, *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, PUF, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1947, p. 281, les p. 278-298 de cet ouvrage donnent une analyse historique minutieuse et profonde de la « division de la responsabilité » dans son rapport avec le « problème des sources ».

(55) *Traité élémentaire*, t. II, p. 830. Du délit au quasi-délit, puis à l'enrichissement sans cause, il y a certes « une gradation descendante dans la criminalité du fait léusif » : mais cela « n'influe que sur des points très secondaires : l'obligation de réparer le dommage prend toujours naissance avec la même force » (*eod. loc.*).

(56) V. la préface au t. II du *Traité élémentaire*, p. IX, où l'enthousiasme du bon Larombière pour la logique des obligations est un peu moqué.

(57) R. v. Jhering, *De la faute en droit privé*, trad. O. de Meulenaere, Paris 1888.

(58) *Traité élémentaire*, t. II, p. 863.

(59) *Traité élémentaire*, t. II, p. 161. BGB, § 249 et s. ; rapp. Saleilles, *Etude sur la théorie générale...*, n° 15-16, et n° 330-331. L'idée germanique que paraît endosser Saleilles (comme Grandmoulin) est que l'inexécution du contrat est bien un délit civil, qui consiste à violer le droit d'autrui - l'inexécution constitue en effet une atteinte à un droit de créance, et cette atteinte n'est pas à traiter différemment de l'atteinte au droit de propriété d'autrui : la faute contractuelle ne serait « qu'une faute délictuelle née à

L'occasion d'un contrat » (Saleilles, *op. cit.* n° 16 et 308).

(60) Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, th. Rennes, 1892.

(61) Lefebvre, De la responsabilité, délictuelle, contractuelle, *Rev. crit.* 1886.485.

(62) A vrai dire, la thèse de Grandmoulin ne se réduit pas, comme Planiol le laisse entendre, à l'assimilation de la loi et du contrat. D'une part Grandmoulin soutient que l'inexécution du contrat constitue une atteinte au droit d'autrui (à un droit de créance) qu'il faut traiter comme toute atteinte à un droit, par la responsabilité délictuelle (on retrouve cette idée, reprise d'auteurs allemands, chez Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, n° 331). D'autre part, Grandmoulin utilise aussi un argument historique, puisé dans sa thèse de droit romain, (*Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'Ancien Droit romain*, Rennes, 1892) : les actions *ex contractu* seraient sorties d'actions primitives *ex delicto*. Ce second point est exact ; Gorla observe que, plus généralement, « l'esprit juridique primitif » considère l'inexécution d'une promesse comme un délit et accorde une action *ex delicto* là où l'on donne aujourd'hui une action contractuelle (*Il contratto*, I, ed. Giuffrè, Milan, 1954, 2) ; l'histoire de la *common law* fournirait un exemple de la même évolution. L'unité de la responsabilité serait donc, non l'avenir, mais le très lointain passé.

(63) *Traité élémentaire*, n° 877.

(64) P. Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, cette *Revue* 1933.627. Conclusion typique de la doctrine pantimétique : « La société nous fixe des règles de conduite sans lesquelles la vie en commun serait impossible. Elle nous commande avec la même force d'exécuter les ordres qu'elle nous donne elle-même et les engagements que nous avons volontairement assumés. Comment concevoir alors que les principes de la sanction diffèrent suivant l'origine de l'obligation ? Seules sont admissibles des différences sur des points spéciaux, à condition d'être sérieusement justifiées ».

(65) *Traité de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1 éd. 1931, n° 100 et s.

(66) Consacrée par la thèse de Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Lyon, 1930.

(67) Civ. 10 nov. 1884, S. 1885.1.129, D. 1885.1.433, note crit. Sarrut ; Civ. 13 mars 1895, S. 1895.1.258 ; Civ. 1 mai 1899, D. 1899.1.558.

(68) Trois arrêts : Civ. 21 nov. 1911 (S. 1912.1.73, note Lyon-Caen ; D. 1913.1.249, 1 esp.) ; Civ. 27 janv. 1913 (S. 1913.1.17 ; D. 1913.1.249, 2 esp.) ; Civ. 21 avr. 1913 (S. 1914.1.5, note Lyon-Caen ; D. 1913.1.249, concl. Sarrut). Les deux premiers arrêts ne règlent que des questions de compétence territoriale ; c'est seulement dans le troisième arrêt (*C du Chemin de fer de Paris à Orléans c/ Vve Donat*) que la Cour de cassation utilise ce procédé pour appliquer l'art. 1147 et évincer les art. 1382-83.

(69) V. Bonnacase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, 1925, II, n° 452 et s., où, à propos de la distinction de l'acte juridique et du fait juridique, cette question est longuement débattue à l'aide des « données de la science du droit » et de la « pure technique juridique » - l'accent étant mis sur l'idée que la responsabilité délictuelle est « de droit commun » et que la responsabilité « contractuelle » n'en est qu'un « dérivé » (d'où Bonnacase, au n° 506, conclut « scientifiquement » que « le domaine du fait juridique... englobe... celui de l'acte juridique »).

(70) Lalou, *Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant « sain et sauf »*, *DH* 1931.*Chron.*37. On trouvera là un inventaire instructif des questions alors en suspens : savoir s'il y a « dette d'intégrité physique » dans le transport gratuit, dans le contrat médical, dans le contrat d'enseignement (privé) et de colonies de vacances, dans la vente (comme une accroissance de la garantie des vices cachés) ; plus curieusement, Lalou cite le mandat, pour lequel un arrêt précurseur de 1907 aurait, sur le fondement de l'art. 2000, admis l'indemnisation de la femme d'un mandataire tué par l'éruption de la Montagne Pelée. Très vite, on voit donc partout des obligations contractuelles de sécurité.

(71) Josserand, L'essor moderne du concept contractuel, *Rec. d'études sur les sources du Droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, p. 333.

(72) Autre reproche, plus curieux sous la plume de Josserand : la Cour de cassation serait coupable « d'interventionnisme, d'étatisme juridique » (p. 346).

(73) Esmein pressent cette concurrence des art. 1147 et 1384 § 1 dès 1925 (note sous Civ. 27 juill. 1924, S. 1925.1.249).

(74) Pas encore apaisée : V. le Tourneau et Cadiet, *op. cit.* n° 284. Derniers échos en jurisprudence : Civ. 1, 6 avr. 1994, *JCP* 1994.I.3781, n° 1, obs. Fabre-Magnan ; cette *Revue* 1994.866, obs. P. Jourdain. En dehors du transport bénévole, le régime des contrats de services gratuits est aujourd'hui traité, en jurisprudence, de façon absolument imprévisible (G. Viney, *op. cit.* n° 184).

(75) Cela est très bien dit par Ripert, note *DP* 1928.1.146.

(76) G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 2 éd. p. 287. ; H. Groutel, Vers un chambardement de l'obligation de sécurité dans les contrats ? *RCA* 1990.chron.16.

(77) Civ. 1, 19 janv. 1965, D. 1965.389, cette *Revue* 1965.665, obs. G. Cornu. Sur le droit antérieur, V. H. Mazeaud, La responsabilité civile du vendeur fabricant, cette *Revue* 1955.611.

(78) Civ. 1, 11 juin 1991, *Bull. civ.* I, n° 201 ; *Contrats, conc. consom.* 1991.219, obs. Leveneur ; cette *Revue* 1992.11, obs. Jourdain.

(79) Civ. 1, 17 janv. 1995, D. 1995.350, note Jourdain ; cette *Revue* 1996.634, obs. Jourdain ; *JCP* 1995.1.3853, obs. G. Viney ; *RCA* 1995.chron. n° 16, obs. Groutel ; *RGAT* 1995.674, nos obs. 529.

(80) Ce n'est pas une « faute délictuelle prise en elle-même, indépendamment du point de vue contractuel », selon une autre formule de la Cour de cassation ; V. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 2 éd. 1995.402.

(81) Fameuse chronique de P. Esmein, La chute dans l'escalier, *JCP* 1956.I.1321.

(82) J. Carbonnier, *op. cit.* n° 295.

(83) Jourdain, note D. 1995.350 ; G. Viney, *op. cit.* n° 168, p. 287.

(84) Y. Lambert-Faivre, Fondement et régime de l'obligation de sécurité, D. 1994.*Chron.*81.

(85) G. Viney, *op. cit.* p. 328, texte et note 33. Civ. 1, 20 mars 1989, D. 1989.381, note Malaurie, cette *Revue* 1989.757, obs. Jourdain ; Civ. 1, 11 juin 1991, *Bull. civ.* I, n° 201 ; Civ. 3, 9 oct. 1991, cette *Revue* 1992.107, obs. Jourdain ; Civ. 1, 13 avr. et 26 mai 1992, cette *Revue* 1992.766, obs. Jourdain ; Civ. 1, 17 janv. 1995, préc. ; Lapoyade-Deschamps, Responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle ? *RCA* 1992.chron.33.

(86) Mazeaud-Tunc, n° 162.

(87) Jurisprudence des garagistes, teinturiers, parkings de voitures et mouillages à quai de bateaux, etc. : V. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, n° 32296 et s.

(88) V. la jurisprudence des électriciens et autres chauffagistes dans le cas d'incendie, Huet, *op. cit.* n° 32303 ; not. Civ. 2, 26 mai 1992, *RCA* 1992.346 et obs. Lapoyade-Deschamps, Responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle ?, *RCA* 1992.chron.33 ; la question a été aiguisée par les clauses des polices d'assurance de responsabilité professionnelle qui ne couvrent pas toujours les deux types de responsabilité (G. Durry, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1986, n° 43 et s.).

(89) V. sur ce point G. Viney, *op. cit.* n° 168, p. 289 et s.

(90) Flour, *Rev. crit.* 1938.318 et s.

(91) V. les art. 1810, 1825 et 1827 c. civ. sur la perte du cheptel dans le cheptel simple, le cheptel de fer et le cheptel donné au colon partiaire.

(92) « Une approximation grossière » (Esmein, L'obligation et la responsabilité contractuelle, *Mélanges Ripert*, 1950, II, p. 101).

(93) Les purs tenants de la *summa divisio* sont évidemment embarrassés par les garanties : ils les mettent donc à part, comme « dérogoires au droit commun » (Mazeaud, Tunc, *op. cit.* n° 653-2) : au *droit commun de la responsabilité*, s'entend, car on ne voit pas comment ni pourquoi elles seraient *dérogatoires au droit des contrats* (V. *supra*, n° 4).

(94) Demogue, *Traité des obligations en général*, 1925, t. V, n° 1237.

(95) le Tourneau et Cadiet, *op. cit.* n° 1530. Les mauvais esprits ajouteraient que ce critère social a des relents de droit bourgeois.

(96) le Tourneau et Cadiet, *op. cit.* n° 1532 et s.

(97) Tallon, Pourquoi parler de faute contractuelle ?, *op. cit.* p. 437.

(98) Tallon, *op. et loc. cit.* On ajoutera que la preuve nécessaire pour faire jouer les garanties n'est pas non plus toujours aisée.

(99) le Tourneau et Cadiet, *op. cit.* n° 1519.

(100) H. Mazeaud, Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence, cette *Revue* 1936.1 ; Mazeaud-Tunc, I, n° 103-9.

(101) Avec ce notable « scrupule », avoué à la fin d'un paragraphe du *Traité* (n° 103-9) : entre personnes que ne lie aucun contrat, ce qu'on appelle « obligation » est en réalité un simple devoir ; « mais ne peut-on pas dire que ce devoir général de prudence et diligence est une obligation activement universelle ? » (on reconnaît l'empreinte de Planiol). D'ailleurs, « la confusion qui est faite constamment entre obligation et devoir... est extrêmement pratique du point de vue de la langue. Elle ne peut pas présenter de danger sérieux. Il importe donc, après avoir remarqué la différence, de souligner aussi la ressemblance, afin de ne pas introduire artificiellement un élément d'opposition entre responsabilité contractuelle et délictuelle ». L'artifice serait donc dans l'emploi du mot « obligation » dans son sens juridique ?

(102) Zweigert et Kötz, *An introduction to comparative law*, 2 éd. Oxford, University Press, 1987, trad. T. Weir, p. 539 et s.

(103) Constantinesco, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*, Stuttgart-Bruxelles, 1960, n° 137 et s. ; *Les effets du contrat dans les pays du Marché commun*,

Institut de droit comparé de l'Université de Paris II, dir. Rodière et concl. Tallon, Pedone, 1985 ; Treitel, *Remedies for breach of contract, a comparative account*, Oxford, University Press, 1988.

(104) Éléments d'histoire de cette distinction dans des pages passionnantes de Saleilles, *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, op. cit. n° 199 et s.

(105) Zweigert et Kötz, op. cit. p. 548 et s. Sur les lacunes du BGB en matière d'inexécution du contrat, V. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, p. 142 et s.

(106) Tallon, Pourquoi parler de faute contractuelle ?, op. cit. p. 436.

(107) Cela est encore clairement dit par Gaudemet, op. cit. p. 383. Noter que la doctrine moderne tend à rejeter précisément l'application de l'art. 1315 al. 2 au cas où le créancier réclame des dommages et intérêts pour en cantonner l'application au cas où il réclame l'exécution en nature : c'est que, pour cette doctrine, celui qui réclame des dommages et intérêts ne réclame pas l'exécution de l'obligation primitive, mais prétend à une nouvelle créance de réparation, qu'il doit établir (H., L. et J. Mazeaud, jusqu'à la 4 éd. du *Traité*, n° 694 ; Lagarde et Perrot, 2 éd. du *Beudant et Lerebours-Pigeonnière*, IX, n° 1163).

(108) Planiol, *D.* 1896.II.457.

(109) Sur les autres « conciliations » doctrinales des art. 1137 et 1147, V. Carbonnier, op. cit. n° 159 ; le code italien de 1865, puis celui de 1942, ont soulevé le même genre de difficulté, qui a profondément divisé la doctrine (F. Giardina, op. cit. p. 25 et s. ; G. Visintini, *La responsabilità contrattuale*, éd. Eug. Jovene, Naples, 1979, p. 3 et s.).

(110) Tunc, cette *Revue* 1945.235 et Mazeaud, Tunc, I, p. 659 et s.

(111) C'est-à-dire à l'exclusion des « obligations » de garantie, considérées comme « en-dehors » du droit commun.

(112) M. Tunc ne va pas jusque-là, parce qu'il lui semble que la preuve d'une conduite diligente n'équivaut pas en pratique à la preuve d'une absence de faute : « la preuve de la force majeure est la seule preuve complète de l'absence de faute » (Mazeaud-Tunc, n° 694) ; mais la doctrine contemporaine irait volontiers à cette solution, difficilement évitable lorsqu'on considère la « responsabilité contractuelle » comme une vraie responsabilité : V. Bénabent, *Les obligations*, 5 éd. n° 410.

(113) « Responsabilité contractuelle du fait personnel », chez Mazeaud, Tunc, intitulé des n° 652 et s.

(114) J. Carbonnier, op. cit. n° 154.

(115) Tunc, *La responsabilité civile*, 2 éd. 1986, n° 46.

(116) Tallon, L'inexécution du contrat, op. cit. n° 17-18 ; le Tourneau et Cadet, op. cit. n° 1587 et s.

(117) Becqué, De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (contribution à l'étude du droit comparé des obligations), cette *Revue* 1914.251. Becqué avait été précédé par Saleilles (*Etude sur la théorie générale de l'obligation...*, op. cit. n° 17) chez qui l'on voit comment la question s'est présentée lors de la préparation du BGB, en réaction contre l'opinion de Windscheid, qui voulait que le débiteur ne réponde que de sa *culpa in eligendo*.

(118) En ce qu'il prévoit que le preneur est tenu des pertes et dégradations qui arrivent par le fait des sous-locataires ; car les pertes causées par « les personnes de sa maison » ne sont pas causées par des tiers que le preneur aurait chargé d'exécuter le contrat ou qu'il se serait substitués (le Tourneau et Cadet, op. cit. n° 1594).

(119) Sur la façon d'apprécier alors la force majeure, V. Jourdain, cette *Revue* 1989.96.

(120) Civ. 1, 3 oct. 1967, *JCP* 1968.II.15365, note Durand ; Civ. 1, 4 mars 1968, *Bull. civ.* I, n° 84.

(121) La controverse n'est donc pas purement académique ; *contra*, MM Malaurie et Aynès, *Les obligations*, n° 878.

(122) G. Viney, op. cit. n° 170.

(123) Rodière, Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ?, *D.* 1952.Chron.79.

(124) Civ. 1, 9 avr. 1962, *Bull. civ.* I, n° 205.

(125) Civ. 1, 10 oct. 1995, *Bull. civ.* I, n° 346 ; *JCP* 1996.3944, n° 18 et s., obs. crit. G. Viney. On ne peut que rester songeur devant une jurisprudence aussi précautionneuse lorsqu'il s'agit de faire payer des dommages-intérêts par le débiteur d'un contrat inexécuté par le fait de ses préposés, et aussi audacieuse lorsqu'il lui faut inventer, à partir d'un texte vide, un principe général de responsabilité délictuelle du fait d'autrui (jurisprudence *Blicek*).

(126) G. Viney, *Introduction...*, n° 170.

(127) Sur la façon dont se distribuent exactement responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle du fait du préposé, très fine analyse de M. Rebut, De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome, *RRJ* 1996.411, n° 39 et s. ; sur les recours du commettant contre son préposé, excellente mise au point du même auteur, op. cit. n° 42 et s.

(128) Ass. plén. 15 nov. 1985, *D.* 1986.81, note Aubert ; *JCP* 1986.II.20568, note Viney ; cette *Revue* 1986.128, obs. Huet ; Lambert-Faivre, L'abus de fonctions, *D.* 1986.Chron.143.

(129) Civ. 1, 18 janv. 1989, *Bull. civ.* I, n° 32, *JCP* 1989.II.21326, note Larroumet ; cette *Revue* 1989.330, obs. Jourdain. Pour l'interprétation d'un arrêt de Com. 3 oct. 1989, V. cette *Revue* 1990.87, obs. Jourdain.

(130) D. Rebut, op. cit. *supra*, n° 51 et s.

(131) A. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, th. Lyon, 1931, n° 275 ; c'est ainsi également que Josserand (*De la responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 1131) puis Demogue (*Traité*, t. V. n° 1244) voyaient la question du « fait de la chose » en matière contractuelle.

(132) Civ. 27 mars 1940, *DC* 1941.53, 2 esp., note Nast, qui reconnaît à cette décision le mérite de « mettre un frein à la tendance de certaines cours d'appel et de certains tribunaux qui voient dans l'art. 1384 § 1 c. civ. une sorte de « tarte à la crème » et veulent résoudre par lui toutes les questions de responsabilité ». On remarquera que c'est pour écarter l'application de l'art. 1384 al. 1 dans les rapports entre contractants qu'un arrêt de la cour de Lyon du 30 nov. 1953 a forgé la « responsabilité contractuelle du fait des choses » (*D.* 1954.172, note Rodière).

(133) Mazeaud-Tunc, t. II, n° 1395 et s. ; G. Viney, *La responsabilité : conditions*, n° 740 et s.

(134) Civ. 1, 17 janv. 1995, *D.* 1995.350, note Jourdain ; cette *Revue* 1995.631, obs. Jourdain ; *JCP* 1995.I.3853, n° 9 et s. obs. Viney ; Groutel, *RCA* 1995.chron.16 ; Leduc, La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses, *D.* 1996.Chron.164 ; Remy, *RGAT* 1995.529.

(135) Viney, obs. *JCP* 1996.I.3944, n° 6 à 12.

(136) V. I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du code civil)*, th. Paris II, 1979. Esquisse historique de cette règle dans Van Ryn, Responsabilité aquilienne et contrats, op. cit. n° 37 et s. Planiol avait fait de ce point le seul élément incontestable de la distinction des deux responsabilités.

(137) le Tourneau et Cadet, op. cit. n° 354 et s. Il y aurait à réfléchir, par ailleurs, sur la distinction des dommages-intérêts dus au cas de résolution et en l'absence de résolution (Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, n° 180 et s.) - et beaucoup à apprendre des droits étrangers sur les diverses méthodes d'évaluation des dommages-intérêts selon la fonction qu'on leur prête (Treitel, op. cit. n° 82 et s.) ; l'indifférence de la doctrine française à ces questions économiquement très importantes est assez étonnante.

(138) Mazeaud-Tunc, op. cit. t. III, p. 2391.

(139) Viney, *La responsabilité : effets*, n° 333.

(140) *Obligations*, n° 161.

(141) Bigot-Prémeneu, Loqué, VI, 154, n° 43.

(142) M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 302.

(143) Civ. 7 juill. 1924, S. 1925.1.321, note Lescot (perte en cours de transport d'une chose supérieure à la valeur déclarée par l'expéditeur). On notera que la jurisprudence belge (poussée par Laurent, puis De Page) est allée plus loin dans l'interprétation déformante de l'art. 1150 (déjà soutenue par Colmet de Santerre et Demolombe) : elle ramène le texte à l'exigence d'une prévisibilité de la cause du dommage, et non de son étendue ; la doctrine belge en déduit très justement qu'en dépit du texte, il n'y a guère de différence sur ce point entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle (V. Cass. belge, 1 ch. 11 avr. 1986, *Rev. crit. jur. belge*, 1990.79, et la très intéressante note de M.-L. Cornelis).

(144) Roujou de Boubée, op. cit. p. 303, qui justifie ensuite l'art. 1150 par le souci de « favoriser les transactions (en évitant) d'accabler le débiteur » (p. 305).

(145) Viney, *La responsabilité : effets*, n° 333 ; au surplus, note l'auteur, « la disparition de l'article 1150 renforcerait le contrat car elle aurait pour effet d'aggraver la sanction de son inexécution » (op. cit. n° 331).

(146) E. Roujou de Boubée, op. cit. p. 139 et s.

(147) Mazeaud, Tunc, t. III, p. 2303 et s. ; rapp. Viney, op. cit. n° 46 et s.

(148) Viney, *La responsabilité : effets*, n° 1 et *Introduction...*, n° 236, p. 431.

(149) Tallon, L'inexécution du contrat, op. cit.

(150) Roujou de Boubée, op. cit. 141.

(151) G. Viney, *Introduction...*, n° 236, p. 431.

(152) Tunc, op. cit. n° 32 et s. ; Viney, *Introduction...*, n° 232 et s.

(153) Tunc, op. cit. n° 46.

(154) Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, 1978, *passim*.

(155) G. Viney, *Introduction...*, op. cit. n° 235.

(156) Tunc, *La responsabilité civile*, op. cit. n° 45.

(157) G. Cornu, Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, Rapport au VI^e Congrès international de droit comparé 1962, p. 239.

(158) Tallon, op. cit. *Mélanges Cornu*.

(159) En ce sens, Dejean de la Bâtie, in Aubry et Rau, t. VI, 7^e éd. note 416, p. 645 ; Huet, obs. cette *Revue* 1987.322.

(160) Tunc, op. cit. *passim* ; Viney, *Introduction...*, n° 56 et s. ; le Tourneau et Cadiet, op. cit. n° 49 ; une thèse récente montre très bien comment pourrait aussi se reconstruire clairement le régime des actions contractuelles directes (F. Leborgne, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats - Etude de droit interne et de droit international privé*, Rennes, 1995, dir. L. Cadiet).

(161) Viney, op. cit. n° 242.

(162) Rapp. T. Weir, *Int. Enc. of Comparative Law*, vol. XI (*Torts*), ch. 12 (*Complex liabilities*), n° 4.

Eric Brousseau, La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique, LPA 19/05/05, p. 43

I. L'analyse économique des contrats... en quelques mots

À partir du milieu des années 1970, les économistes ont développé une analyse des contrats sur la logique de laquelle il convient de revenir afin de permettre au juriste d'interpréter le message de la théorie économique en matière de rupture d'engagement contractuel (1).

Au départ, les économistes ne se sont pas intéressés au contrat en tant qu'objet juridique, leur objectif était de développer une représentation plus pertinente d'une économie de marché que celle dont ils disposaient alors. Dans une économie réelle, les agents se coordonnent de manière décentralisée en signant des contrats entre eux, alors que dans les modèles théoriques hérités du XIX^e siècle, on représentait l'économie comme un ensemble de marchés centralisés, un peu à la manière des bourses de valeur. En se donnant les moyens de représenter l'économie comme un véritable système décentralisé, où les agents échangent entre eux à des prix négociés des prestations hétérogènes, les économistes sont parvenus à construire des modèles plus réalistes et plus précis qui leur ont permis de grands progrès dans l'analyse de la formation des grandeurs économiques (prix, quantités et qualités échangées). Cela étant, les économistes cherchaient à représenter comment les agents se mettent d'accords sur les termes de l'échange, pas à comprendre l'économie des mécanismes juridiques au cœur des contrats. Progressivement, cependant, les outils mobilisés ont été mis au service d'une analyse de l'efficacité des formes alternatives de contrats du fait de la nécessité de mieux comprendre des contrats essentiels du point de vue économique _ comme les contrats de long terme dans l'industrie ou les contrats de travail _ et aussi parce qu'on a demandé aux économistes leur opinion sur des clauses contractuelles particulières _ notamment dans le cadre du développement des politiques de la concurrence. Les économistes des contrats ont alors cherché à développer une véritable analyse économique des dispositifs juridiques, dans le prolongement de l'analyse économique du droit (AED).

Avant d'aller plus loin, rappelons que l'analyse économique du droit _ mais on préférera le terme anglo-saxon de **Law and Economics** qui souligne mieux qu'il s'agit de mêler les deux approches _ ne consacre en rien la suprématie des principes juridiques anglo-saxons, ce qui la rendrait inadaptée à l'analyse du droit civil. Comme le note Éric Posner (2002) _ le fils du juge célèbre pour avoir popularisé la démarche outre-Atlantique (Posner [2003]) _ l'analyse économique est en réalité peu en phase avec les pratiques des juridictions américaines. Les juges considèrent qu'elle a souvent une portée pratique limitée. L'AED n'a donc qu'une influence modeste sur le droit outre-Atlantique. En fait, comme le rappelle Aristides Hatzis (2000), le **Law and Economics** joue un rôle important dans les pays de **common law** du fait du développement des débats autour des cas concrets de jurisprudence et de l'absence d'un corpus doctrinal pour l'ordonner. Les catégories analytiques proposées par les tenants de l'AED ont permis d'organiser un certain nombre de débats transversaux. Le raisonnement économique ne conduit cependant en rien à la démonstration d'une supériorité de la loi coutumière sur le code, comme le démontrent les contributions qui se multiplient réunies, par exemple, par Deffains et Kirat (2001) ou par Deffains (2002). Elles soulignent que les pratiques juridiques dont on parvient à démontrer la supériorité appartiennent parfois à un univers juridique, parfois à un autre, et qu'en sus la plupart de ces pratiques sont présentes (à des degrés divers) dans l'ensemble des droits. L'approche économique n'est en rien biaisée en faveur d'un cadre légal ou un autre.

Ces différents éléments de cadrage permettent de préciser la nature et la pertinence des approches économiques de la rupture contractuelle. À la fois parce que l'économie des contrats n'est pas destinée à fournir une doctrine complète en matière de sanction en cas d'inexécution, et parce qu'il est fidèle à sa démarche hypothético-déductive, l'économiste propose des modèles théoriques destinés non pas à saisir toutes les dimensions du problème, mais à mettre l'accent sur certains enchaînements de causalités. Le juriste doit donc se familiariser avec la « boîte à outil » des économistes pour élaborer sa propre doctrine ou éclairer ces décisions. C'est en tous

les cas dans cet esprit qu'est conçu le présent article qui propose un éclairage sur différentes dimensions de l'analyse économique du défaut d'exécution des contrats.

Afin de comprendre l'intérêt de ces modèles, il convient de souligner leur socle commun. Il tient à la vision du contrat comme outil de lutte contre l'incertitude. Pour les économistes, le contrat est avant tout un ensemble d'engagements réciproques entre deux parties destinées à leur permettre d'économiser sur les « coûts de transaction ». Ces coûts renvoient aux dépenses que les individus doivent consentir pour rechercher un partenaire et négocier les termes de l'échange (coûts **ex-ante** qualifiés de coûts d' « écriture ») auxquels s'ajoutent les dépenses réalisées une fois que le contrat signé (coûts **ex-post** qualifiés de coûts de « gouvernance »). En effet, il existe un décalage temporel entre le moment où l'accord est scellé et où il est exécuté. Ce décalage peut être à l'origine d'inadaptations car les parties peuvent ne pas avoir correctement prévu l'avenir, à la fois parce qu'elles ont des capacités de décision bornées (concept de « rationalité limitée ») et parce que l'avenir est incertain. Les obligations souscrites **ex-ante** peuvent donc les conduire à adopter des comportements qui ne sont pas les meilleurs possibles **ex-post**, ce qui génère des coûts dits de « maladaptation » auxquels peuvent s'ajouter des coûts liés aux renégociations et conflits qui s'en suivent. Cela plaide en faveur d'une certaine flexibilité permettant aux parties de revenir sur leurs obligations afin de s'adapter à la situation. Cela étant ces adaptations éventuelles posent problème. D'abord parce que les apports réciproques des parties peuvent être décalés dans le temps, une révision de ce qu'apporte, par exemple B à A au temps T peut se traduire concrètement par une perte par rapport à ce qu'A attendait de B compte tenu de ce que le premier a donné ou fait au temps T - 1 en faveur de B. Ensuite, parce que la révision peut être stratégiquement utilisée par une des parties pour ne pas exécuter ses obligations contractuelles. Ces éléments plaident pour forcer à l'exécution des obligations telles qu'elles ont été souscrites non seulement pour protéger les intérêts des parties éventuellement lésées, mais aussi pour garantir l'efficacité. En effet, si les parties savent **ex-ante** qu'**a posteriori** les engagements souscrits par des tiers à leur égard seront révisables, ils hésiteront eux-mêmes à s'engager dans toute transaction qui ne serait pas instantanément dénouée, puisqu'ils pourraient perdre à tout moment la valeur de ce qu'ils ont engagé dans la transaction. Ainsi tout engagement contractuel se trouve-t-il marqué par la tension entre un besoin de rigidité, garante de sa crédibilité _ elle-même nécessaire pour que les parties s'engagent dans des transactions marquées par un certain risque _ et un besoin de flexibilité, garante d'une adaptation des parties aux situations auxquelles elles sont effectivement confrontées.

À partir de cette vision communes trois modèles proposent des analyses complémentaires des problèmes engendrés par l'exécution des engagements contractuels (2). Le premier concerne en particulier ce que les économistes qualifient de contrats transactionnels, par références à la catégorisation proposée par le sociologue du droit américain Ian Macneil (1974). Il s'agit de contrats organisant une transaction commerciale classique n'engageant pas les parties pour une longue durée. Cette approche permet de mettre à plat les éléments plaident en faveur de différents régimes d'indemnisation en cas de non-exécution contractuelle. Elle conduit surtout à montrer comment l'attitude du juge (ou du législateur) influe sur la capacité des parties à s'ajuster aux imprévus et à rédiger des contrats leur permettant de le faire (III). Dans un deuxième temps, nous aborderons un autre cadre d'analyse : celui des contrats « relationnels » qui lient des parties engagées dans une relation complexe de long terme qui tient plus de la coopération et de la production jointe que de la simple transaction commerciale (IV). Nous évoquerons alors successivement deux approches de tels contrats. Une approche qui s'exprime principalement en termes d'investissement dans la relation. Une seconde qui met plus l'accent sur la gouvernance d'un processus de coopération. On soulignera alors qu'il existe un certain nombre d'arguments en faveur de l'exécution forcée (IV.A). Cependant, plus la situation est « relationnelle », moins le juge « répressif » est en mesure d'avoir une action efficace, confiance et attitude coopérative ne pouvant être initiées par des tiers, ni résulter du conflit (IV.B). Dans les pages qui vont suivre, nous allons d'abord revenir sur l'analyse proposée par les économistes de l'inexécution efficace (**Efficient Breach**) afin de souligner comment se pose le dilemme rigidité-flexibilité (II).

II. L'inexécution efficace : le principe

Pour aborder cette question, nous nous inspirons fortement de l'analyse qu'en propose Ejan Maackay (2005) à travers l'exemple de la surréservation aérienne. Imaginons une compagnie aérienne qui opère chaque jour 100 vols de 100 places à 500€ le siège ce qui représente un chiffre d'affaires potentiel de 5.000.000€. Cette compagnie est cependant confrontée à une moyenne de 10 % de **no-show** qui, si elle se traduisait en autant de sièges inoccupés, ne lui permettrait de ne réaliser qu'un chiffre d'affaires journalier de 4.500.000€, alors même que ses coûts sont **grosso modo** liés au nombre de vols et non au nombre de passagers transportés. La compagnie a donc intérêt à améliorer son taux de remplissage en pratiquant de la surréservation et en vendant donc systématiquement 10 % de sièges en plus sur chaque vol. Pour faire le bilan d'une telle pratique, il faut prendre en considération le fait que le **no-show** sur chaque vol n'étant pas identique, il demeurerait des cas où des sièges resteraient vides, et des cas où plus de 100 clients se présenteront à l'embarquement. Il faudra alors dédommager les victimes d'un défaut d'exécution du contrat de transport. Étudions donc le bilan d'une telle opération, dans le cas où le pourcentage de **no-show** par vol se répartirait comme indiqué dans le tableau suivant.

Nombre de vols	Nombre de sièges inoccupés en réservation classique	Sièges inoccupés ou manque en cas de surréservation à 110
5	8	- 2
15	9	- 1
60	10	0
15	11	1
5	12	2

Dans un tel cas de figure, la perte liée aux sièges inoccupés s'élève à 12.500€ pour la compagnie (25 × 500€) à comparer au demi-million précédent. Grâce à la surréservation, la compagnie réalise donc 487.500€ de recettes supplémentaires ce qui lui donne une marge du même montant pour dédommager les passagers s'étant vu refuser l'embarquement. Imaginons que la compagnie propose à ces 25 passagers un dédommagement de 500€ ainsi qu'une place sur le prochain vol (ce qui dans notre exemple est en réalité un peu difficile car cela suppose que les passagers surréservés puissent se reporter sur les vols où il reste effectivement des sièges vides). Le coût d'une telle mesure est de 12.500€. Il en résulte un chiffre d'affaires de 4.975.000€ pour la compagnie. Le gain net de la surréservation est de 475.000€ de chiffre d'affaires alors même que l'ensemble des passagers désirant être transportés le sont, et que les 25 clients qui ont eu la malchance de ne pouvoir embarquer dans le vol de leur choix bénéficient **de facto** d'un vol gratuit.

D'un point de vue économique, le défaut d'exécution permet ainsi d'atteindre une situation largement préférable à celle qui résulte d'une stricte exécution de l'ensemble des contrats de transport (qui interdit **de facto** la surréservation) et ce, aussi bien pour le transporteur que pour les passagers. En dynamique, on peut même imaginer que ce meilleur taux de remplissage des avions permet au transporteur de répartir ses coûts (fixes) d'exploitation sur un plus grand nombre de passagers et donc de faire baisser le prix de ses billets (potentiellement de près de 10 %).

Cet exemple a un double mérite. Tout d'abord il montre bien comment dans certaines circonstances, la non-exécution d'une obligation contractuelle peut être socialement efficace, suggérant ainsi qu'elle ne doit pas nécessairement être sanctionnée. Ensuite, il souligne qu'en ce qui concerne les parties contractantes, tout le problème est celui du régime d'indemnisation. En effet, la partie qui souhaite ne pas exécuter réalise un « surplus » par rapport à la situation où elle devrait exécuter. Si ce « surplus » est supérieur à la perte enregistrée par la victime de la rupture alors il y a accord possible. Les deux contractants sont alors gagnants et une meilleure utilisation des ressources est réalisée au plan collectif. La « compensation » due à la victime en cas de non-exécution peut varier entre le montant du préjudice qu'elle subit et le gain total dont bénéficie l'initiateur de la non-exécution. Il faut naturellement que ce gain soit supérieur au préjudice, mais dans ce cas, la « victime » de la non-exécution peut se retrouver dans une situation préférable à celle dans laquelle elle aurait été s'il y avait eu exécution suivant les termes envisagés contractuellement, puisque le bénéficiaire est en mesure de verser à la victime une compensation supérieure au préjudice qu'elle subit.

On parle donc de rupture efficace, lorsque les gains collectifs à la non-exécution sont supérieurs aux dommages engendrés. Lorsqu'on est dans une telle situation, la partie qui désire ne pas exécuter est en mesure de négocier la non-exécution avec l'autre, puisque les gains qu'elle réalise lui permettent de dédommager la victime. L'acceptation et l'acceptabilité de la non-exécution vont donc dépendre du régime de compensation de la « victime » et l'analyse économique de la sanction en matière contractuelle va s'appuyer sur l'analyse des propriétés de différents régimes de compensation car il peut y avoir plusieurs acceptations de la notion de préjudice.

III. Inexécution et indemnisation des contrats « transactionnels »

Au cas où il s'avérerait impossible ou trop coûteux d'organiser une négociation entre les parties pour s'accorder sur la non-exécution, cette dernière devient unilatérale et la victime va donc poursuivre devant les tribunaux la partie fautive. Quel doit être l'attitude du juge ? D'après la théorie économique, c'est essentiellement une question de régime d'indemnisation qu'on doit juger moins en fonction de critères de justice que de critères d'efficacité en prenant en considération la manière dont le niveau de dédommagement exigé du « fautif » influence son comportement.

D'un côté si le juge fixe des dommages et intérêts très favorables à la victime, il oblige la partie défaillante à tenir compte du « coût social » de sa défection, et à ne pas exécuter ses obligations qu'au cas où les gains en efficacité collective sont très élevés. De l'autre, si le niveau des dommages est moins favorable à la victime, il permet au défaillant d'exploiter chacune des « nouvelles opportunités ». Dans les deux cas, des gains en efficacité sont réalisés, mais les propriétés des différents régimes d'indemnisation qu'on doit juger moins en fonction de critères de justice que de critères d'efficacité en prenant en considération la manière dont le niveau de dédommagement exigé du « fautif » influence son comportement.

A. Propriétés des différents régimes d'indemnisation

Un second exemple va nous permettre de passer en revue les propriétés de régimes alternatifs d'indemnisation (Edlin [1998]). Un client passe au temps T0 une commande à un artisan d'un bureau pour un montant de 1.000€. Quelques temps après (T1), alors que l'artisan a déjà dépensé l'équivalent de 350€ pour réaliser le bureau commandé, l'acheteur découvre un bureau qui lui convient à un prix attractif auprès d'un commerçant. Sa décision d'acheter le bureau et de rompre unilatéralement le contrat qui le lie à l'artisan va dépendre de l'indemnisation qu'il lui devra. Trois sanctions à l'inexécution sont possibles.

- L'indemnisation la moins forte consiste à faire en sorte que la victime de la rupture se retrouve dans la situation initiale, comme s'il n'y avait pas eu de contrat. Seul le dommage qu'elle subit est pris en considération. Le **Reliance Damage** correspondant s'élève donc à 350€.

- La notion de dommages et intérêts (**Expectation Damage**) consiste à faire en sorte que la victime réalise le bénéfice qu'elle aurait réalisé si la vente avait eu lieu. Si le coût de revient de l'artisan (supposons 600€) est connu alors son bénéfice attendu est de 400. L'indemnisation nécessaire est donc égale à 750€ (350 + 400).

- L'exécution forcée (**Specific Performance**) revient à forcer à la fois l'acheteur à dépenser les 1.000€ promis et à forcer le vendeur à terminer le bureau, c'est-à-dire dépenser 250€ supplémentaires, pour réaliser son bénéfice de 400€.

La règle d'indemnisation appliquée par le juge va avoir une influence sur les incitations de l'acheteur à rompre.

- La règle des dommages et intérêts (**Expectation**) le conduit : à ne rompre le contrat que dans la situation où la rupture est efficace, c'est-à-dire quand l'acheteur estime que la différence (V) entre la valeur du bureau neuf et sur-mesure et la valeur de « l'affaire » est inférieure à 250€ (soit la valeur de ce qu'il reste à dépenser pour produire le bureau sur mesure). Dans ce cas, le bureau sur mesure n'est « efficace » pas produit puisqu'il n'a pas aux yeux de son futur propriétaire une valeur supérieure à son coût de production résiduel. En revanche, lorsque la règle des simples dommages (**Reliance**) est appliquée, l'acheteur est amené à rompre y compris dans des situations inefficaces (soit, lorsque son estimation de la valeur du surmesure (V) est située entre 250€ et 650€). Il rompt en effet tant que la valeur du sur-mesure est inférieure aux 650€ qu'il doit encore à l'artisan pour le bureau neuf, et alors que lui-même estime que cette valeur est supérieure aux seuls 250 nécessaires à l'achèvement du bureau sur-mesure (auquel il attribue une plus grande valeur que le bureau découvert **ex-post**) (3).

- Quant à l'exécution forcée, elle conduit nécessairement à une situation inefficace au sens où elle empêche l'acheteur de profiter d'une aubaine sans améliorer le bien-être de l'artisan (par rapport à l'application de dommages et intérêts) (4).

À première vue, donc, le principe du dédommagement au niveau des profits anticipés (**Expectation Damage**) semble préférable aux autres. Ce point doit cependant être relativisé car cette formule ne va pas sans poser des problèmes d'incitations et de mise en oeuvre.

- Sur le plan des incitations, la formule confère un pouvoir de négociation très fort à la victime de la rupture. Il peut la conduire à ne pas rechercher une solution plus efficace. Dans notre exemple, tout se passe comme si les 350€ dépensés par le commerçant étaient « perdus ». Or s'ils sont redéployables, c'est-à-dire si l'artisan peut utiliser ce qu'il a déjà fait pour produire pour un autre client, alors il serait socialement préférable de parvenir à une solution qui l'incite à le faire. Par ailleurs cela devrait diminuer les dommages dus, abaissant le seuil de rupture efficace. La règle de l'**Expectation Damage** n'incite pas l'artisan à accepter un compromis. Elle augmente « artificiellement » le niveau de rupture efficace, ce qui empêche les parties de profiter effectivement des opportunités qui se présentent pour dénouer le plus efficacement possible le problème né de la découverte d'une nouvelle opportunité par l'acheteur.

- Sur le plan de la mise en oeuvre, se pose le problème de l'évaluation des « intérêts », c'est-à-dire du profit anticipé par la victime de la rupture. Un tiers n'est pas nécessairement en mesure de déterminer facilement les coûts effectifs qui auraient été ceux de l'artisan s'il avait terminé sa prestation. **Ex-post**, ce dernier peut en fournir une évaluation minimisée afin de maximiser son indemnisation. Tout pourrait être résolu, si l'artisan acceptait de révéler ses coûts à l'avance, mais il a de fortes incitations à ne pas le faire car cela diminue son pouvoir de négociation vis-à-vis de l'acheteur (5).

Ce dernier point explique les raisons pour lesquelles, dans la pratique, un principe d'indemnisation des seuls dommages puisse le cas échéant être préféré, y compris par la partie qui bénéficierait **ex-post** d'une indemnisation en fonction des profits espérés. Dans le cas du transport, la règle d'indemnisation des seuls dommages (**Reliance Damage**) conduit le chargeur à ne pas révéler la valeur de sa cargaison au transporteur. En revanche, le principe d'**Expectation Damage** conduira le transporteur à exiger la transparence sur la valeur des cargaisons de manière à prendre les précautions nécessaires concernant les cargaisons les plus précieuses. Pour le chargeur, une telle transparence a un défaut majeur car elle le conduit à révéler au transporteur sa propension à payer. Cela permet à ce dernier de pratiquer une discrimination par les prix (principes consistant à faire payer au client le prix maximum qu'il est prêt à payer pour une prestation, même si cette dernière est identique à la prestation offerte à une autre partie à un prix inférieur).

Cette dernière observation conduit à souligner qu'il y a au coeur du principe même de sanction d'un défaut d'exécution un dilemme, car tant l'exécution que l'inexécution d'un engagement passé répondent à un principe d'efficacité. Il n'y a pas de sanction optimale en toute généralité. Tout dépend des circonstances et de l'efficacité qu'on veut favoriser. L'analyse économique souligne les termes du dilemme et met à jour les variables qui l'influencent, mais ne fournit pas une règle de décision systématiquement optimale. Son intérêt consiste aussi à montrer que l'efficacité ne doit pas se juger en fonction du seul effet produit **a posteriori** sur la seule paire d'agents concernés. L'efficacité se juge avant tout du point de vue de la manière dont les agents se comportent **a priori**, quand ils s'engagent mutuellement, connaissant les sanctions qui seront appliquées en cas de défaillance.

Partant de ce principe, comment inciter les parties à se comporter efficacement en matière de rupture, sachant qu'on vient de souligner que les règles générales font pencher la balance de manière excessive au profit d'une des parties ou de l'autre, n'incitant pas celle qui est surprotégée à permettre un ajustement optimal aux conditions économiques imprévues.

B. Inciter les parties à prévoir l'inexécution

Un nouvel exemple va nous mettre sur la voie d'une réponse plus satisfaisante à ce dilemme efficacité-flexibilité (Posner [2003]). L'intuition centrale est que les principes d'indemnisation adoptés par les juges, notamment lorsqu'il s'agit de transactions entre professionnels (6), doit inciter les parties à anticiper qu'une défaillance de l'une d'elles est toujours possible **ex-post**. Elles doivent définir en conséquence le principe d'indemnisation à appliquer le plus efficace, compte tenu des spécificités de leur relation.

Imaginons une situation où deux opérateurs prévoient une transaction sur des poulets, sans préciser plus avant dans le contrat le niveau de qualité, alors même qu'il existe trois niveaux de qualité différents. Disons, pour faire image, le poulet « premier prix », le poulet « label rouge » et le poulet qui en plus du label de qualité est de qualité très supérieure, par exemple « AOC Bresse » (7). Dans un cas comme celui-là, le vendeur a toutes les incitations pour ne fournir que du poulet premier prix, alors que l'acheteur a négocié en s'attendant à recevoir du poulet AOC. Si du poulet « premier prix » est effectivement livré et qu'un accord à l'amiable entre les parties est hors d'atteinte, une plainte pour défaut d'exécution va être déposée auprès des tribunaux. L'indemnisation potentielle de l'acheteur pose non seulement la question de la règle de dommage, mais aussi celle de l'interprétation des termes du contrat qui servent de référence à la fois au constat d'(in)exécution et au calcul des dommages. Le juge a le choix entre trois options :

- Il peut retenir l'interprétation usuelle (**Majoritarian Rule**) qui correspond à la pratique dominante (par exemple dans notre cas le « Label Rouge ». Cette règle de « bon sens » n'est cependant ni nécessairement juste, ni forcément efficace car la pratique dominante peut très bien être très éloignée de la pratique usuelle de chacune des deux parties (ce qui peut être le cas si notre éleveur est un fournisseur traditionnel de la restauration collective et au contraire son client un restaurateur).

- Il peut retenir une règle de punition pour défaut (**Penalty Default**), c'est-à-dire une interprétation que la plupart des parties ne choisiraient pas, et qui correspond à la situation la plus défavorable : dans notre cas le poulet de premier prix, estimant que les parties auraient dû préciser contractuellement tout niveau de qualité supérieur (8).

- Enfin, il peut s'en tenir à l'interprétation littérale du contrat en ne prenant en considération que ce qui est écrit, ce qui dans le cas présent le conduirait à ne pas considérer qu'il y a défaut d'exécution si le nombre de poulets livrés est effectivement le bon.

Le choix de l'interprétation usuelle comparé à la punition pour défaut a pour effet, à l'instar d'une règle de responsabilité illimitée plutôt que minimale, de faire supporter au fournisseur (et inversement à l'autre partie) le coût de l'ambiguïté contractuelle. Il n'est pas possible de dire en toute généralité ce qui est optimal car de nombreux facteurs doivent être pris en considération pour déterminer ce qui sera le plus efficace au plan collectif (distribution des préférences dans la population, pouvoir de marché respectif des parties, capacité du vendeur à influencer sur le niveau de qualité, etc.). Il est en revanche aisé de comprendre que toute règle d'interprétation générale pourra s'avérer injuste et inefficace dans de nombreux cas spécifiques. Cela plaide alors pour l'adoption d'une règle d'interprétation au cas par cas. Finalement, le juge devrait déterminer, dans chaque cas litigieux, s'il est juste et efficace de considérer que les parties avaient en réalité décidé d'échanger du poulet de qualité basse, moyenne ou supérieure. L'inconvénient d'une telle position est qu'elle n'offre aux parties aucune sécurité juridique. Dans l'incertitude sur la règle d'interprétation qui sera retenue en cas de conflit, elles éprouvent des difficultés, à évaluer les risques auxquels elles s'exposent lorsqu'elles contractent, ce qui les empêche de déterminer si les transactions dans lesquelles elles s'engagent sont bénéfiques. Il peut en résulter des volumes d'échanges inférieurs à ce qu'ils seraient dans un environnement juridique plus certain. Par ailleurs, cette solution va être génératrice de conflits, les parties étant incitées à « tenter leur chance » auprès des tribunaux puisqu'il existe une probabilité qu'on leur donne raison (ce qui n'est pas le cas lorsque la règle est donnée, la sentence étant connue à l'avance). Ainsi, est-on confronté à un nouveau dilemme entre règle générale, nécessairement inadaptée à certaines situations, et interprétation au cas par cas des termes du contrat, génératrice de conflits et de dépenses afférentes. Ce qui est préférable dépend **in fine** de la comparaison des

coûts résultants de l'inadaptation de la règle générale retenue avec les coûts des conflits et de leur résolution.

L'application d'un principe d'interprétation littérale permet cependant de sortir de ce dilemme. En effet, les risques qu'il fait courir aux parties les conduisent à anticiper que des problèmes d'interprétation se poseront **ex-post**, et donc à investir **ex-ante** dans la conception du contrat de manière à réduire tant l'incertitude que la conflictualité. Sur le plan collectif, cette solution est en tous points préférable. Supportant (internalisant) les vrais coûts de coordination, les parties ne peuvent plus obliger la collectivité à supporter les conséquences de leurs erreurs ou de leur imprévision. Elles sont de plus mécaniquement amenées à réaliser le niveau optimal d'échange et à minimiser les conflits, notamment en concevant une règle d'indemnisation « sur-mesure » à appliquer en cas de défaillance.

Pour conclure, puisqu'il n'existe pas de principe « optimal » pour sanctionner la non-exécution des contrats transactionnels _ le régime d'indemnisation le plus efficace dépendant fondamentalement des spécificités économiques de chaque transaction _ le concepteur de la politique judiciaire se trouve devant un dilemme. D'un côté, l'application d'une règle d'indemnisation d'application générale induit des inefficacités transactionnelles qui vont dissuader les opérateurs économiques de se lancer dans les transactions inadaptées à la règle en vigueur, ce qui prive la société d'un certain nombre d'opportunités. De l'autre l'application de règles contingentes engendre une forte conflictualité **ex-post** qui est coûteuse en soi pour la collectivité, mais qui dissuade en plus les agents économiques d'entreprendre les transactions les plus risquées, le risque transactionnel moyen augmentant du fait de l'incertitude juridique résultant de ce principe. Dans ce contexte, des incitations fortes devraient être données aux parties pour qu'elles rédigent des contrats **ad hoc** « efficaces » ; c'est-à-dire stipulant le niveau de sanction adéquat dans divers cas de figure. De tels contrats limitent en effet la conflictualité et son coût, fournissent aux parties une forte sécurité juridique, et permettent de tenir compte des spécificités économiques de chaque transaction.

IV. Le rôle délicat du juge dans les contrats « relationnels »

La solution « optimale » suggérée dans les lignes qui précèdent _ forcer le juge à ne s'en tenir qu'à une interprétation littérale du contrat _ n'est adaptée qu'à une gamme particulière de relations contractuelles que l'on a qualifiée plus haut de « transactionnelles » et qui correspondent à l'échange marchand d'un bien ou un service aux caractéristiques bien délimitées et stables. Il existe cependant toute une gamme de situations « relationnelles » _ dans lesquelles les parties réalisent moins un échange instantané qu'elles ne sont engagées dans une relation de coopération afin de mener un projet économique commun _ dans lesquelles elles ne peuvent passer les contrats « complets » qu'on vient d'appeler de nos vœux.

La théorie économique met en évidence qu'il existe des situations dans lesquelles il est radicalement impossible de prévoir de manière précise les obligations des parties **ex-post**. Plus précisément, elle souligne que les individus concevant des contrats doivent supporter des coûts de décision. Dès lors, ils peuvent décider de réaliser des économies en signant des contrats qui ne prévoient pas les obligations des parties dans toutes les circonstances. Le revers de la médaille est qu'ils doivent alors mettre au point un mécanisme pour décider, au cours de l'exécution du contrat, ce que seront les obligations précises des parties. Ce mécanisme à un coût de même que les délais d'adaptation qu'ils génèrent. Par ailleurs, les parties doivent, le cas échéant, supporter des coûts liés à l'incertitude contractuelle résultant de l'incomplétude. Cette dernière peut les dissuader d'« investir » dans la relation, d'autant que les marges de manoeuvre laissées par l'incomplétude contractuelle peuvent être utilisées de manière opportuniste par l'une des parties pour tirer partie des failles du contrat au détriment du partenaire. Un arbitrage est donc réalisé par les agents entre coûts de conception **ex-ante**, et coûts d'exécution et d'adaptation **ex-post**. Une seconde raison explique l'incomplétude contractuelle. Elle tient au fait que les institutions ne sont pas parfaites et que les agents ne peuvent contracter que sur les éléments observables par l'autorité responsable de l'exécution du contrat en dernier ressort.

Cette seconde raison est celle qui est mise en avant par la théorie des contrats incomplets. La première étant plutôt analysée par la théorie des coûts de transaction. Revenons successivement sur les apports de ces deux approches pour comprendre comment les juges doivent intervenir en matière d'exécution des contrats incomplets.

A. Le rôle des clauses de défaut en cas d'incomplétude contractuelle

À nouveau, un exemple semble utile pour faire comprendre l'idée centrale développée par les économistes. Ils considèrent que dans les relations de long terme, le rôle du contrat est avant tout d'offrir des garanties incitant les parties à « investir » de manière optimale dans une relation.

Prenons l'exemple d'un contrat de fourniture spécifique entre un industriel et un fournisseur. Les deux parties doivent réaliser des investissements permettant un ajustement efficace entre eux tant sur le plan commercial que technique. Or ces investissements dans des méthodes, des équipements, des principes organisationnels sont à la fois indispensables et difficilement observables par un tiers (vérifiables) car ils sont à la fois complexes et diffus. Dès lors, ils sont non-contractualisables car il ne servirait à rien de les indiquer comme des obligations contractuelles puisqu'une autorité judiciaire pourrait difficilement déterminer s'ils ont été effectivement réalisés de manière correcte et adéquate. Dans ce type de situation, où les contrats sont incomplets au sens où ils ne peuvent spécifier certaines des obligations pourtant essentielles au succès de la relation, les parties doivent imaginer un moyen détourné pour s'inciter mutuellement à investir. Le problème supplémentaire est que ces

investissements engageant réciproquement les parties pour une certaine durée. Cet horizon temporel long et les incertitudes auxquelles elles sont confrontées les empêchent de déterminer avec précision ce que sera le niveau efficace de leurs échanges dans le futur. C'est par exemple la situation dans laquelle se trouvent un constructeur automobile et un fournisseur lorsque le premier lance un nouveau modèle. Le niveau futur de commande va dépendre de la conjoncture, du succès du modèle, des réactions de la concurrence, d'éventuels aléas propres à l'industrialisation et à la commercialisation. La réalisation des investissements ne peut donc être garantie par des volumes de commandes fermes.

La théorie des contrats incomplets recommande alors de jouer sur la combinaison d'une « option de défaut » et de l'attribution de « droits de renégociation » (Brousseau et Fares [2003]). L'option de défaut consiste à garantir à l'une des parties, disons le vendeur, un niveau minimal d'échange ; c'est-à-dire une quantité à livrer et un prix unitaires et minimaux. En pratique, cette option de défaut correspond à la production moyenne attendue. Elle est destinée à inciter le vendeur à réaliser les investissements nécessaires pour faire face à cette situation espérée. Il se peut toutefois que le niveau d'échange optimal *ex-post* soit supérieur ou inférieur à ce niveau d'échange spécifié dans l'option de défaut. Si la conjoncture est difficile et que le modèle n'a pas de succès, le constructeur a en effet intérêt à réviser à la baisse son plan de production et les besoins sont inférieurs au niveau spécifié par l'option de défaut. Il se produit l'inverse si la conjoncture est favorable. Notons que ces besoins de révision peuvent à la fois concerner les prix et les quantités, et qu'à la hausse comme à la baisse, ils sont dans l'intérêt des parties, puisque réviser leurs engagements leur permet de réallouer leurs actifs vers les opérations les plus profitables. Il faut donc concevoir un mécanisme de renégociation permettant de déterminer les termes de l'échange les plus adaptés à la situation à laquelle les parties sont effectivement confrontées et qu'elles découvrent au cours de l'exécution du contrat (qu'il s'agisse de la conjoncture, des conditions spécifiques auxquelles elles font face, du niveau effectif des investissements réalisés par chacune d'elles, etc.). La théorie recommande de construire un mécanisme de négociation où tous les droits de décision sont confiés à la partie qui n'est pas protégée par l'option de défaut ; dans notre exemple, l'acheteur. Un tel mécanisme permet, en effet, de donner aux deux parties les incitations « optimales » à investir. La partie protégée par l'option de défaut (le vendeur) se voit incité à investir de manière à être en mesure de faire face dans les meilleures conditions à la moyenne des situations attendues. La partie disposant des droits de renégociation (l'acheteur) est en mesure de déterminer en fonction de ses intérêts le niveau optimal d'échange. Il a donc intérêt, lui aussi à investir de manière « optimale » de façon à réaliser le plus grand profit possible.

Ce type de contrat correspond, concrètement, à une commande avec niveau minimal d'échange mais possibilité pour le client d'augmenter les volumes et le prix d'achat *ex-post* de manière à s'adapter au mieux. Par rapport à l'option de défaut, seuls des ajustements à la hausse sont néanmoins possibles. Or, si l'environnement économique est défavorable, les parties peuvent avoir intérêt à définir un volume et un prix d'échange inférieurs à ce qui est stipulé par l'option de défaut. Quelle doit être l'attitude du juge face à une telle attitude, rappelons-le mutuellement acceptée par les parties qui ont intérêt à s'ajuster de manière optimale ? À nouveau on se trouve face à un dilemme, car l'ajustement à la baisse mutuellement acceptée correspond, par définition, à une rupture efficace. Cela étant, il a un inconvénient majeur : il fait perdre toute crédibilité à l'engagement contractuel. Si au moment de la signature du contrat les deux parties savent qu'elles ne pourront pas s'empêcher de renégocier *ex-post*, alors celle qui est sensée être protégée par l'option de défaut sait qu'il n'en est rien. Elle va donc sous-investir par rapport à ce qui serait optimal, au détriment de l'efficacité collective. Les ajustements à la hausse n'ont, en revanche, aucun effet négatif sur les incitations à investir et permettent, au contraire, un ajustement optimal.

Ces éléments plaident pour que les parties se lient effectivement les mains à partir de leur engagement initial pour ne pas le revoir à la baisse. S'il est amené à statuer, le juge doit forcer l'exécution s'il constate un arrangement (officiel ou officieux ; v. note 9) à la baisse. L'exécution forcée s'avère donc préférable dans ce cas à toute forme de dédommagement, car elle garantit les incitations à investir.

Il n'en demeure pas moins un problème en cas de signature d'un tel contrat incomplet. Si les deux parties sont d'accord pour ne pas respecter l'option de défaut, alors rien ne va conduire à saisir un juge qui pourrait forcer l'exécution. Un tel contrat n'est donc crédible que si les parties le déposent auprès d'un tiers chargé d'alerter la justice _ ou de se constituer lui-même en mécanisme d'exécution en dernier recours des accords. Le juge doit alors forcer l'exécution, même si les parties s'accordent *ex-post* sur la renégociation de la clause de défaut.

Au total, donc, dans le cadre d'un contrat relationnel destiné à assurer la gestion d'un processus de coproduction, la tâche du juge apparaît délicate. Il doit être le garant en dernier ressort des engagements de manière à assurer leur crédibilité et donc leurs effets incitatifs. Il doit par conséquent forcer l'exécution, même lorsque cette dernière n'est réclamée par aucune des parties mais seulement dans les cas où les parties cherchent à s'entendre pour réaliser un niveau d'échange inférieur à l'option de défaut. On demande donc au juge un travail délicat d'expertise tant pour se saisir des cas problématiques que pour s'assurer que les parties respectent bien la clause de défaut (9). Nous allons voir que sa tâche est encore plus délicate lorsque les parties sont engagées dans un processus de coopération.

B. Sanctionner la coopération est-il efficace ?

Comme nous l'avons souligné dans des articles antérieurs (Brousseau [1998, 2000]), les économistes se sont également intéressés au rôle des contrats dans le cadre de relations coopératives entre entreprises. Par ce terme, on désigne des relations où deux entreprises engageant une activité entrepreneuriale conjointe, comprenant des aspects risqués et/ou innovants comme la conquête de nouveaux marchés ou le développement de nouveaux produits ou services. Dans ces cas d'incertitudes très fortes, les parties ne peuvent pas stipuler contractuellement de quelconques options de défaut car, au moment de la signature du contrat initial, la plupart des données du problème sont inconnues : les parties ignorent ce qu'elles vont effectivement apporter dans l'aventure commune, l'objet précis de cette dernière, sa dimension et sa temporalité. Les études disponibles sur ces cas de figures, correspondant aux accords de coopération et alliances stratégiques, soulignent que dans ces conditions, le contrat formel est de peu d'utilité dans la coordination. Cette dernière repose avant tout sur une négociation permanente entre des parties qui doivent se faire confiance.

Pour autant, les contrats ne sont pas absents de ces processus. Ils jouent même un rôle moteur dans la construction de la confiance. Au fur et à mesure que la coopération se développe, on s'aperçoit que le contrat initial, très vague, est précisé au cours de négociations permanentes. À mesure que les parties précisent leur projet commun, leurs capacités réciproques à le mener à bien, les moyens dont elles disposent et qu'elles engagent, elles construisent progressivement de volumineux contrats de plus en plus précis sur leurs obligations réciproques (et les éventuelles sanctions associées). En même temps pour maintenir la flexibilité nécessaire au succès d'une opération comprenant de nombreux aspects innovants et marqué par des imprévus, il est fondamental que les parties se laissent réciproquement des marges de manœuvre. Pour faire image, elles doivent enfermer le contrat dans un coffre. Il n'est qu'un dispositif de recours en cas de grave crise (de confiance) entre les parties. Il n'est pas élaboré pour être utilisé, mais parce que chacune des parties a besoin d'envoyer à l'autre des signaux de sa bonne volonté et attend en retour un comportement identique de l'autre partie. Les engagements contractuels ne sont en réalité que les signaux destinés à démontrer sa volonté de coopérer et donc à initier une spirale vertueuse de la coopération.

Dans un tel contexte, le contrat n'est pas destiné à piloter le comportement des agents, mais à favoriser l'émergence et le renforcement de la confiance en s'assurant qu'elle ne pourra pas être trahie sans coût pour le fautif. Les engagements contractuels ne sont en quelque sorte que purement formels : je donne à l'autre partie les moyens contractuels d'exercer des représailles à mon égard que pour lui prouver qu'elle n'aura pas à s'en servir. Quel peut être alors la modalité d'intervention d'un tiers, en cas de défaillance apparente ? Le non-respect d'engagements contractuels peut résulter d'une volonté manifeste de nuire aux intérêts de l'autre partie _ car la coopération n'a plus d'intérêt pour la partie violant ses obligations _ comme elle peut être inhérente aux aléas de la gestion d'une opération nouvelle et risquée _ la partie qui en est responsable n'a pas pu, malgré elle, respecter l'engagement ou l'a délibérément violé, cherchant à faire face, dans l'intérêt mutuel, à une situation inattendue ou voulant profiter d'une opportunité. Dans un tel cas de figure, l'intervention d'un tiers doit tendre à évaluer si la coopération reste mutuellement bénéfique et si la réponse est positive à mettre en place un processus destiné à restaurer cette dernière. S'engager dans un processus de sanction du non-respect des obligations contractuelles pourrait dans cette perspective s'avérer tout à fait contre-productif. Il convient alors d'analyser les causes de la non-exécution pour les objectiver, les faire partager aux deux parties tout en aménageant une éventuelle compensation (non punitive) si les intérêts de l'une des parties ont manifestement été affectés par le comportement de l'autre. S'il apparaît, au contraire, que les parties ne pourront rétablir la confiance, parce qu'avec le temps et compte tenu de la trajectoire de leur relation la coopération n'est plus mutuellement bénéfique, il est au contraire vain de chercher à rétablir la confiance. Le tiers doit alors favoriser une séparation mutuellement efficace. Dans ce cas, il convient, notamment, d'éviter qu'une spirale du contentieux et de représailles judiciaire conduisent les parties à s'engager dans un conflit lourd, coûteux et destructeur d'un certain nombre de ressources accumulées conjointement.

Le rôle du juge est alors plus celui d'un conseiller que d'un répressur de comportements déviants. Le contrat n'a pas été fait pour organiser des réparations et des compensations impossibles, il a été la manifestation et le point d'appui d'un processus de construction conjointe d'une relation en vue de mener à bien une coopération, il ne sert à rien, sur le plan de l'efficacité économique, de le prendre pour ce qu'il n'est pas et de punir les manquements aux obligations qu'il stipule. Il reste néanmoins à déterminer si les manquements aux obligations contractuelles sont « fautifs », au sens où ils seraient « non coopératifs ». Une telle attitude doit en effet être sanctionnée, en s'appuyant sur les outils dont les parties se sont dotés à cet effet, sous peine de ne plus permettre aux parties de disposer de moyens de signaler leur volonté de coopération. Toute la difficulté pour le juge est alors de cerner les intentions qui ont présidé aux actions observables.

V. En guise de conclusion

Ainsi, plus qu'elle ne propose des solutions, l'analyse économique conduit surtout à souligner les dilemmes auxquels juges et législateurs sont confrontés en matière de sanction à l'inexécution des contrats. Le principe de la rupture efficace tend à souligner que l'on devrait _ surtout dans les relations entre opérateurs économiques

_ favoriser des principes d'indemnisation permettant aux parties de s'adapter aux aléas, de la vie économique. Cela étant, les règles d'indemnisation garantissant que la non-exécution n'est effectivement réalisée que lorsqu'elle est efficace sont fortement dépendantes des spécificités des transactions et de leur environnement. Cela devrait conduire à une sanction « optimale » contingente aux caractéristiques des différentes transactions. On anticipe aisément les difficultés pratiques de mise en oeuvre. Outre la complexité des règles que cela induirait, cela reviendrait à multiplier les conflits et à créer de l'incertitude juridique, car les parties entreraient alors en conflit sur la qualification des transactions, entraînant de redoutables problèmes d'interprétations pour les juges.

In fine, l'économiste est conduit à souligner que deux leçons de portée générale se dégagent de ses travaux. Premièrement, la meilleure réaction possible à cette complexité et aux risques inhérents à vouloir la maîtriser avec des règles générales, est d'inciter les parties à prévoir elles-mêmes les règles d'indemnisation efficaces en cas de non-exécution, compte tenu des spécificités de leur situation. Deuxièmement, force est de constater que plus le contrat est « relationnel », moins le conflit peut efficacement être résolu par un juge. Les problèmes d'interprétations des intentions des parties deviennent formidablement complexes et la sanction ne peut de toutes les manières par véritablement recréer les conditions d'une coopération efficace qui exige la confiance mutuelle. Le juge doit néanmoins rester garant en dernier ressort de la crédibilité des garanties contractuelles que les parties tentent de construire pour initier ce sentiment vital à la dynamique économique. D'où la difficulté de sa tâche. Là encore, cela va dans le sens de l'application d'un principe de responsabilisation des parties. La sanction doit avant tout être conçue en fonction des signaux envoyés aux autres contractants. Plus le juge est constant, et plus il prend au sérieux l'engagement contractuel tel qu'il est écrit, plus il incite les parties à rédiger des contrats dénués de failles, et **in fine** efficaces car anticipant les conflits et les solutions à leur apporter. Il n'en reste pas moins vrai que, par définition, un contrat relationnel reste fondamentalement incomplet et sujet à interprétation.

Bibliographie

- E. Brousseau (1993), Les théories des contrats : une revue, *Revue d'économie politique*, vol. 103, n° 1, janvier-février 1993, p. 1-82.
- E. Brousseau (1998), Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation, *LPA* 1998, n° 147, p. 22-30.
- E. Brousseau (2000), Confiance ou contrat, confiance et contrat, in F. Aubert et J.-P. Sylvestre (eds.), *Confiance et rationalité*, INRA Édition, Les colloques, n° 97, 2000, p. 65-80.
- Brousseau E. (2001), Did the Common Law Biased the Economics of Contract... and May it Change ?, in B. Deffains et T. Kirat (sld), *Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationship*, vol 6., N. Mercurio (ed.), JAI Press, Elsevier Science B.V., p. 79-105.
- E. Brousseau et M. Fares (2000), The Incomplete Contract Theory and the New Institutional Economics Approaches to Contracts : Substitutes or Complements ?, in C. Ménard, (ed.) *Institutions, Contracts, Organizations, Perspectives from New-Institutional Economics*, Edward Elgar Pub., p. 399-421.
- E. Brousseau et M. Fares (2002), Règle de droit et exécution des contrats : réflexion d'économistes sur le droit comparé des contrats, en collaboration avec M. Fares, *Revue d'économie politique*, n° spécial L'économie du droit, sld B. Deffains, 112, 6, novembre-décembre 2002, p. 823-844.
- E. Brousseau et J.-M. Glachant (2000), Économie des contrats : bilan et perspectives, numéro spécial, *Revue d'économie industrielle*, n° 92, avril.
- E. Brousseau et J.-M. Glachant (eds.) (2002), *The Economics of Contracts : Theories and Applications*, Cambridge : Cambridge University Press.
- B. Deffains (ed), (2002), L'économie du droit, n° spécial, *Revue d'économie politique*, 112, 6, novembre-décembre 2002.
- B. Deffains et T. Kirat (eds) (2001), *Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationship*, vol 6., N. Mercurio (ed.), JAI Press, Elsevier Science B.V.
- A.S. Edlin (1998), *Breach Remedies*, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law ; London, Macmillan, vol. 1, p. 174-179.
- A.S. Edlin et S. Reichelstein (1996), *Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment*, *American Economic Review*, June, v. 86, iss. 3, p. 478-501.
- A.N. Hatzis (2000), *The Anti-Theoretic Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, Mimeo, Chicago Law School & University of Thessalonica
- E. Mackaay (2005), *Analyse économique du droit. II. Institutions juridiques*, Thémis, Montréal et Bruylant, Bruxelles (à paraître).
- I. Macneil (1974), *The many futures of contracts*, *Southern California Law Review*, vol. 47, mai, p. 691-816.
- J. Noll (2004), *Some Findings on Contractual Penalties*, Mimeo, University of Vienna, Department of Business Studies, February.
- E.A. Posner (2002), *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades : Success or Failure ?*, The Law School, The University Of Chicago, John M. Olin Law et Economics Working Paper n° 146, mai.
- R. Posner (2003), *Economic Analysis of Law*, 6th Edition, Aspen Law and Business Publishers.
- S. Shavell (1995), *The Design of Contracts and Remedies for Breach*, *Quarterly Journal of Economics*, February 1984, v. 99, iss. 1, p. 121-48.
- K.E. Spier et M.D. Whinston (1995), *On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract : Entry Barriers, Reliance and Renegotiation*, *RAND Journal of Economics*, Summer 1995, v. 26, iss. 2, p. 180-202.
- M. Usman (2002), *Verifiability and Contract Enforcement : A Model with Judicial Moral Hazard*, *Journal of Law, Economics, and Organization*, April 2002, v. 18, iss. 1, p. 67-94.
- (1) On trouvera une analyse assez exhaustive de l'économie des contrats dans Brousseau (1993) ainsi que dans Brousseau et Glachant (2000) (et 2002 pour une version en anglais plus exhaustive).
 - (2) On évoluera d'analyses normatives fondées sur des démarches hypothético-déductives fournissant des conclusions claires, au prix d'hypothèses fortes, vers des démarches plus inductives, fondées sur l'observation des faits et débouchant sur des approches plus «réalistes» mais au prix d'une certaine ambiguïté des conclusions qui demeurent plus intuitives. On recommandera au juriste de ne pas se formaliser de ces limites liées à la méthode économique et de retenir l'esprit et les arguments mis en exergue par les modèles présentés.
 - (3) On notera cependant que les deux régimes peuvent être équivalents dans leurs conséquences si certaines conditions particulières sont réunies. Si l'acheteur valorise très faiblement la sur-mesure (c'est-à-dire si son V est inférieur à 250€) alors il se situera, quel que soit le régime d'indemnisation dans la zone de rupture efficace. Si le marché est très concurrentiel, alors la marge attendue de l'artisan est faible et tend vers 0. Les deux régimes sont alors strictement équivalents.
 - (4) On peut donner un autre exemple. Supposons un locataire bénéficiant d'un bail de douze mois. Alors que le propriétaire est non-joignable, une opportunité (bail plus long, meilleure prestation, etc.) se présente pour le locataire au bout de quatre mois. Si une règle d'exécution forcée est appliquée, alors le locataire ne peut déménager car il sera de toute façon obligé de payer les huit mois de loyers restants. Si, en revanche, une règle d'Expectation Damage est en vigueur, alors le locataire peut envisager de déménager car il sait qu'il pourra ne payer au propriétaire que les loyers correspondant aux mois d'occupation de l'appartement. La seconde règle permet de bénéficier des bienfaits de la flexibilité sans nuire aux intérêts de l'autre partie.
 - (5) On peut ajouter que si l'acheteur ne connaît pas les coûts (ou les profits) anticipés au moment où il prend sa décision, il doit décider la non-exécution en situation d'incertitude sur les dommages qu'il devra verser. Il a donc peu de chances de ne décider de rompre son engagement qu'en cas de non-exécution efficace ; ce qui diminue l'intérêt de l'application d'une règle d'Expectation Damage.
 - (6) Il paraît utile, en effet, de distinguer les transactions entre professionnels pour lesquels les enjeux ont directement à voir avec l'efficacité économique et qui correspondent à des situations où les parties ont les moyens d'investir dans la gestion de leurs relations contractuelles, des contrats entre professionnels et particuliers, où l'on doit tenir compte des asymétries cognitives, ainsi que des transactions entre particuliers qui ont, toutes choses égales par ailleurs, moins de moyens que les professionnels d'investir massivement dans la gestion de leurs relations contractuelles.
 - (7) Cet exemple, volontairement simplificateur, est destiné à souligner les problèmes liés à l'incomplétude (ou l'ambiguïté) contractuelle qui oblige toujours à «interpréter» le contrat. Même si la qualité était définie plus finement dans un contrat réel, il n'en demeurerait pas moins des marges de manoeuvre qui nécessiteraient un effort d'interprétation. Par exemple, si le contrat précisait qu'il s'agit de poulet «label rouge», il resterait des incertitudes sur l'âge ou le poids des poulets, la date d'abattage, le mode de conditionnement, etc. Et ainsi de suite.
 - (8) Notons que cette règle est néanmoins différente de la suivante car, si les poulets ne sont pas livrés, alors le juge peut considérer que le vendeur fautif était de plus tenu de livrer du poulet AOC.
 - (9) Ils peuvent en effet formellement feindre de la respecter, par exemple au niveau de la livraison et de la facturation, alors que sur le plan informel des ristournes et retours peuvent dans les faits aboutir à un niveau d'échange inférieur à l'obligation contractuelle.

Christophe Jamin, Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste), LPA 19/05/05, p. 54

Au moment de prendre la parole pour répondre aux propos de mon ami et collègue Éric Brousseau, je vous avoue ressentir une certaine gêne. Je ne veux nullement signifier par là que je suis en désaccord avec le contenu de son exposé et qu'il me serait, par exemple, difficile d'en critiquer les termes en raison de notre amitié ou

d'une éventuelle incompétence de ma part en matière économique. En parlant de gêne, je veux plutôt dire qu'en ma qualité de professeur de droit, il m'apparaît très difficile d'émettre la moindre appréciation sur cet exposé.

J'en suis d'abord incapable sur le plan prescriptif. Indépendamment du droit positif, le droit permet-il de dégager une sanction adéquate en matière contractuelle ? Voilà le genre d'interrogation qui me plonge dans des abîmes de perplexité ! Quelle réponse puis-je donner à cette question du point de vue du droit ? À mon sens aucune, car le droit ne fournit, sur un plan substantiel, aucune solution qui serait meilleure qu'une autre, ou plus vraie que les autres. Toutes les solutions sont possibles et envisageables, pourvu qu'elles soient valides.

Je reconnais volontiers qu'en adoptant une telle posture je me place délibérément dans une perspective positiviste, qui plus est dans sa version dite normativiste. Je vous renvoie ici à la lecture de Kelsen et à sa conception formelle ou procédurale du droit, qui permet de donner à celui-ci tous les contenus imaginables. Bien plus, leur détermination relève de la politique juridique sur laquelle l'interprète inauthentique que je suis n'a rien à dire... Pour s'en tenir à un exemple qui touche notre sujet, que les clauses limitatives de responsabilité soient validées ou annulées n'a aucune importance au regard du droit ; il suffit que validation ou annulation procèdent d'un interprète authentique. Du point de vue de la science du droit, ce que je peux tout au plus tenter de repérer, ce sont : 1. les différentes significations possibles du texte qui servira de fondement à la solution, 2. les arguments mobilisés par les juristes pour conférer telle ou telle signification au texte interprété. En revanche, toujours de ce point de vue, je ne suis pas en mesure d'en favoriser une au détriment des autres, si ce n'est en m'appuyant sur des arguments qui relèvent alors, non de la science du droit, mais de la philosophie morale. Ce que, soit dit en passant, les juristes font en permanence, alors même que certains d'entre eux croient s'en tenir à la technique juridique et à sa prétendue neutralité axiologique.

Bref ! En ma qualité de professeur de droit s'exprimant du point de vue de la science du droit, je n'ai rien à dire à mon ami Brousseau. Cette science n'a rien à opposer aux théories économiques, pas plus qu'elle ne peut en approuver les conclusions ; elle se borne à en prendre acte.

Mais attention ! Cela ne signifie pas que les juristes ignorent ces théories : législateur, juge et plaideurs peuvent toujours se les approprier, plus ou moins consciemment, pour faire prévaloir telle interprétation sur telle autre et favoriser une solution de droit substantiel plutôt qu'une autre. C'est au fond la méthode que nous a léguée Gény et que pratiquent, peu ou prou depuis plus d'un siècle, des générations de civilistes : d'abord la science, qui permet de s'abreuer aux sciences dites auxiliaires, dont l'économie ; ensuite la technique, qui autorise la mise en oeuvre de la science, ainsi comprise, en droit positif. Le tout avec deux particularités : 1. cette science n'est presque jamais interrogée par les juristes, elle leur sert plutôt d'argument d'autorité (1) ; 2. la part réservée à la technique est à peu près toujours singulièrement grossie, car c'est sur elle que les juristes estiment être en mesure d'exercer leur activité propre (ce que pensait déjà Gény).

J'entends déjà les critiques sur mon refus du dialogue : s'il n'y a rien à tirer du droit pris dans sa généralité, car celui-ci ne dispose d'aucun contenu spécifique, il n'en va pas de même du droit positif. Si vous n'êtes pas jusnaturaliste, soyez au moins positiviste ! J'entends bien la critique, mais ici je suis tout aussi gêné et pour au moins deux raisons.

D'une part, ce droit positif est toujours en mouvement : à peine appréhendé, il n'est déjà plus le même. Et il change non seulement parce que les lois (au sens matériel) sont fréquemment réformées, mais aussi parce que les interprètes modifient sans cesse la signification des textes qui leur sont soumis. C'est la raison pour laquelle je serais, par exemple, bien en peine d'opposer le dispositif de l'article 1134 du Code civil à un économiste, car je ne sais pas vraiment ce que signifie ce texte, tant les divers sens qu'on lui a attribués ont évolué au cours du temps (2). Dans un débat à vocation prescriptive, la contrainte textuelle que je pourrais opposer à un économiste serait ainsi d'assez faible portée : il lui suffirait de me proposer une autre interprétation du texte (fondée sur telle ou telle théorie économique) un tant soit peu compatible avec ce que j'admets bien volontiers être son noyau dur _ le sens littéral défendu par Umberto Eco (3).

D'autre part, plus le droit positif est appréhendé de manière générale, plus j'ai le sentiment de le déformer quand je l'expose. Autrement dit, sans même porter le moindre jugement de valeur sur leur caractère adéquat, présenter les sanctions juridiques applicables en cas d'inexécution contractuelle me paraît déjà constituer une injonction bien difficile à satisfaire. Plus il est appréhendé de haut (ou de loin), et il l'est déjà avec le thème dont nous débattons, plus le droit positif constitue une construction doctrinale (4) ; or celle-ci présente deux défauts.

Primo, le droit positif y est présenté sous forme de théories plus ou moins générales, ce qui incite très fortement les juristes à attribuer au droit positif, que ces théories sont censées exposer, les qualités propres conférées en général aux théories : leur cohérence. Mais c'est oublier une chose, capitale, c'est que le droit positif n'est pas une théorie ! Autrement dit, présenter celui-ci sous la forme de théories générales, travail auquel se livre la doctrine, constitue une tromperie sur un droit positif souvent contradictoire, incohérent et incertain... Bref, le droit positif apparaît plutôt comme un maquis très difficile à exposer, si l'on refuse du moins de se soumettre à ce qui me semble constituer la matrice disciplinaire des juristes français depuis au moins un siècle (5).

Secundo, ces théories générales sont nécessairement des reconstructions après-coup du droit positif. Elles présentent donc le défaut de toutes les reconstructions de ce genre : elles constituent des exercices de rationalisation qui ne rendent pas compte de la manière dont se construit au jour le jour ce droit positif. Dans le domaine scientifique, c'est ce que Feyerabend a toujours reproché aux constructions intellectuelles de Karl Popper (6) et il me semble qu'on peut étendre son analyse aux théories juridiques, du moins si l'on ne craint pas d'encourir les mêmes reproches que ledit Feyerabend, qui fut taxé par ses pairs de promouvoir une conception anarchique de la science !

Que déduire de ce propos que beaucoup de lecteurs jugeront pessimiste ? Qu'à tout le moins, il faut se méfier des généralisations quand on expose le droit positif pour l'opposer à un tiers. Moins le juriste s'éloigne des cas qu'il traite quotidiennement, plus il me semble pouvoir s'exprimer utilement, non point d'ailleurs au titre de la raison raisonnante, mais du point de vue de son expérience pratique. Et encore... il me semble qu'on n'ira pas toujours très loin, même sous cet angle bien modeste, et pour les raisons déjà énoncées : sur le terrain de la politique juridique, souvent déterminante quand bien même elle ne fait qu'affleurer sous la technique, le juriste se place sous l'autorité d'un discours extérieur au droit. Pour me faire comprendre, je voudrais m'en tenir à trois cas (très connus des juristes), qui concernent précisément les sanctions de l'inexécution contractuelle, pour les soumettre à la réflexion des économistes, dont je regrette au passage qu'ils soient bien plus souvent au fait du droit américain que d'un droit français qu'ils ont pourtant tous les yeux...

Mon premier cas est tiré d'un célèbre arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 1993 (7). En l'espèce, un particulier avait consenti à un autre particulier une promesse unilatérale de vente d'un immeuble qui était valable jusqu'au 1^{er} septembre 1987. Le 26 mai 1987, le premier avait notifié au second sa décision de ne plus vendre. Ayant levé l'option le 10 juin 1987, le bénéficiaire assignait le promettant en exécution forcée de la vente. La Cour d'appel de Paris l'ayant débouté, au motif que l'obligation mise à la charge du promettant constituait une obligation de faire, le bénéficiaire avait formé un pourvoi en cassation, car il estimait que l'obligation débattue constituait une obligation de donner autorisant la réalisation forcée de la vente. Son pourvoi fut rejeté, la Cour de cassation approuvant la qualification d'obligation de faire retenue par les juges du fond et précisant « que la levée d'option, postérieure à la rétractation [du promettant], excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer ».

Dans un premier temps, cette décision reçut une volée de bois de vert ! Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur le détail des arguments techniques qui ont été avancés pour la critiquer (8). On se bornera à relever qu'aucun n'a semblé décisif, tous ayant donné lieu à une solide controverse. Ce débat a donc une nouvelle fois permis de constater que les textes sont décidément malléables : pas plus que la mise en oeuvre de l'article 1142 du Code civil ne se limite nécessairement aux obligations dont l'exécution forcée porte atteinte à une liberté essentielle (9), la violation de l'article 1134 du même Code n'implique logiquement une exécution forcée (10). Sur ce plan, le juriste n'aurait donc rien de vraiment solide à opposer à l'économiste qui approuverait la solution.

En l'espèce, l'intérêt de la controverse réside plutôt dans le fait que les arguments de politique juridique ont sans cesse affleuré, alors que les écrits doctrinaux ont en général pour effet, si ce n'est pour objet, de les masquer. Plus précisément, il me semble qu'en définitive le fond du débat a tenu à la portée, proprement politique, que les uns et les autres ont attribué, sans vraiment la discuter, à la force obligatoire du contrat.

Pour les premiers, le respect dû à cette force obligatoire exige que celui qui a donné sa parole ne puisse pas se défaire en se bornant à payer une indemnité. Un discours qui permet peut-être de renouer avec un peu de la vieille rhétorique catholique qui interdit à une personne, ayant donné sa parole, de la reprendre, voire avec la conception rigoureuse que les codificateurs se faisaient de la loi contractuelle : l'instrument de restauration du lien social que quinze années de Révolution avaient pour le moins défilé... Le tout peut-être revitalisé par un discours, à connotation psychanalytique ou anthropologique, qui fait du lien indéfectible entre la force obligatoire du contrat et la condamnation à son exécution forcée l'un des meilleurs moyens d'instituer les individus (11).

Pour les seconds, auxquels les premiers reprocheront, parfois vivement, de ne pas avoir compris la portée instituante du droit, le respect de la force obligatoire ne doit pas se payer au prix fort, celui de l'exécution forcée. Il suffit bien que le contractant défaillant indemnise son créancier. Solution certes prônée au nom d'une autre lecture technique du droit positif, mais aussi d'une lecture qu'autorise en définitive un regard posé sur une abondante littérature d'inspiration économique relative à la sanction de l'inexécution du contrat (plus connue sous le nom d'**efficient breach of contract**) (12). Une littérature d'autant plus abondante qu'elle fait partie du débat aux États-Unis presque depuis que le juge Holmes a, dans une perspective réaliste (au sens nord-américain) et donc aux yeux de quelques-uns nihiliste (13), réduit la portée de la force obligatoire du contrat à la seule question du montant de l'indemnité mise à la charge de la partie défaillante, question qu'il pouvait d'emblée se poser dans un système qui privilégie l'allocation de dommages et intérêts sur l'exécution forcée (14).

Ces premiers développements pour deux conclusions : 1. Les arguments de nature dogmatique tirés de l'autorité des textes et de leur combinaison n'ont qu'une assez faible portée contraignante, ne serait-ce que parce que la signification de ces articles (en l'occurrence 1134 ou 1142 du Code civil) peut toujours être modifiée ; 2. les diverses significations attribuées à ces textes sont largement tributaires de certains

préjugés ou présupposés qui, relevant de la philosophie morale, sont plus ou moins confusément en conflit (défense d'une conception religieuse de la force obligatoire du contrat, volonté d'instituer les individus, conception réaliste du droit...) et renvoient à « un **credo** d'ordre théorique » (15) qui n'est jamais questionné, le propre des croyances étant peut-être de ne pas l'être !

Dans ces conditions, que peut répondre le juriste à l'économiste qui s'interroge sur la sanction de la violation d'une promesse de vente ? Si ce juriste croit à la vérité du contenu normatif du droit (16), il se bornera à lui asséner quelques prétendues vérités textuelles (le texte impose que...) ou dogmatiques (le système impose que...), dont on peut déjà imaginer qu'elles ne pèseront guère aux yeux d'un économiste qui vit dans un autre système de croyances. Il est en revanche beaucoup plus probable que le juriste sollicite de cet économiste qu'il lui fournisse des munitions dans la lutte que ledit juriste livre contre les tenants d'autres préjugés. En l'espèce, la question pourrait être formulée ainsi : dites-moi s'il existe des arguments économiques d'autorité (des arguments de nature scientifique au sens de Gény) pour juger que l'allocation d'une indemnité doit l'emporter sur l'exécution forcée du contrat ? À charge pour moi d'user de cette autorité (que je ne questionnerai pas) pour convaincre mes collègues dans un débat qui mêlera, à des degrés divers, science et technique...

J'admets que cette conception du débat juridique renvoie à une épistémologie proche de celle de Thomas Kuhn pour les sciences : puisque la science (au sens de Gény) sert uniquement d'argument d'autorité, il y a de fortes chances pour que la victoire de telle ou telle thèse, si la puissance rhétorique des arguments techniques s'avère insuffisante, dépende plus sûrement de la position institutionnelle des acteurs et de leurs réseaux d'influence, source d'adhésion ou de croyance de la part du plus grand nombre, que de la pertinence scientifique des arguments invoqués... Une conclusion dont je me persuade d'autant plus volontiers que je doute en l'occurrence de la pertinence des arguments avancés par les économistes en faveur ou défaveur de la théorie de l'**efficient breach of contract**. J'avais cru comprendre en effet que trente ans de débats sur cette question ne nous avaient guère apporté de certitudes. D'où cette question un peu marginale : et si les propositions normatives des économistes ne valaient guère mieux que celle des juristes ? Et si les juristes et les économistes n'étaient en définitive que des bricoleurs munis de systèmes de croyance (à forte dose de théories générales d'un côté et de modélisation de l'autre) propres à convaincre leurs publics respectifs, tout en leur permettant parfois de franchir les frontières (les juristes finissant, par exemple, par adhérer à la scientificité de l'économie pour lui emprunter certaines théories) ?

Je laisse volontiers cette question de côté pour aborder maintenant le deuxième cas tiré, cette fois, d'un célèbre arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 octobre 1996 (17). En l'espèce, une société confie à deux reprises à Chronopost des plis contenant une soumission à des adjudications. Ces plis ne sont pas livrés le lendemain de leur envoi avant midi, contrairement à l'engagement formel de Chronopost. Son créancier l'assigne en réparation de son préjudice (la perte d'une chance, celle de remporter ces adjudications). Chronopost se prévaut alors de la clause qui limite le montant de l'indemnisation du retard au prix du transport dont la société s'est acquittée. Celle-ci est déboutée par la Cour d'appel de Rennes qui juge classiquement (18) que Chronopost n'a pas, en l'espèce, commis de faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité du contrat. Son arrêt est néanmoins cassé au seul visa de l'article 1131 du Code civil, qui sanctionne l'absence de cause. La Cour de cassation retient « qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de [son client] dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Cet arrêt a engendré une littérature considérable, qui a vu affleurer une nouvelle fois les arguments politiques sous le voile des contraintes d'ordre technique. Pour justifier le recours controversé à l'article 1131, certains commentateurs ont pu finalement retenir qu'un débiteur ne pouvait à la fois s'engager (en l'occurrence promettre la livraison d'un pli dans un délai déterminé) et ne pas s'engager (en limitant conventionnellement la sanction de la violation de son engagement à un montant dérisoire) (19). Tout en contestant, sur un plan technique, le recours à la cause et à l'invocation du manquement à une obligation essentielle, d'autres auteurs se sont parfois prévalus de la liberté contractuelle que l'arrêt aurait mis à mal, mais sans vraiment justifier leur position, favorable à la préservation de cette liberté, autrement que par de simples affirmations (20).

Une fois encore je m'interroge sur la portée argumentative de tels propos à l'égard d'un économiste. La contradiction logique évoquée peut d'abord lui sembler formelle. En effet, dans un système concurrentiel, la faiblesse de l'indemnité versée par Chronopost n'aura pas nécessairement pour conséquence de l'inciter à ne pas exécuter son contrat. Chronopost perdrait vite des parts de marché importantes si ses clients apprenaient que leur transporteur n'est pas fiable. Autrement dit, sur un plan empirique ou du moins plus concret, l'existence même de la clause débattue pourrait n'avoir aucun effet incitatif sur l'attitude des agents, à la différence de la connaissance d'une exécution défectueuse du contrat. Inclure une telle clause dans le contrat ne signifie donc pas concrètement que Chronopost ne s'engage pas. Quant à la simple invocation de la liberté contractuelle, je ne suis pas plus certain qu'elle puisse convaincre un économiste qui démontrerait que sa mise en oeuvre aboutit à un résultat inefficace.

Les juristes n'auraient-ils donc rien à proposer de bien ferme aux économistes sur le contenu d'une solution, du moins sur le thème particulier des sanctions de l'inexécution d'un contrat ? En forçant le trait, je serais presque tenté de répondre par l'affirmative. Tout en vous précisant que je pourrais être aussi tenté de répondre de manière identique à la question inverse, car les travaux des économistes ne paraissent guère mener à des conclusions beaucoup plus fermes (21). À ce titre, j'attends plus spécialement d'un économiste qu'il me démontre un jour, de façon empirique, qu'une décision, un principe ou une règle de droit produisent concrètement tel résultat dont il faudrait postuler qu'il est meilleur qu'un autre.

Pour me faire bien comprendre sur ce point tout en illustrant une dernière fois mon hypothèse de travail, je voudrais exposer mon troisième cas. Il est issu d'un arrêt de la première chambre civile du 13 octobre 1998 (22). En l'espèce, un anesthésiste s'était vu contractuellement consentir par une clinique l'exclusivité des actes de sa spécialité à compter du 1^{er} janvier 1986. En contrepartie, il avait acquis des actions de cette clinique. Après avoir convoqué ce médecin au conseil d'administration, pour l'entendre sur son comportement professionnel, celle-ci lui avait notifié, par une lettre du 30 janvier 1995, sa décision de mettre un terme à leurs relations contractuelles après un préavis de six mois. La Cour d'appel de Rouen déboutait le médecin de ses demandes tendant à voir déclarée abusive la rupture unilatérale du contrat d'exercice par la clinique. Dans son pourvoi, le médecin soutenait en particulier qu'en déclarant justifiée, par application de l'article 1184 du Code civil, la décision de son cocontractant de rompre sans décision judiciaire préalable le contrat à durée déterminée qui liait les parties, la Cour d'appel avait violé cet article qui précise que le contrat n'est point résolu de plein droit et que la résolution doit être demandée en justice. Son pourvoi a néanmoins été rejeté au motif que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls... ».

De manière traditionnelle, la résolution judiciaire nécessite une intervention préalable du juge qui s'est vu reconnaître, au fil du temps, le droit d'apprécier l'opportunité de la résolution qu'il prononce lorsque, en cas d'inexécution partielle, le manquement du débiteur aux stipulations du contrat est d'une gravité réputée suffisante. Et ce n'est que dans les cas d'urgence ou de nécessité ou lorsque les relations contractuelles sont marquées d'une forte empreinte personnelle que certaines décisions admettent, de façon marginale, la résolution unilatérale du contrat.

C'est avec cette tradition que semble rompre l'arrêt en autorisant, en dehors de ces hypothèses, le créancier à déclarer, sans intervention préalable du juge, le contrat résolu aux mêmes conditions que la résolution judiciaire, c'est-à-dire en cas de manquement grave du débiteur.

Une nouvelle fois cet arrêt, qui a été suivi de plusieurs arrêts de la même chambre, a donné lieu à une littérature abondante. Une nouvelle fois, le texte servant de fondement traditionnel à la résolution judiciaire n'a pas pesé très lourd, ne serait-ce que parce que sa prétendue clarté a pu être discutée, plusieurs auteurs procédant à une interprétation renouvelée de l'article 1184 pour ne plus y voir, parfois en contradiction avec leurs écrits antérieurs, l'exigence d'une intervention préalable du juge (23). Certaines juridictions du fond ont même pu s'affranchir de l'interprétation dominante de l'article 1184 en jugeant que « par-delà les termes de l'article 1184 du Code civil, il est possible pour une partie à un contrat d'y mettre fin de façon unilatérale, à ses risques et périls face à un manquement de l'autre partie d'une réelle gravité » (24). À bien y réfléchir, ces juges ne rompaient d'ailleurs pas vraiment avec une tradition qui autorisait quelques exceptions, essentiellement fondées sur l'urgence, ce qui la faisait déjà aller par-delà les termes l'article 1184 du Code civil. Disposant d'une texture ouverte, même quand ils sont de facture technique, tel cet article 1184, les textes ne semblent donc qu'assez rarement constituer des contraintes argumentatives fortes et ils se prêtent en définitive à toutes les contorsions interprétatives...

Une nouvelle fois encore, l'harmonie prétendue du système juridique français relatif à la résolution pour inexécution, dont on enseigne traditionnellement qu'il repose sur le diptyque de la résolution judiciaire, le droit commun, et de la clause résolutoire, que les parties sont susceptibles d'inclure dans leur contrat, n'a pas pesé bien lourd face à cette évolution jurisprudentielle. Tout au contraire et au prix des habituelles controverses, la doctrine a commencé à retenir le système en réservant une place plus importante qu'auparavant à la résolution unilatérale, première étape d'une reconstruction dudit système, voire en allant déjà un peu plus loin dans cette oeuvre de reconstruction en fondant désormais le système sur un triptyque : résolution judiciaire, clause résolutoire et résolution unilatérale. Un travail dont il ne faut pas s'étonner, car c'est celui-ci que la doctrine accomplit dans tous les domaines (25), mais un travail qui augure assez mal de la solidité argumentative des contraintes systémiques opposées par les juristes à une quelconque nouveauté interprétative, tant les systèmes juridiques paraissent ductiles.

Une nouvelle fois enfin, ce qui apparaît en filigrane dans le débat entre la résolution unilatérale et la résolution judiciaire, ce sont des arguments de politique juridique, où les économistes pourraient à nouveau tenir leur place.

Quels sont ces arguments ? Reconnaître aux parties la faculté de rompre leur contrat, en dehors même de l'insertion d'une clause résolutoire, constituerait d'abord un excellent moyen de limiter le domaine d'intervention du juge. Un juge que les juristes français n'apprécient guère par tradition, ce juge qu'apprécient encore moins des juristes libéraux qui s'indignent à intervalles réguliers du rôle croissant qu'il joue en matière contractuelle. Comme l'écrit Christian Atias dès la première ligne de

l'avant-propos de son précis de contentieux contractuel : « Le propre du contrat, c'est d'être la chose des parties, une affaire privée » (26). Dans une telle perspective, le juge doit avoir la portion congrue et l'on peut comprendre que le priver du soin d'apprécier l'opportunité de la résolution, sauf en l'autorisant à intervenir *ex post* et à l'initiative du débiteur, soit un bon moyen d'y parvenir, même si le propos relève nettement d'un choix de philosophie politique.

Accorder aux parties un droit de rupture unilatérale constituerait aussi, dit-on plus ou moins dans tous les pays de tradition civiliste, un bon moyen de « réduire les procès longs et ruineux » (27), le créancier n'ayant plus toujours l'obligation de saisir le juge pour obtenir le prononcé de la résolution. En outre, ce même droit de rupture unilatérale permettrait au créancier de redéployer plus vite ses ressources, puisqu'il n'aurait plus à attendre la décision du juge pour mettre fin à ses relations avec le débiteur défaillant et pourrait au plus tôt conclure un nouveau contrat avec un tiers.

Voilà des arguments à connotation factuelle (diminution des coûts du procès, plus prompt réallocation des ressources) qui font sans cesse partie du débat, mais sans jamais être prouvés, alors même que leur démonstration empirique ne relève nullement de l'évidence.

À titre d'exemple, nous ne connaissons pas le pourcentage d'affaires qui donnaient lieu à un procès, même avant l'évolution jurisprudentielle amorcée par l'arrêt du 13 octobre 1998. On peut imaginer que le créancier ne saisissait le juge que lorsque la résolution faisait l'objet d'une contestation de la part du débiteur largement en amont d'un éventuel procès. Dans cette mesure, la solution nouvelle, loin de diminuer le nombre des procès, ne ferait qu'inverser la règle du jeu en obligeant désormais le débiteur mécontent à saisir le juge. Une inversion qui pourrait avoir pour effet de ne plus permettre au juge, une fois constatée l'absence de manquement grave, d'ordonner la poursuite du contrat résolu à tort par le créancier, ce dernier ayant pu, d'ores et déjà, conclure un contrat avec un tiers au moment du jugement. Autrement dit, l'évolution nous renverrait à la question évoquée à propos de l'**efficient breach of contract** : la violation du contrat, en l'occurrence sa résolution par le créancier alors même que le débiteur n'a commis aucun manquement grave, doit-elle seulement donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts ? Une question dont nous avons pu percevoir le contenu politique explosif ! Une question qui relève bien peu de la science du droit et repose sur un pré-supposé factuel qui mériterait une démonstration empirique : dans quelle mesure l'évolution actuelle de la jurisprudence est-elle susceptible de diminuer le nombre et l'importance des procès et donc le coût de la justice ? C'est là-dessus que j'aimerais entendre mes collègues économistes, pour permettre aux juristes de ne plus s'appuyer sur des affirmations factuelles non démontrées (et donc améliorer la qualité de leurs débats rhétoriques). Mais encore une fois, je ne suis pas certain que les économistes soient capables de répondre à cette question, et d'y répondre... à moindre coût (28).

(1) V. sur ce point, la magnifique démonstration de D. de Béchillon, Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire, RTD civ. 2002, p. 31 et s.

(2) V. sur ce thème, Ch. Jamin, Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil, D. 2002, chron., p. 901 et s.

(3) U. Éco, Les limites de l'interprétation, trad. M. Bouzaher, Paris, Grasset, 1992, éd. Le livre de poche, série «Biblio-essais», p. 33.

(4) En même temps que cette construction contribue à façonner le droit positif : J. Ghestin, Les données positives du droit, RTD civ. 2002, spéc. p. 21 et s.

(5) V. sur ce thème, Ph. Jestaz et Ch. Jamin, La doctrine, Paris, Dalloz, 2004, spéc. p. 141 et s.

(6) V. les propos synthétiques de P. Feyerabend, Tuer le temps, Une autobiographie, trad. B. Jurdant, Paris, Le Seuil, 1996, p. 116-117.

(7) Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1993, Bull. civ., III, n° 174, p. 115.

(8) V. leur présentation par D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD civ. 2004, p. 1 et s.

(9) V. sur l'exposé des contorsions interprétatives de la doctrine pour limiter la portée de l'article 1142 du Code civil, qui dispose que « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », G. Viney et P. Jourdain, Les effets de la responsabilité, in Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 2^e éd., spéc. n° 16-1, p. 31-33.

(10) V. sur ce thème, les réflexions comparatives de F. Bellivier et R. Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, Paris, LGDJ, 2001, p. 91 et s.

(11) V. dans ce sens, A. Supiot, La valeur de la parole donnée (À propos des chômeurs « recalculés »), Dr. soc. 2004, p. 541 et s., qui en tire une virulente critique de l'analyse économique du droit.

(12) V. par ex., D. Mainguy, art. préc., spéc. n° 29, p. 18-19.

(13) V. récemment, de manière générale, A.-W. Alschuler, Law without Values, The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2000, 325 p.

(14) O.-W. Holmes, The Path of the Law (1897), 10 Harvard Law Review 462 : « The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, _ and nothing else ».

(15) D. de Béchillon, art. préc., p. 51.

(16) Et peut-être faut-il y croire, au moins pour sa tranquillité personnelle et peut-être aussi pour une certaine paix sociale. Mais c'est là un autre débat...

(17) Cass. com., 22 octobre 1996, Bull. civ., IV, n° 261, p. 223. Nous laisserons ici de côté les développements postérieurs de cette affaire et plus spécialement l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 juillet 2002 (Bull. civ., IV, n° 121, p. 129) ayant censuré une cour d'appel qui, après avoir réputé non écrite la clause exclusive de responsabilité, avait jugé inapplicables les dispositions du droit commun du transport et, en particulier, le contrat type messagerie qui fixe un plafond légal d'indemnisation limitant précisément le montant de l'indemnité au prix convenu pour le transport.

(18) V. par ex., G. Viney et P. Jourdain, op. cit., n° 226, p. 431.

(19) V. par ex., M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, Paris, PUF, 1^{re} éd., 2004, § 224, p. 607.

(20) V. par ex., Ch. Larroumet, Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, D. 1997, chron., p. 145, n° 3 : « L'application [de la théorie de la cause] est dévastatrice en ce qu'elle a pour effet, en développant le contrôle du contrat par le juge, de ruiner la liberté contractuelle. Certes, celle-ci a déjà subi de nombreuses atteintes en vertu de législations particulières. Elles sont suffisantes et point n'est besoin d'en rajouter par l'appel au droit commun ».

(21) V. de manière générale, E.-A. Posner, Economic Analysis of Contract Law After Three Decades : Success or Failure ? (2003), 122 Yale Law Journal 829.

(22) Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998 Bull. civ., I, n° 300, p. 207.

(23) V. en particulier, L. Aynès, Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives, Dr. et patr., n° 126, mai 2004, p. 64 et s. Adde, S. Stijns, La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en oeuvre, in M. Fontaine et G. Viney (dir.), Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2001, spéc. p. 549 et s.

(24) CA Douai, 6 juillet 1999, JCP 1999. I. 191, n° 14, obs. Ch. Jamin.

(25) V. sur ce thème, Ph. Jestaz et Ch. Jamin, op. cit., p. 252 et s.

(26) Ch. Atias, Précis élémentaire de contentieux contractuel, Aix-en-Provence, PUAM, 2^e éd., 2003, n° 1, p. 15.

(27) P.-G. Jobin, La résolution du contrat sans intervention du tribunal, RTD civ. 1997, p. 556.

(28) Ce qui réduit la portée démonstrative de la logique conséquentialiste qui constitue aujourd'hui un thème important du débat parmi les juristes français qui tentent d'introduire, dans notre pays, l'analyse économique du droit. Prôner un système de résolution unilatérale aux fins de diminuer le nombre des procès et le coût de la justice est une chose ; démontrer que ce système produit empiriquement cet effet en est une autre, qui pose en premier lieu de redoutables questions méthodologiques, celles-ci n'ayant guère variées depuis que les premiers réalistes nord-américains s'y sont heurtés quand ils ont entrepris d'investir le champ des sciences sociales empiriques. V. sur cette question, J.-H. Schlegel, American Legal Realism & Empirical Social Science, Chapell Hill, The University of North Carolina Press, 1995, 418 p.

Laurent Aynès, Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives, Droit et Patrimoine 2004, n°126

La lecture de l'article 1184 du Code civil a connu, au cours des dernières années, une forte évolution sous l'impulsion de la Cour de cassation. Alors qu'il était communément admis que le pouvoir de résoudre un contrat était subordonné à l'intervention du juge, des arrêts rendus entre 1998 et 2003 par la première chambre civile ont semblé reconnaître aux parties un pouvoir unilatéral de rupture du contrat indépendant de celui du juge. De l'avis du professeur Aynès, cette jurisprudence, conforme à la lettre de l'article 1184, consacre l'existence d'une résolution unilatérale alternative à la résolution judiciaire.

Les juristes français sont habitués au caractère judiciaire de la rupture du contrat. « Les conventions (...) tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (C. civ., art. 1134, al. 1^{er}) : c'est le principe de la force obligatoire. Les choses, dès lors, sont simples. De même qu'il n'appartient pas au citoyen de se soustraire lui-même à la loi de l'État, il n'appartient pas au contractant d'abroger lui-même la loi qui le gouverne. La résolution est donc l'œuvre d'une autorité : le juge ou l'arbitre. Le créancier insatisfait peut tout au plus la lui demander, exerçant l'option que lui reconnaît l'article 1184 du Code civil entre l'exécution forcée et la demande de résolution pour inexécution. Mais une chose est de la demander, autre chose de l'obtenir.

D'abord, le juge pourra accorder un délai au défendeur, selon les circonstances. Le délai de l'article 1184 n'est pas le délai de grâce de l'article 1244-1. Le délai de l'article 1184 renvoie aux circonstances – aux circonstances de l'exécution et de l'inexécution,

aux circonstances de la conclusion du contrat, aux attentes respectives, etc. Le délai de grâce de l'article 1244-1 est un délai accordé en considération des besoins du créancier – depuis la loi du 9 juillet 1991(1) – et de la situation du débiteur. C'est autre chose. Mais l'un n'exclut pas l'autre.

Et puis, second obstacle, même si le juge ou l'arbitre ne croit pas devoir accorder des délais, il pourra ne pas prononcer la rupture demandée pour des raisons difficiles à systématiser – beaucoup d'auteurs s'y sont essayé sans beaucoup de succès – et, partant, imprévisibles, mais qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond(2).

Au regard de cette tradition française, l'attendu principal de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 28 octobre 2003(3), est proprement révolutionnaire : « La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ». Et l'on rencontre d'ailleurs la même solution dans des décisions des juges du fond en Belgique, dont le droit est également gouverné par l'article 1184(4).

Cet attendu n'est que la reprise à la lettre de deux précédents du 13 octobre 1998 et du 20 février 2001(5). Il marque une évolution profonde par rapport aux autres cas de résiliation unilatérale non prévus légalement, qui émaillent la jurisprudence du XX^e siècle : cas justifiés par l'urgence ou fondés sur l'état de nécessité – bref, des hypothèses marginales. Depuis 1998, il n'est nul besoin d'urgence, ni d'état de nécessité. La gravité du comportement d'une des parties – décide la Cour de cassation – suffit à justifier, à rendre juste, à fonder l'exercice par l'autre d'un pouvoir de rupture unilatérale.

Cette jurisprudence novatrice a finalement été accueillie, sans doute comme une atteinte à la force obligatoire du contrat, mais une atteinte tolérable pourvu et parce qu'elle demeure sous la surveillance du juge(6). En somme, c'est une anticipation exceptionnelle, un empiètement accidentel, mais utile, compte tenu des lenteurs de la justice, sur un pouvoir judiciaire qui demeure tout de même l'essentiel. Si bien que, même après ces arrêts, le système français – et d'ailleurs, sur son modèle, le belge et le luxembourgeois – se distinguerait radicalement des systèmes étrangers voisins qui octroient un pouvoir de rompre à chacune des parties – tout comme les Principes du droit européen du contrat(7), ou encore les principes Unidroit en matière de contrats internationaux(8). À cette reconnaissance de principe très largement répandue, s'opposerait donc, minoritaire et française, l'affirmation du caractère essentiellement judiciaire de la rupture. La force obligatoire est une prison. Chez nous, c'est le juge qui en détient les clés.

Nous nous proposons d'éprouver la valeur de cette opposition de systèmes et de vérifier si le droit français n'est pas en train de changer plus profondément, plus radicalement – mais en revenant en réalité aux origines de la résolution pour inexécution. La question est en effet de savoir si l'intervention préalable du juge ou de l'arbitre demeure le principe ou si, au contraire, elle n'est qu'une des branches de l'alternative qui s'offre à la partie victime d'un comportement de l'autre, qui fait injure au contrat. C'est cette interrogation qu'il faudra garder présente à l'esprit en parcourant les deux versants de la formule jurisprudentielle. Premier versant : l'une des parties a le pouvoir de rompre unilatéralement le contrat (I) ; mais, second versant : elle le fait à ses risques et périls (II).

I – LE POUVOIR DE ROMPRE UNILATÉRALEMENT

Voici donc un nouveau pouvoir reconnu à l'une des parties au contrat. Qui dit pouvoir dit acte unilatéral. Au fond, cette série jurisprudentielle de 1998 à 2003 sur la rupture est à verser au dossier des actes unilatéraux dans les rapports contractuels, dossier qui ne cesse de grossir(9) : pouvoir de déterminer unilatéralement le prix, pouvoir de modifier une clause, pouvoir de se substituer un tiers, pouvoir de refuser l'agrément à cette substitution, etc.

Mais au fond, y a-t-il dans ce nouveau pouvoir de rupture violation de l'article 1184 ? C'est la question du fondement du pouvoir de rompre (A). Et l'unilatéralisme n'est-il pas synonyme d'arbitraire ? C'est la question des conditions d'exercice de ce pouvoir (B).

A – Fondement

On observera d'abord que rien ne justifie en logique de réserver au juge le pouvoir de rompre (1^o). Ensuite, la plupart des droits étrangers attribuent ce pouvoir à chacune des parties (2^o). Enfin, une interprétation fine de l'article 1184 conduit précisément à écarter le monopole judiciaire (3^o).

1^o / Le pouvoir de rompre ne doit pas être réservé au juge

En logique, d'abord, rien ne justifie de réserver au juge la rupture du contrat. Pour s'en convaincre, il n'est que de lire l'article 1184 du Code civil qui est fait de bric et de broc. Ce texte compte trois alinéas. Le premier se réfère au mécanisme de la lex commissoria, c'est-à-dire à la condition résolutoire sous-entendue. Le deuxième alinéa développe le mécanisme de la résolution et institue l'option du créancier – le créancier peut choisir entre l'invocation de la résolution ou l'exécution forcée. Et voilà que surgit, comme par accident, le troisième alinéa : la résolution doit être demandée en justice. Qui ne voit – c'est une observation qui a été souvent faite – qu'il existe une opposition entre le premier et le troisième alinéa ? Le premier alinéa, dans la logique de la lex commissoria, de la condition résolutoire sous-entendue, conduit à une rupture automatique par le seul effet de la défaillance, alors qu'au

contraire, le troisième alinéa écarte cette automaticité pour confier la résolution à la décision du juge.

L'histoire de ce texte, comme celle de beaucoup d'articles du Code civil, explique cette apparente incohérence. L'une des forces du Code civil est d'être une œuvre de conciliation. Quelquefois la conciliation ressemble à un bric-à-brac. L'article 1184 fait écho à la tradition romaniste de la vente – le contrat synallagmatique sur lequel raisonne le législateur en 1804 – et à la tradition canoniste, pétrie d'humanité, laquelle conduit à permettre l'octroi de délais au débiteur défaillant – un pouvoir d'appréciation qui n'a pour objet que les seuls délais. C'est ce qui explique la physionomie de l'article 1184 : une juxtaposition de ces traditions.

Mais tout change si l'on donne au juge le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la résolution elle-même, on transforme naturellement celle-ci en une sanction, en une punition, en une peine ; seul le juge peut administrer la peine, à défaut d'une convention expresse. On comprend du même coup la forte pression qui s'exerce sur la Cour de cassation pour qu'elle reconnaisse au juge un pouvoir modérateur en matière de clause résolutoire. Parce qu'au fond, si la résolution est une sanction, pourquoi traiter la clause résolutoire différemment de la clause pénale, qui elle aussi présente le caractère d'une sanction conventionnelle ? Celle-ci est acceptable à condition de pouvoir être modulée par le juge. On comprend aussi que la règle « Nul ne peut se faire justice à lui-même », qui paraît être de bon sens, une règle élémentaire de fonctionnement des institutions sociales, ait été invoquée pour faire pièce à ce mécanisme de la rupture unilatérale.

Voyons deux conséquences, parmi d'autres, de cette attitude illogique. La première est l'incertitude du domaine de la résolution judiciaire. L'alinéa premier supposerait qu'on la réserve aux contrats synallagmatiques. Mais l'idée de sanction lui donne au contraire une puissance d'expansion dans tous les contrats. Et c'est bien ce que traduit la jurisprudence française : des synallagmatiques, on passe aux synallagmatiques imparfaits et même aux unilatéraux. La seconde conséquence est l'incertitude quant au critère. Il est bien difficile de savoir si le critère de la faute pouvant justifier la résolution est un critère quantitatif – importance, gravité objective de l'inexécution – ou, au contraire, un critère qualitatif – appréciation de l'attitude du débiteur, appréciation des chances de survie du contrat, bref, appréciation d'ordre, au fond, pénal.

2^o / À l'étranger, un pouvoir dévolu aux parties

Deuxième observation : à l'opposé du droit français, des droits étrangers et les codifications privées du jus commune affirment nettement l'existence, en la personne des parties, du pouvoir de rompre. C'est ainsi que la plupart des droits européens (allemand, néerlandais, italien, suisse) posent le principe de la résolution unilatérale – principe exclusif ou, au contraire, principe concurrent de celui de la résolution judiciaire, comme c'est le cas du Code civil néerlandais. Et que dire également de la common law pour laquelle, pratiquement, la question ne se pose pas tant la réponse est évidente ? Mais c'est aussi le parti adopté par le nouveau Code civil québécois(10). Quant au jus commune, que s'efforcent d'exprimer des codifications privées récentes, il va également dans le même sens, on le sait(11). Et puis, en droit positif, les exemples sont assez nombreux dans les conventions internationales, spécialement dans la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises(12).

Comment expliquer ce curieux isolement français ? Non que l'isolement soit en lui-même une mauvaise chose, mais il ne peut pas ne pas susciter de questions.

3^o / L'article 1184 n'implique pas un monopole judiciaire

De là un retour nécessaire sur l'article 1184 dans son sens originel. Est-il bien certain que, dans l'esprit du législateur en 1804, la résolution pour inexécution dût relever exclusivement du pouvoir d'appréciation du juge ? Le professeur belge Sophie Stijns a montré, de manière convaincante, que le recours préalable au juge, dans l'article 1184 du Code civil, n'était pas destiné à permettre à celui-ci d'exercer un pouvoir d'appréciation, en réponse à la demande du créancier, mais seulement à permettre au débiteur d'obtenir les délais que lui refuserait le créancier(13). C'est au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle que s'est développé en jurisprudence le pouvoir d'appréciation du juge en matière de résolution même. Celui-ci n'existait pas dans l'article 1184, le texte n'y fait aucune allusion. Il n'existait pas dans l'esprit du législateur en 1804.

Dès lors, si l'on revient au sens originel du texte, le recours préalable au juge ne se justifie que lorsque des délais sont en cause, c'est-à-dire lorsque des délais ne sont pas accordés par le créancier et pourraient l'être par le juge. Mais lorsque aucune question de délai ne se pose, lorsque les délais sont impossibles ou inutiles – ce qui est précisément le cas en présence d'un « comportement grave » et les différentes hypothèses dans lesquelles on rencontre ce comportement grave l'atteste suffisamment, où la question du délai d'exécution ne se pose pas –, il est injuste d'imposer au créancier de se soumettre au pouvoir d'appréciation du juge.

En d'autres termes, hormis l'octroi d'un délai, le pouvoir du juge en matière de résolution ne devrait présenter aucune particularité. Il consiste toujours à sanctionner la faute éventuelle dans la mise en œuvre d'une prérogative. Cet office du juge relève tout simplement du contentieux de l'abus de droit. Au fond, rien n'exige que ce contrôle soit préalable à la mise en œuvre de la prérogative. D'ailleurs, les clauses résolutoires expresses, qui se sont développées sans le soutien d'aucun texte, sur le seul terreau de la liberté contractuelle, illustrent bien l'inexistence au fond d'un monopole judiciaire qui tiendrait à la nature des choses.

En somme, dépouillé du pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité de la rupture elle-même, qui n'est apparu que tardivement, l'office du juge dans l'article 1184 se réduit à l'octroi de délais, mais la résolution elle-même est l'affaire des parties. Finalement, l'article 1184 ne s'oppose pas à une rupture unilatérale.

B – Conditions d'exercice

À quelles conditions cette rupture est-elle possible ?

1°/ L'énigmatique « gravité du comportement »

Au fond, la Cour de cassation ne donne guère d'indications, s'attachant seulement à l'énigmatique « gravité du comportement » du cocontractant. Philippe Stoffel-Munck nous aidera à percer ce mystère(14).

D'abord, il s'agit d'un « comportement » et pas seulement d'inexécution ou de privation de la contrepartie. Manifestement, cette cause de résiliation n'est pas directement attachée au caractère synallagmatique du contrat. Comme si, au fond, chacune des parties à un contrat était en droit d'attendre de l'autre, plus encore qu'une ou des prestations, une attitude conforme à la finalité du contrat, conforme à l'association d'intérêts opposés qu'il constitue. Belle reconnaissance de ce que le contrat n'est pas seulement une source de créances et de dettes, mais encore une promesse de comportement.

L'expression « gravité du comportement », ensuite, n'est pas une innovation. On pourra sonder chacune des syllabes, chacun des mots pour essayer de voir ce qui se cache derrière eux ; mais il semble que, plus simplement, les décisions judiciaires traditionnelles, fondées sur l'article 1184, nous mettent en présence de comportements graves. Cette gravité est appréciée à partir de la défaillance et de ce qu'elle révèle, mais aussi en considération de l'avenir, des chances de survie du contrat et donc des chances d'efficacité de la force obligatoire.

2°/ Procédure à respecter

En la forme, la rupture unilatérale suppose le respect d'un processus qui remplace le procès impliqué par l'article 1184 du Code civil. L'expérience des droits étrangers, ainsi que les exigences des Principes du droit européen du contrat, serviront de guides. Ce processus comporte trois éléments.

Premier élément : notifier la décision de rupture, exigence distincte de la mise en demeure. Notifier signifie simplement porter officiellement à la connaissance de l'autre la décision de rupture. Les décisions implicites, c'est-à-dire non manifestées de manière claire à l'autre partie, devraient être exclues. C'est ainsi que, dans une décision récente, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que si, dans certaines circonstances, la banque pouvait être dispensée de respecter un préavis, elle ne pouvait jamais être dispensée de notifier par écrit sa décision(15).

Deuxième élément : laisser un certain délai ; non pas pour permettre au destinataire de se mettre en règle – c'est fini, la décision est prise, le contrat est rompu –, mais pour lui permettre d'organiser les conséquences de cette rupture.

Enfin, troisième exigence : motiver la décision de rupture(16).

Au fond, ces trois exigences sont communes à tout exercice d'une prérogative unilatérale lorsqu'il ne s'agit pas d'un droit discrétionnaire, tel celui de conclure ou de ne pas conclure le contrat, de renouveler ou de ne pas renouveler celui-ci et peut-être même celui de résilier un contrat à durée indéterminée.

Ce processus permet éventuellement l'instauration d'un dialogue. La Cour de cassation a souligné récemment qu'une rupture pouvait être abusive lorsqu'elle n'avait pas été précédée d'un dialogue – à supposer évidemment que ce dialogue soit possible(17). Le dialogue est rendu possible par le délai, par la notification, par la motivation. Le mûrissement permet l'objectivation de la décision. Le fait d'être obligé d'écrire les motifs est un autocontrôle de la pertinence de ceux-ci ; lequel précède éventuellement un contrôle par le juge ou l'arbitre, en cas de contestation.

Le premier versant de la formule jurisprudentielle explorée, il convient maintenant de parcourir le second : ce pouvoir de rompre s'exerce « aux risques et périls » de l'auteur de la rupture.

II – LES « RISQUES ET PÉRILS » DE L'AUTEUR DE LA RUPTURE

Cette formule n'a pas suscité beaucoup de commentaires. Elle n'est pas banale. Habituellement, elle signifie que l'opération, réalisée aux risques et périls de l'opérateur, est aléatoire. Son caractère bénéficiaire ou, au contraire, déficitaire dépend de la survenance d'un événement futur. Cet événement, dans notre matière, c'est évidemment le jugement ou la sentence arbitrale. Voici donc que l'une des parties, pressée d'en finir, parie sur la décision du juge ou de l'arbitre, anticipe sur le jugement. Et de deux choses l'une : ou elle aura gagné, ou elle aura perdu. C'est cela ses « risques et périls ».

Dans cette vue des choses, la résolution demeure en principe judiciaire. Elle n'est unilatérale que provisoirement.

Il est préférable, à tous égards, d'adopter une autre vue des choses : celle d'une rupture unilatérale, alternative de la résolution judiciaire. Explorons d'abord la première vue (A), et ce qui paraît conduire à la condamner afin d'en adopter une autre (B).

A – Une résolution toujours judiciaire ?

Dans la période de transition que nous vivons, il semble que la première chambre civile de la Cour de cassation, qui avance prudemment, considère encore la résolution unilatérale, non pas comme la mise en œuvre d'un droit autonome appartenant à une partie, mais comme une anticipation risquée sur la décision du juge, laquelle demeure donc la seule vraie source de la rupture. C'est ainsi que certains auteurs écrivent que la résolution unilatérale supposerait un manquement « plus évidemment grave » que celui qui justifierait une résolution judiciaire(18). L'une des parties empiète sur le domaine du juge, elle doit avoir de solides raisons pour le faire. Où l'on retrouve finalement la veine de cette jurisprudence clairsemée du XX^e siècle, celle de l'urgence ou de la nécessité.

L'inconvénient de cette vue des choses est double. En pratique, d'abord, si l'on y réfléchit bien, cette conception de la résolution unilatérale oblige l'auteur de la rupture à demander la résolution judiciaire après l'avoir lui-même prononcée. On ne saurait en effet rester dans l'incertitude. Il faut que cet événement futur et incertain, sur lequel il a parié, advienne ou n'advienne pas. Le cas échéant, si l'autre partie ne saisit pas le juge, c'est à lui de le saisir. En attendant, que devient le contrat ? Est-il rompu ? Est-il rompu provisoirement ? Est-il en suspens ? Dans ce système, l'intérêt de la rupture unilatérale est socialement nul. Elle est même néfaste : au traumatisme de la rupture unilatérale, doit s'ajouter nécessairement un procès, car on ne saurait demander la résolution finalement qu'au juge.

Second inconvénient – que livrent les leçons du droit comparé – : ce système creuse le fossé entre le droit français et celui de ses voisins, ainsi qu'entre le droit français et les codifications privées du droit commun.

B – Une alternative à la résolution judiciaire ?

Ceci paraît suffisant pour préférer le parti de l'alternative. La rupture unilatérale devrait être considérée comme une alternative à la résolution judiciaire. Pourquoi ne pas admettre en effet que la résolution, qu'elle soit judiciaire ou unilatérale, implique toujours au fond la même condition : un comportement grave, c'est-à-dire un comportement mettant en péril les intérêts contractuels de la victime et menaçant par conséquent l'avenir même du contrat ? C'est la même condition de fond dans tous les cas.

À partir de là, si l'octroi d'un délai au débiteur, compte tenu de la situation, est impossible ou inutile – par exemple dans le cas du comportement grave du médecin anesthésiste à l'égard de la clinique(19), ou celui de la violation délibérée d'une clause de non-concurrence, ou encore celui d'un défaut persistant de paiement de factures régulières, motivé, non par le retard habituel du débiteur à s'acquitter, mais par une contestation illégitime du contrat, en une espèce de guerre de tranchées(20) –, la résolution doit pouvoir résulter soit de la décision unilatérale de la victime, soit d'une décision du juge ou de l'arbitre.

Dans le premier cas – décision unilatérale –, le contrôle de l'abus pourra intervenir a posteriori ; dans le second, il sera intervenu a priori. Mais dans les deux cas, il s'agit du même contrôle, celui de l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle, et non de l'exercice d'un pouvoir de rompre réservé au juge ou d'un empiètement exceptionnel sur celui-ci.

On peut souhaiter, pour conclure, que dans les arrêts prochains, disparaisse la formule « à ses risques et périls ».

Notes

(1) L. n° 91-650, 9 juill. 1991, « portant réforme des procédures civiles d'exécution », JO 14 juill. 1991, p. 9228.

(2) La règle est constamment suivie par la Cour de cassation depuis la seconde moitié du XIX^e siècle : Cass. civ., 14 avr. 1891, n° 43.190, DP 1891, I, p. 329, note Planiol.

(3) Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2003, n° 01-03.662, Bull. civ. I, n° 211, p. 166, Rev. Contrats 2004, notes D. Mazeaud et L. Aynès, à paraître, Rev. Lamy dr. civ. févr. 2004, n° 2, p. 5, note E. Garaud, Contrats, conc., consom. 2004, p. 14, obs. L. Leveueur.

(4) V. not., S. Stijns, La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre, in Les remèdes à l'inexécution des contrats, Études de droit comparé, Bruylant/LGDJ, 2001, p. 513 et s., spéc. n° 37 et s.

(5) Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485, Bull. civ. I, n° 300, p. 207, D. 1999, jur., p. 197, note Ch. Jamin, JCP éd. G 1999, II, n° 10133, note Rzepecki, Defrénois 1999, art. 36954, p. 374, n° 17, note D. Mazeaud, D. 1999, som., p. 115, note Ph. Delebecque ; Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, n° 99-15.170, D. 2001, p. 1568, note Ch. Jamin, Defrénois 2001, art. 37365, p. 705, note É. Savaux, RTD civ. 2001, p. 363, note J. Mestre et B. Fages.

(6) V. not. Ch. Jamin, notes préc., D. Mazeaud, notes préc., É. Savaux, note préc., J. Mestre et B. Fages, obs. préc. ; plus réservée : S. Amrani-Mekki, La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Defrénois 2003, art. 37688, p. 369 et s., spéc. n° 4 et 23 ; L. Leveueur, obs. préc.

(7) PDEC, art. 9 : 301, « Droit de résoudre le contrat ».

(8) Principes Unidroit, art. 7.3.1, « Droit à la résolution ».

(9) V. not., R. Encinas de Munagorri, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, LGDJ, 1996, préf. A. Lyon-Caen ; P. Lokiec, Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, th. Paris X, 2002.

(10) C. civ. québécois, art. 1604.

(11) Principes Unidroit, art. 7.3.1 ; PDEC, art. 9:301.

(12) Convention des Nations unies, 11 avr. 1980, « sur les contrats de vente internationale de marchandises », RO 1991 307, art. 49 et 64.

(13) S. Stijns, La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre, op. cit.

(14) V. infradans ce dossier Ph. Stoffel-Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale.

(15) Cass. com., 26 nov. 2003, n° 02-10.391.

(16) La motivation n'est pas d'abord destinée à permettre un contrôle judiciaire des motifs, mais à éviter la discrétion, dans l'intérêt des deux parties : v. L. Aynès, La motivation, Rev. Contrats 2004, n° 2.

(17) Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2003, n° 00-17.407, Bull. civ. I, n° 124, p. 96.

(18) V. par ex. D. Mazeaud, D. 2001, som., p. 3239 ; L. Leveneur, obs. préc.

(19) V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, préc.

(20) V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2002, n° 99-21.350, Bull. civ. I, n° 187, p. 145.

D. Mazeaud, La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, D. 1997, p. 475

1 - Avec ce nouvel arrêt (*Defrénois* 1997, p. 1007, obs. P. Delebecq ; *Dalloz Affaires* 1997, p. 730), la troisième Chambre civile de la Cour de cassation ajoute un épisode à la saga des avant-contrats qui, sous sa plume audacieuse et quelque peu déroutante, tient en haleine tous ceux qui, par devoir ou par plaisir, suivent avec intérêt les évolutions du droit des contrats. Certes, on peut, sans grand risque de se tromper, prévoir qu'au contraire de certains de ses illustres devanciers (1), l'arrêt en question ne suscitera ni déferlement de critiques, ni controverse retentissante, pas plus en définitive qu'il ne constituera une étape décisive dans l'édification du régime nouveau des avant-contrats que la troisième Chambre civile, en particulier, a entreprise ces dernières années (2).

2 - Alors à quoi bon lui consacrer ce commentaire ? Entreprise *a priori* d'autant plus vaine qu'elle concerne le parent pauvre des avant-contrats, en tout cas celui qui excite le moins l'imagination des auteurs de « Contrats spéciaux » puisque là où de riches et amples développements sont dédiés aux promesses de vente, le sort du pacte de préférence est, en général, expédié en quelques lignes (3). Ce dédain doctrinal (4) paraît pourtant assez injuste au regard des incertitudes qui entourent, aujourd'hui encore, l'analyse de sa nature juridique (5) et des difficultés qu'engendre la détermination de sa force obligatoire et de son opposabilité aux tiers. Or, ce sont précisément ces importantes questions relatives à la vitalité de cet avant-contrat que soulève l'arrêt commenté, de même qu'il invite fatalement à réfléchir sur le déficit de sécurité juridique qui affecte l'ensemble des contrats préparatoires.

3 - En l'occurrence, la priorité contractuelle qu'un bailleur avait contractuellement accordée à son locataire avait été violée puisque celui-ci avait vendu son immeuble à un tiers. Pour accéder favorablement à la demande en substitution dans les droits du tiers acquéreur formée par le bénéficiaire du pacte de préférence, les juges du fond avaient retenu la fraude commise par ce dernier. En censurant séchement cette décision sous le visa de l'art. 1142 c. civ., la troisième Chambre civile de la Cour de cassation ruine l'espoir (I) qu'une partie de la doctrine avait placé dans une précédente décision de la Chambre commerciale et invite, par ailleurs, à rechercher l'esprit (II) qui guide sa jurisprudence en matière d'avant-contrats.

I. - L'espoir déçu de la doctrine

4 - Pour bien comprendre l'espoir que nourrissaient certains auteurs avant cet arrêt et mieux apprécier l'ampleur de leur déception, il convient de revenir très brièvement sur les conséquences de la violation d'un pacte de préférence.

Outre des dommages-intérêts, il est admis que le bénéficiaire du pacte de préférence peut, en cas de vente à un tiers, obtenir la nullité de celle-ci à titre de réparation en nature. Encore faut-il, pour que le contrat conclu au mépris de sa priorité contractuelle soit anéanti, que le bénéficiaire du pacte de préférence puisse administrer la preuve d'une fraude ourdie entre le promettant et le tiers acquéreur. A cette fin, il doit démontrer que ce dernier connaissait, non seulement l'existence du pacte violé, mais encore son intention d'exercer effectivement la priorité qui lui était conférée (6). Inutile de préciser que sa tâche probatoire est particulièrement ardue et que sa situation est, sur ce point précis, moins enviable que celle du bénéficiaire d'une promesse de vente puisque, dans la même perspective, il suffit à ce dernier d'apporter la preuve que le tiers acquéreur connaissait l'existence de la promesse, un point c'est tout (7) !

5 - Mais la question cruciale, à laquelle la troisième Chambre civile apporte ici une réponse dénuée de la moindre ambiguïté, consiste à savoir si le bénéficiaire du pacte de préférence violé peut aussi obtenir du juge la conclusion forcée de la vente à son profit par substitution au tiers acquéreur de mauvaise foi.

Jusqu'à un arrêt rendu le 7 mars 1989 par la Chambre commerciale (8), la Cour de cassation tenait invariablement ce langage : « si les juges du fond appelés à statuer sur la violation d'un pacte de préférence ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi, ils ne sauraient cependant autoriser le bénéficiaire du pacte à se substituer purement et simplement au tiers acquéreur dans les droits que celui-ci tient de l'aliénation qui lui a été faite par le promettant » (9).

Approuvée par quelques-uns (10), en raison de la nature et de l'objet des droits et obligations engendrés par un pacte de préférence, cette solution, réaffirmée par la suite (11), a été critiquée par une majorité d'auteurs (12) au nom du respect de la force obligatoire du pacte et, donc, de l'intérêt pratique de cet avant-contrat. Aussi, ces derniers trouvèrent-ils de solides raisons d'espérer à la lecture de l'arrêt précité de la Chambre commerciale. Certes, la Cour censurait les juges du fond qui avaient ordonné la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers acquéreur. Mais, pour ce faire, elle relevait qu'aucune collusion frauduleuse n'avait été retenue par la cour d'appel. Sans faire preuve d'un optimisme exagéré, il était alors permis « de penser - et d'espérer - que la preuve de cette collusion ouvrirait au bénéficiaire qui l'apporterait » la possibilité « d'obtenir la conclusion forcée du contrat à son profit par substitution au tiers choisi par le promettant » (13).

Cet espoir légitime est donc anéanti par la troisième Chambre civile. Certes, puisque la preuve de la collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers acquéreur était rapportée, elle décide que la vente litigieuse peut être anéantie. Mais, en dépit de cette fraude avérée, elle refuse que le bénéficiaire contre qui la fraude était dirigée soit rétabli dans les droits que, pourtant, le pacte de préférence lui faisait légitimement miroiter.

6 - C'est peu de dire que ni la technique, ni la sécurité juridiques ne sortent grandies d'une telle décision. Doit, en premier lieu et une fois encore, être stigmatisée l'allégeance de la Cour de cassation à une interprétation de l'art. 1142 c. civ. qui n'est plus de saison. Sincèrement, on aimerait comprendre pourquoi la troisième Chambre civile éprouve le besoin de s'abriter derrière une exégèse démodée et desséchante du texte en question et fait ainsi abstraction du droit positif. Chacun sait, en effet, qu'en dépit de l'immobilisme de la loi, le droit de l'exécution forcée a sensiblement évolué et nul ne conteste plus aujourd'hui que l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire constitue le principe et leur exécution, par équivalent, l'exception (14).

7 - Plus encore, et en second lieu, ce qui peut être reproché à la Cour dans cette décision c'est qu'en édulcorant la sanction de la fraude commise par le promettant et le tiers complice, elle fragilise le pacte de préférence et porte ainsi atteinte à l'impératif de sécurité juridique. Car il ne faut pas s'y tromper et notamment ne pas se laisser abuser par la référence désuète à l'art. 1142 c. civ. : peu importe la nature de l'obligation souscrite par le promettant, ce qui est en cause ici c'est le principe de l'irrévocabilité unilatérale du contrat ! En effet, dans un pacte de préférence, si la conclusion du contrat envisagé n'est encore que virtuelle, la détermination de la personne du cocontractant éventuel est, quant à elle, définitive en ce sens que la volonté du promettant ne peut plus rien y changer. Seule la volonté du bénéficiaire du pacte peut désormais exercer une influence sur la détermination de la personne du cocontractant ; il ne peut s'agir d'un tiers que s'il décide finalement de ne pas conclure le contrat qui, par l'effet du pacte, doit lui être prioritairement offert. Le promettant s'est, en effet, irrévocablement engagé à contracter avec le bénéficiaire du pacte de préférence au cas où il déciderait finalement de vendre. L'offre de contracter émise par le promettant doit donc nécessairement avoir pour destinataire prioritaire le bénéficiaire du pacte qui, fort de cette priorité contractuelle, reste libre néanmoins d'accepter. Aussi, peut-on affirmer avec M. Laurent Aynès que le pacte de préférence fait naître au profit de son bénéficiaire un « droit potestatif - celui d'imposer la vente par un acte unilatéral de volonté - au service duquel est mise une obligation de faire : proposer prioritairement au bénéficiaire du pacte l'acquisition du bien » (15). Ce droit potestatif et, dans le même temps, la force obligatoire et l'intérêt du pacte de préférence sont, par conséquent, gravement remis en cause si la conclusion du contrat éventuel au profit du bénéficiaire peut être écartée par l'effet de... la fraude commise par le promettant et le tiers acquéreur. Or, ce sont bien ces fâcheuses conséquences qu'engendre l'arrêt commenté, ce dont on ne peut évidemment pas se satisfaire au regard des principes qui régissent le droit des contrats.

Mais abandonnons le rôle un peu facile de redresseur de torts ! Il faut maintenant tenter de dévoiler l'esprit qui guide la jurisprudence de la Cour de cassation dans notre matière.

II. - L'esprit dévoilé (?) de la jurisprudence

8 - En dépit de la lettre de l'arrêt commenté, qui laisse à penser que la clef de la jurisprudence de la Cour de cassation se trouve dans sa vision dépassée du droit de l'exécution forcée (16), il semble que cette solution, comme d'autres, lui est directement inspirée par une conception exagérément volontariste du contrat (17). Conception selon laquelle l'existence d'un contrat suppose non seulement un accord de volontés mais surtout, lorsque la réalisation de cet accord s'inscrit dans la durée, que la volonté de celui qui a pris l'initiative du contrat soit maintenue lorsque la volonté de son partenaire s'exprime à son tour.

Pour discutable qu'elle soit, cette idée paraît pourtant expliquer la jurisprudence de

la Cour en matière de pacte de préférence, de même que d'autres solutions relatives aux avant-contrats et à la période précontractuelle.

9 - Ainsi, pour ce qui concerne le pacte, il est très édifiant de se pencher sur la motivation d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 27 mai 1986 (18). La décision des juges du fond, admettant la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers acquéreur de mauvaise foi, a été censurée parce qu'« en statuant ainsi, alors qu'elle constatait qu'au moment où (le bénéficiaire) avait manifesté sa volonté d'acquiescer, (les promettants) avaient déjà manifesté la volonté de ne pas lui vendre les parts sociales qui faisaient l'objet de leur engagement », la cour d'appel a violé les dispositions de l'art. 1583 c. civ. Au fond, on a le net sentiment que si la Cour refuse que le bénéficiaire puisse obtenir la conclusion forcée du contrat éventuel, c'est parce qu'au moment précis où il a exercé sa priorité contractuelle et exprimé sa volonté de contracter, la rencontre avec la volonté du promettant était alors devenue impossible puisque entre-temps ce dernier, en vendant à un tiers, avait manifesté sa volonté de ne plus contracter avec lui. Autrement dit, la rétractation du promettant fait échec à l'exécution forcée du pacte de préférence, c'est-à-dire à la formation du contrat au profit du bénéficiaire, parce qu'elle exclut la rencontre des volontés. Et peu importe, dès lors, la fraude commise entre le promettant et le tiers ! Cette considération purement morale ne saurait occulter l'essentiel, c'est-à-dire l'absence de rencontre de volontés simultanées et réciproques de contracter.

En somme, la morale de cette jurisprudence, c'est qu'un contrat ne peut pas se former en l'absence de consentements mutuels et permanents ; mieux, un contrat ne peut se former contre la volonté de l'un des partenaires. Si celui-ci reprend sa parole, avant que l'autre ne l'exprime et malgré la priorité qui lui était accordée à cette fin, la rencontre des volontés est donc matériellement exclue et la formation du contrat juridiquement inconcevable. Fautive et de surcroît frauduleuse, la révocation unilatérale de son engagement par le promettant, même si elle est évidemment sanctionnée, fait néanmoins obstacle à l'exécution forcée du pacte de préférence, c'est-à-dire au pouvoir du juge de décider que le contrat est formé au profit du bénéficiaire du pacte délibérément et frauduleusement violé.

On nous concédera que c'est quand même faire bien peu de cas de l'art. 1134 c. civ. puisque cela revient purement et simplement à soumettre la force du pacte de préférence, et son utilité pratique, à la volonté unilatérale du promettant. En effet, la solution retenue par la Cour consiste, en définitive, à reconnaître une certaine efficacité à la révocation unilatérale de son engagement par le promettant, au mépris du principe de l'irrévocabilité unilatérale du contrat. Or, par l'effet même du pacte, puisque le promettant « a d'ores et déjà donné son consentement à la conclusion du contrat par le bénéficiaire de manière irrévocable à compter de l'acceptation par celui-ci » (19), ce dernier, en dépit de la conclusion du contrat au profit d'un tiers de mauvaise foi, « doit pouvoir faire juger que le contrat est bien conclu à son profit. Le repentir du débiteur qui ne veut plus à présent lui vendre doit rester indifférent ; le tribunal est en droit de constater la rencontre successive des consentements » (20). Si tant est que l'art. 1134 c. civ. ait vocation à s'appliquer aux avant-contrats, on voit mal comment cette doctrine peut être tenue en échec, tout spécialement lorsque le bénéficiaire est en conflit avec un tiers coupable de fraude. Et on a encore plus de difficulté à comprendre pourquoi elle est superbement ignorée par la Cour de cassation.

10 - L'incompréhension s'accroît ou s'estompe, selon qu'on est plutôt sujet à la résistance ou à la résignation, lorsqu'on prend conscience que la Cour de cassation est coutumière du fait et que la doctrine n'est pas toujours insensible à cette argumentation.

Ainsi, peut-on, en premier lieu, quasiment transposer la justification exposée, de même que les critiques qui l'accompagnent, à sa jurisprudence relative à la promesse unilatérale de vente. On sait que, par plusieurs arrêts, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a décidé que la rétractation du promettant pendant le délai d'option faisait échec à l'exécution de la vente promise si elle intervenait antérieurement à la levée de l'option (21). Et cette solution pour le moins suprenante est, elle aussi, fondée sur l'idée que « la levée de l'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre de volontés réciproques de vendre et d'acheter » (22). Ainsi, si l'exécution forcée de la vente promise est exclue, c'est, tout simplement, parce que la rétractation du promettant antérieure à la levée de l'option interdit toute rencontre de volontés, autrement dit la formation de ladite vente. On retrouve donc ici, comme en matière de pacte de préférence, l'idée totalement saugrenue selon laquelle, en dépit de la conclusion d'un avant-contrat et de sa force obligatoire, la formation du contrat préparé suppose que la volonté de contracter, irrévocablement exprimée par le promettant dans le contrat préparatoire, soit maintenue lorsque le bénéficiaire manifeste à son tour, dans les conditions contractuellement convenues, sa volonté en ce sens... Et, semble-t-il, l'esprit de cette jurisprudence réside une nouvelle fois dans l'idée que la conclusion d'un contrat ne se conçoit pas contre la volonté du promettant, abstraction faite de l'argument autrement pertinent selon lequel le promettant qui se rétracte pendant le délai d'option « ne fait que tenter de révoquer un consentement irrévocable et il convient alors de considérer cette rétractation comme inexistante » (23).

Si, dans les cas précédemment exposés, cette consécration de la versatilité contractuelle par la Cour de cassation est critiquable parce qu'elle prive tout simplement d'intérêt pratique les avant-contrats, elle peut tout aussi bien être contestée en l'absence de tout avant-contrat. Ainsi, la révocation d'une offre avant l'expiration du délai dont elle était expressément ou implicitement assortie n'est sanctionnée que par l'octroi de dommages-intérêts et ce, alors même qu'elle a été

acceptée par son destinataire, certes après la révocation mais pendant le délai qui lui avait été consenti ou imparti à cette fin (24). Alors que la quasi-totalité de la doctrine, quelle que soit sa lecture du droit positif, considère que la formation du contrat offert peut intervenir, en dépit de la révocation de l'offre, à la seule condition que l'acceptation soit émise avant l'expiration du délai stipulé (25), quelques-uns objectent qu'il ne peut en aller ainsi : « Le contrat ne peut, en effet, se former contre la volonté de l'une des parties, le consentement étant, alors, absent » (26). On retrouve donc en doctrine l'idée fautive selon laquelle la formation du contrat est étroitement dépendante de la permanence du consentement : si la volonté de contracter, pourtant précisément et fermement manifestée, disparaît pendant le délai accordé (par l'offrant ou le juge au destinataire de l'offre), la conclusion du contrat est inconcevable faute de possible rencontre des volontés. Ce à quoi il n'est pourtant pas difficile de répondre, avec M. Jacques Mestre, qu'au contraire, « le consentement du pollicitant existe bien : il est même par hypothèse le premier, celui de l'initiative contractuelle, et survit par l'effet de l'obligation faite à celui-ci de maintenir sa proposition pendant (le) délai raisonnable » (27) ou exprès d'acceptation.

11 - En toute logique, donc, la révocation du consentement de l'offrant devrait produire, sur le sort du contrat en gestation, le même effet que la rétractation de son engagement par le promettant dans un pacte de préférence ou dans une promesse unilatérale de vente, c'est-à-dire... aucun. Et, en tout cas, ces comportements fautifs ne devraient pas, sauf circonstances exceptionnelles (28), faire échec à la conclusion du contrat, offert ou préparé, au profit du destinataire de l'offre ou du bénéficiaire de l'exclusivité ou de la priorité contractuelle.

Les décisions et opinions en sens inverse compromettent assez gravement l'impératif de sécurité juridique dans la période précontractuelle. Surtout, elles contribuent à fragiliser les avant-contrats qui, parce qu'ils sont désormais des contrats imprévisibles, voient leur intérêt pratique diminuer.

Par ailleurs, on relèvera la très étroite parenté de régime de tous les instruments juridiques que les partenaires peuvent utiliser lors de la période précontractuelle. D'une part, quel que soit l'avant-contrat, il est possible à un promettant qui y trouve son compte de réduire à néant l'exclusivité ou la priorité contractuelle (29), pourtant irrévocablement consenties, en concluant le contrat promis avec un tiers de mauvaise foi. C'est la leçon de l'arrêt commenté en matière de pacte de préférence. Pour la promesse unilatérale, il suffit désormais au promettant de rétracter son consentement avant que le bénéficiaire ne lève l'option pour que la vente ultérieure du bien promis à un tiers de mauvaise foi soit à l'abri des foudres du contractant trompé (30). D'autre part, qu'il soit ou non figé dans un avant-contrat, le consentement à contracter ne peut déboucher sur la conclusion du contrat offert, projeté ou préparé qu'à la condition qu'au moment où le partenaire émet son propre consentement, il n'a pas, entre-temps, été répudié...

Quitte à passer pour un grincheux impénitent, on se gardera de reprendre en chœur cet hymne débridé et déconcertant à la liberté de ne plus contracter. Et ceux qui s'inquiètent de nous voir, avec d'autres, confondre le code civil et l'évangile (31) se réjouiront donc de constater qu'on en n'est pas encore arrivé à vanter les vertus de l'inconstance contractuelle, laquelle ne mérite ni indulgence, ni complaisance.

(1) Et l'on songe évidemment à Cass. 3 civ., 15 déc. 1993, 2 arrêts, *Bull. Cridon* 1995, n° 21, II, p. 215, note J.-M. Olivier ; *D.* 1994, *Jur.* p. 507, note Bénac-Schmidt ; *D.* 1994, *Somm.* p. 230, obs. O. Tourmafond ; *D.* 1995, *Somm.* p. 230, obs. L. Aynès ; *Defrénois*, 1994, p. 795, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1995, II, n° 22366 ; *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. Mestre. - Sur ces arrêts, V. aussi F. Collart-Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble* : les risques de désordre, *Dr. et patrimoine*, déc. 1995, p. 58 ; M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, *RTD civ.* 1996, p. 85.

(2) Pour une fresque sur le droit positif des avant-contrats V. F. Collart-Dutilleul, *ead. loc.*

(3) Pour une illustration presque caricaturale de ce propos, V. J.-J. Barbieri, *Contrats civils et commerciaux*, Masson-Armand Colin, 1995.

(4) Dédain qui ne rime néanmoins pas avec absence totale d'intérêt. Outre les travaux classiques (P. Voirin, *Le pacte de préférence*, *JCP* 1954, I, n° 1192 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988), on signalera la récente thèse de M. J.-P. Desideri, *La préférence contractuelle*, thèse Aix-en-Provence, dactyl. 1997, sous la dir. de J. Mestre.

(5) Sur ce point, en effet, il est bien évident que, sauf à méconnaître le concept de condition, on ne peut se satisfaire de l'analyse retenue, pour des raisons d'opportunité, par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation qui considère le pacte de préférence comme une promesse de vente conditionnelle (en ce sens, Cass. 3 civ., 16 mars 1994, *D.* 1994, *Jur.* p. 486, note A. Fournier ; *Defrénois* 1994, p. 1164, obs. L. Aynès).

(6) En ce sens, V. par ex. Cass. 3 civ., 26 oct. 1982, *Bull. civ.* III, n° 208. V. aussi les nombreuses références citées par L. Boyer, *in Rép. civ. Dalloz*, v° *Promesse de vente*, spéc. n° 248 s.

(7) En ce sens, V. C. Atias, *La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi*, *JCP éd. N* 1978, I, *Doctr.* p. 291 s.

(8) *JCP* 1989, II, n° 21316, obs. Y. Reinhard ; *JCP éd. E* 1989, II, n° 15517, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD civ.* 1990, p. 70, obs. J. Mestre.

(9) Cass. 1 civ., 4 mai 1957, *Bull. civ.* I, n° 197.

(10) J.-J. Barbieri, *op. cit.*, p. 91 ; A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Domat

Montchrestien 1995, n° 66 ; J. Ghestin et B. Desché, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 168 s.

(11) V. Cass. com., 27 mai 1986, *RTD civ.* 1987, p. 88, obs. J. Mestre.

(12) L. Boyer, *op. et loc. cit.* ; F. Collart-Dutilleul et P. Delebecq, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 1996, spéc. n° 68 ; B. Gross et P. Bihl, *Contrats, Ventes civiles et commerciales, Baux d'habitation, Baux commerciaux*, PUF, 1993, spéc. p. 86 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992, préf. J. Mestre, spéc. n° 825 ; P. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, spéc. n° 264 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, les contrats spéciaux*, Cujas, 1997, spéc. n° 146 ; J. Mestre, obs. préc.

(13) J. Mestre, obs. sous Cass. com., 7 mars 1989, préc.

(14) Sur ce point, V., parmi beaucoup d'autres, G. Viney, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : effets*, LGDJ, 1988, spéc. n° 33 s.

(15) Obs. sous Cass. 3 civ., 4 janv. 1995, *D.* 1995, *Somm.* p. 236.

(16) Pour s'en convaincre, si cela était encore nécessaire, on peut citer M. Georges Durry qui, en 1970, affirmait « ... sans doute le procès de la rédaction de l'article 1142 n'est-il plus à faire et les juges cherchent-ils à bon droit à assurer à chaque fois que c'est possible l'exécution en nature » (*RTD civ.* 1970, p. 783).

(17) Pour une explication de ce type à propos de la question relativement proche de l'efficacité de l'offre, V. G. Viney, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions*, LGDJ, 1982, spéc. n° 198.

(18) Préc.

(19) A. Laude, *op. et loc. cit.*

(20) J. Mestre, obs. préc.

(21) En ce sens, V. Cass. 3 civ., 15 déc. 1993 (2 arrêts), préc. ; 26 juin 1996, *D.* 1997, *Somm.* p. 169.

(22) Cass. 3 civ., 15 déc. 1993, *Cruz c/ Godard*. Dans l'autre espèce (*Bourachot c/ Naudet*), la Cour rejette le pourvoi au motif que le promettant « ayant rétracté sa promesse (...) antérieurement à la levée de l'option par le bénéficiaire, la cour d'appel, (...), a exactement retenu qu'aucun contrat de vente ne s'étant formé entre les parties en l'absence de rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acheter, la demande en réalisation de la vente devait être rejetée ».

(23) F. Collart-Dutilleul, *eod. loc.*, spéc. p. 67.

(24) Telle est, selon l'analyse quantitativement dominante, la solution du droit positif. La Cour de cassation n'a, en effet, jamais admis nettement que le contrat offert pouvait être réputé conclu en dépit de la rétractation de l'offre. En ce sens, V. par ex., J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993, spéc. n° 308 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 1991, spéc. p. 143 s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 1996, spéc. n° 112 ; *contra* J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Armand Colin, 1996, spéc. n° 148.

(25) En ce sens, sans distinguer selon que le délai d'acceptation soit stipulé dans l'offre ou imposé, pour des raisons de sécurité juridique par la jurisprudence (le délai raisonnable d'acceptation), V. A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 1995, spéc. n° 61 ; J. Mestre, obs. *in RTD civ.* 1985, p. 155 s. - En ce sens, encore mais en distinguant selon que l'offre est ou non assortie d'un délai exprès d'acceptation, V. J.-L. Aubert, *Le contrat*, Dalloz, *Connaissance du droit*, 1996, p. 34 s., spéc. p. 36 ; J. Flour, J.-L. Aubert, *op. et loc. cit.* ; J. Ghestin, *op. et loc. cit.* ; P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1997 ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Coll. *Droit fondamental*, 1992, spéc. p. 39 ; F. Terré, P. Simler et Lequette, *op. cit.*, n° 112 et 113.

(26) J. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, *RTD civ.* 1974, p. 46 s., spéc. n° 57. Dans le même sens, C. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Economica, 1996, spéc. n° 99 et 239 ; H., L. et J. Mazeaud, et F. Chabas, *op. et loc. cit.*, qui reprennent, semble-t-il, à leur compte l'opinion suivante de M. Verdier : l'offre « n'a de valeur juridique que par le fait qu'elle n'est pas rétractée ; c'est une proposition sans cesse renouvelée ; tout se passe comme si, au moment de l'acceptation, elle venait d'être émise à l'instant même » (*Les droits éventuels*, Paris, 1953).

(27) Obs. *in RTD civ.* 1985, préc., spéc. p. 157.

(28) Par exemple la vente du bien promis en exclusivité (promesse unilatérale) ou en priorité (pacte de préférence) à un tiers de bonne foi.

(29) Dans le sens où malgré l'exclusivité ou la priorité contractuellement accordées au bénéficiaire du pacte ou de la promesse, celui-ci ne pourra jamais, lorsque le promettant contracte avec un tiers au mépris de son droit potestatif d'option, obtenir la conclusion du contrat à son profit, que ce soit à titre d'exécution ou de réparation en nature.

(30) En ce sens, V. O. Tournafond, obs. préc.

(31) En ce sens, V. P. Malaurie, note sous Cass. 3 civ., 15 janv. 1997, *D.* 1997, *Jur.* p. 216, spéc. p. 217.

Christian Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1998, p. 203

Du promettant qui a manifesté son intention de vendre à un tiers, le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut exiger qu'il ne mette pas obstacle au transfert de propriété convenu entre eux. Selon la jurisprudence, la vente frauduleusement consentie, à un tiers de mauvaise foi (1) en dépit de la préférence ainsi accordée, est nulle (2). Par arrêt du 30 avr. 1997, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation paraît refuser au bénéficiaire la possibilité d'être substitué à cet acquéreur qui avait méconnu le pacte. L'espèce était exemplaire (3) ; dans l'arrêt du 7 avr. 1995 qui est cassé pour violation de l'art. 1142 c. civ., la Cour d'appel de Paris avait relevé la fraude commise, la collusion évidente entre le promettant et le tiers et leur mauvaise foi caractérisée.

La cassation est fondée sur des justifications en faux-semblant, qui déforment les dispositions applicables, et sur des qualifications dénaturées. Les art. 1142 et 1165 c. civ., en raison de leur généralité, se prêtent à ces déviations ; ils sont souvent utilisés comme des fondements abstraits, et non comme ce qu'ils sont - c'est-à-dire des dispositions porteuses de solutions techniques caractéristiques de certains aspects du régime juridique de l'obligation. Les qualifications de fraude, d'obligation et d'obligation de faire ne sont pas moins maltraitées.

I. La déformation des dispositions légales

Dans son arrêt du 30 avr. 1997, la Cour fait litière de deux règles consacrées. Leur inversion ne fournit que des justifications en trompe-l'oeil. Il est affirmé que la promesse contenue dans le pacte de préférence, parce qu'elle est porteuse d'une obligation de faire, se résout en dommages et intérêts et qu'elle est inopposable au tiers de mauvaise foi, complice de la fraude ourdie par le promettant pour méconnaître son engagement. Ainsi s'expliquerait la limite imposée au pouvoir judiciaire : la convention conclue entre promettant et bénéficiaire pourrait justifier l'annulation de la vente frauduleusement consentie à un tiers, mais non la substitution du bénéficiaire à cet acquéreur évincé.

1 - *L'obligation de faire et l'art. 1142 c. civ.* - Tous les civilistes savent depuis des décennies que « les obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère personnel sont seules soumises à la règle de l'art. 1142 » (4). Même le législateur, qui est souvent si ignorant de l'état du droit, le sait (5).

La Cour de cassation ne l'ignore que pour les besoins de la cause. Sortie de son contexte propre et détournée de sa raison d'être, une règle spéciale est commuée en principe général ; le contrat lui-même est oublié. Ici aussi, « l'absorption du régime de l'inexécution par la réparation entame profondément notre conception de la force obligatoire du contrat. Car si toute l'exécution forcée devient réparation, il n'y a plus d'exécution que volontaire » (6). Le malaise était d'ailleurs sensible dans la rédaction du précédent arrêt de la Cour de cassation : « le pacte de préférence constitue une créance de nature personnelle » (7). La mention de la nature personnelle de la créance paraît peu pertinente ; s'agissait-il de l'opposer à celle qui naît des obligations *propter rem* ou *scriptae in rem* ? La Cour souligne plus probablement le caractère personnel des effets du pacte de préférence pour tenter de justifier son étrange découverte de l'art. 1142 c. civ. qui est manifestement hors de cause. Même si l'obligation née du pacte était de faire, elle devrait pouvoir être exécutée comme celle qu'engendre la conclusion d'une promesse de vente.

2 - *L'opposabilité des obligations conventionnelles et l'art. 1165 c. civ.* - Tous les civilistes savent que les obligations conventionnelles ont des effets relatifs, mais sont dotées d'une opposabilité absolue. Les tiers ne peuvent prétendre en méconnaître l'incidence sur l'ordre juridique et sur le patrimoine du débiteur (8), dès lors qu'ils en ont été informés ; « le créancier n'est créancier que du débiteur, et le débiteur n'est débiteur que du créancier... mais le créancier et le débiteur sont créancier et débiteur aux yeux de tous » (9). D'éminents auteurs l'avaient établi dès les années 30 (10) : « la relativité ne vise que les effets des conventions, et non leur existence... Bien que l'acte soit tributaire du principe de la relativité des conventions, il est lui-même opposable *erga omnes* en tant que fait » (11). La question ne se pose d'ailleurs même pas. Il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'opposabilité, à celui dont la mauvaise foi est établie, de l'acte dont il a sciemment empêché l'exécution. Commettant la faute et prenant le risque d'agir au mépris des intérêts légitimes d'autrui, il ne peut prétendre à la protection que le droit accorde au tiers pour qui le contrat est *res inter alios acta*.

La Cour de cassation ne l'ignore que pour les besoins de la cause. Elle n'hésite nullement, dans d'autres circonstances, à condamner à réparation celui qui se rend complice de la méconnaissance d'un contrat auquel il est demeuré étranger (12).

II. La dénaturation des qualifications juridiques

La notion de fraude est-elle respectée (13) par la Cour de cassation, lorsqu'elle refuse au bénéficiaire du pacte la possibilité d'être substitué à l'acquéreur qui a prétendu l'évincer ? Elle confond la fraude à la loi et la fraude aux droits du bénéficiaire du pacte. Si la première fonde l'annulation judiciaire de l'acte frauduleux, la seconde commande le respect des obligations contractées. L'arrêt du 30 avr. 1997 pourrait bien relever de cette tendance trop répandue qui fait considérer la méconnaissance de la loi comme beaucoup plus grave et reprochable que la méconnaissance des intérêts et titres privés d'autrui. D'autres qualifications également importantes sont dénaturées.

1 - *Obligation et faculté.* - Pour que le bénéficiaire du pacte soit titulaire d'une « créance de nature personnelle », il faut qu'en contractant le promettant ne s'engage pas ; même après avoir manifesté l'intention de vendre, il conserverait la faculté de

transférer la propriété du bien au bénéficiaire ou de s'y refuser. Les actes de pure faculté (14) ne peuvent donner lieu à la contrainte ; l'exécution du pacte s'apparenterait à l'exercice des droits « exclusivement attachés à la personne » (15).

Portant sur un bien, l'engagement qui résulte du pacte de préférence ne donne pas naissance à une pure faculté. Sans doute, le promettant ne s'oblige-t-il pas à vendre, mais s'il prend l'initiative de transférer la propriété de son bien, il ne peut que le céder au bénéficiaire. Dans le pacte, il a déjà émis plus qu'une offre ; il n'a pas à intervenir spécialement pour ensaisiner son cocontractant. Il s'est privé de la liberté de choisir son acquéreur ; il suffit donc qu'il décide de vendre pour que le bénéficiaire du pacte puisse se prévaloir d'une offre définitive, l'accepter et rendre la vente parfaite au sens de l'art. 1583 c. civ. Le pacte et l'offre émise en faveur du tiers engage le propriétaire dans une opération de transfert qui lui échappe nécessairement ; il ne peut plus s'y soustraire.

2 - *Exécution ou réfaction.* - Pour restreindre les prérogatives du juge - qui pourrait annuler la vente frauduleuse, mais ne pourrait substituer le bénéficiaire du pacte à l'acquéreur -, un autre principe avait été évoqué. La substitution avait été assimilée à une véritable réfaction judiciaire : le remplacement d'un acquéreur par un autre instituerait un autre contrat de vente, une convention nouvelle étrangère au pacte, comme à la vente frauduleuse. Il n'appartient pas au juge de créer ainsi un lien contractuel.

Le raisonnement est infondé. La substitution n'est qu'une conséquence des conventions conclues ; elle ne modifie pas la volonté des parties, mais en impose le respect. Puisque le promettant pouvait vendre, ce n'est pas la vente frauduleuse qui est nulle ; l'acceptation du tiers de mauvaise foi est seulement inopposable à qui se fonde sur un titre préférable. Le bénéficiaire peut parfaitement se saisir, dans les conditions du pacte et en exécution de cette convention, de l'offre émise par le promettant en vendant ultérieurement au tiers de mauvaise foi ; il ne doit d'ailleurs pouvoir agir que s'il entend acquérir. Celui qui a accordé la préférence avait déjà consenti ; son intervention n'est plus requise (16). Sa situation est identique à celle de l'auteur d'une promesse unilatérale de vente, suivie d'une levée d'option (17), ou d'une promesse synallagmatique ; il n'est pas tenu d'une obligation de faire (18), mais d'une obligation de donner. Il peut être condamné à accomplir les formalités requises, sous astreinte notamment. Un jugement peut tenir lieu de titre au bénéficiaire du pacte.

L'arrêt du 30 avr. 1997 ne devrait pas faire jurisprudence. Le « retournement doctrinal » (19) qui s'impose devrait l'éviter : ce serait l'occasion de vérifier que jamais un arrêt ne peut clore une controverse.

(1) Et l'on songe évidemment à Cass. 3 civ., 15 déc. 1993, 2 arrêts, *Bull. Cridon* 1995, n° 21, II, p. 215, note J.-M. Olivier ; *D.* 1994, *Jur.* p. 507, note Bénac-Schmidt ; *D.* 1994, *Somm.* p. 230, obs. O. Toumafond ; *D.* 1995, *Somm.* p. 230, obs. L. Aynès ; *Defrénois*, 1994, p. 795, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1995, II, n° 22366 ; *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. Mestre. - Sur ces arrêts, V. aussi F. Collart-Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre, Dr. et patrimoine*, déc. 1995, p. 58 ; M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ.* 1996, p. 85

(2) Pour une fresque sur le droit positif des avant-contrats V. F. Collart-Dutilleul, *ead. loc.*

(3) Pour une illustration presque caricaturale de ce propos, V. J.-J. Barbieri, *Contrats civils et commerciaux*, Masson-Armand Colin, 1995.

(4) Dédain qui ne rime néanmoins pas avec absence totale d'intérêt. Outre les travaux classiques (P. Voirin, *Le pacte de préférence, JCP* 1954, I, n° 1192 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988), on signalera la récente thèse de M. J.-P. Desideri, *La préférence contractuelle*, thèse Aix-en-Provence, dactyl. 1997, sous la dir. de J. Mestre.

(5) Sur ce point, en effet, il est bien évident que, sauf à méconnaître le concept de condition, on ne peut se satisfaire de l'analyse retenue, pour des raisons d'opportunité, par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation qui considère le pacte de préférence comme une promesse de vente conditionnelle (en ce sens, Cass. 3 civ., 16 mars 1994, *D.* 1994, *Jur.* p. 486, note A. Fournier ; *Defrénois* 1994, p. 1164, obs. L. Aynès).

(6) En ce sens, V. par ex. Cass. 3 civ., 26 oct. 1982, *Bull. civ.* III, n° 208. V. aussi les nombreuses références citées par L. Boyer, *in Rép. civ. Dalloz*, v° *Promesse de vente*, spéc. n° 248 s.

(7) En ce sens, V. C. Atias, *La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi, JCP éd. N* 1978, I, *Doctr.* p. 291 s.

(8) *JCP* 1989, II, n° 21316, obs. Y. Reinhard ; *JCP éd. E* 1989, II, n° 15517, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD civ.* 1990, p. 70, obs. J. Mestre.

(9) Cass. 1 civ., 4 mai 1957, *Bull. civ.* I, n° 197.

(10) J.-J. Barbieri, *op. cit.*, p. 91 ; A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Domat Montchrestien 1995, n° 66 ; J. Ghestin et B. Desché, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 168 s.

(11) V. Cass. com., 27 mai 1986, *RTD civ.* 1987, p. 88, obs. J. Mestre.

(12) L. Boyer, *op. et loc. cit.* ; F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 1996, spéc. n° 68 ; B. Gross et P. Bühr, *Contrats, Ventes civiles et*

commerciales, Baux d'habitation, Baux commerciaux, PUF, 1993, spéc. p. 86 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992, préf. J. Mestre, spéc. n° 825 ; P. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, spéc. n° 264 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, les contrats spéciaux*, Cujas, 1997, spéc. n° 146 ; J. Mestre, obs. préc.

(13) J. Mestre, obs. sous Cass. com., 7 mars 1989, préc.

(14) Sur ce point, V., parmi beaucoup d'autres, G. Viney, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : effets*, LGDJ, 1988, spéc. n° 33 s.

(15) Obs. sous Cass. 3 civ., 4 janv. 1995, *D.* 1995, *Somm.* p. 236.

(16) Pour s'en convaincre, si cela était encore nécessaire, on peut citer M. Georges Durry qui, en 1970, affirmait « ... sans doute le procès de la rédaction de l'article 1142 n'est-il plus à faire et les juges cherchent-ils à bon droit à assurer à chaque fois que c'est possible l'exécution en nature » (*RTD civ.* 1970, p. 783).

(17) Pour une explication de ce type à propos de la question relativement proche de l'efficacité de l'offre, V. G. Viney, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions*, LGDJ, 1982, spéc. n° 198.

(18) Préc.

(19) A. Laude, *op. et loc. cit.*

(20) J. Mestre, obs. préc.

(21) En ce sens, V. Cass. 3 civ., 15 déc. 1993 (2 arrêts), préc. ; 26 juin 1996, *D.* 1997, *Somm.* p. 169.

(22) Cass. 3 civ., 15 déc. 1993, *Cruz c/ Godard*. Dans l'autre espèce (*Bourachot c/ Naudet*), la Cour rejette le pourvoi au motif que le promettant « ayant rétracté sa promesse (...) antérieurement à la levée de l'option par le bénéficiaire, la cour d'appel, (...) a exactement retenu qu'aucun contrat de vente ne s'étant formé entre les parties en l'absence de rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acheter, la demande en réalisation de la vente devait être rejetée ».

(23) F. Collart-Dutilleul, *ead. loc.*, spéc. p. 67.

(24) Telle est, selon l'analyse quantitativement dominante, la solution du droit positif. La Cour de cassation n'a, en effet, jamais admis nettement que le contrat offert pouvait être réputé conclu en dépit de la rétractation de l'offre. En ce sens, V. par ex., J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993, spéc. n° 308 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 1991, spéc. p. 143 s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 1996, spéc. n° 112 ; *contra* J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Armand Colin, 1996, spéc. n° 148.

(25) En ce sens, sans distinguer selon que le délai d'acceptation soit stipulé dans l'offre ou imposé, pour des raisons de sécurité juridique par la jurisprudence (le délai raisonnable d'acceptation), V. A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 1995, spéc. n° 61 ; J. Mestre, obs. *in RTD civ.* 1985, p. 155 s. - En ce sens, encore mais en distinguant selon que l'offre est ou non assortie d'un délai exprès d'acceptation, V. J.-L. Aubert, *Le contrat*, Dalloz, *Connaissance du droit*, 1996, p. 34 s., spéc. p. 36 ; J. Flour, J.-L. Aubert, *op. et loc. cit.* ; J. Ghestin, *op. et loc. cit.* ; P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1997 ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Coll. *Droit fondamental*, 1992, spéc. p. 39 ; F. Terré, P. Simler et Lequette, *op. cit.*, n° 112 et 113.

(26) J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle, RTD civ.* 1974, p. 46 s., spéc. n° 57. Dans le même sens, C. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Economica, 1996, spéc. n° 99 et 239 ; H., L. et J. Mazeaud, et F. Chabas, *op. et loc. cit.*, qui reprennent, semble-t-il, à leur compte l'opinion suivante de M. Verdier : l'offre « n'a de valeur juridique que par le fait qu'elle n'est pas rétractée ; c'est une proposition sans cesse renouvelée ; tout se passe comme si, au moment de l'acceptation, elle venait d'être émise à l'instant même » (*Les droits éventuels*, Paris, 1953).

(27) Obs. *in RTD civ.* 1985, préc., spéc. p. 157.

(28) Par exemple la vente du bien promis en exclusivité (promesse unilatérale) ou en priorité (pacte de préférence) à un tiers de bonne foi.

(29) Dans le sens où malgré l'exclusivité ou la priorité contractuellement accordées au bénéficiaire du pacte ou de la promesse, celui-ci ne pourra jamais, lorsque le promettant contracte avec un tiers au mépris de son droit potestatif d'option, obtenir la conclusion du contrat à son profit, que ce soit à titre d'exécution ou de réparation en nature.

(30) En ce sens, V. O. Toumafond, obs. préc.

(31) En ce sens, V. P. Malaurie, note sous Cass. 3 civ., 15 janv. 1997, *D.* 1997, *Jur.* p. 216, spéc. p. 217.

1. Peut-on défendre et justifier la position de la Cour de cassation dans la question de la rétractation de la promesse de contracter ? A lire les commentaires presque unanimement critiques de la doctrine, il faudrait croire que non. « Colonne du temple contractuel, l'article 1134, alinéa 1 du code civil vient de subir ... un coup de boutoir propre à le faire vaciller », commentait dans une note vitriolée (2) notre collègue et ami D. Mazeaud qui poursuivait ainsi : « désormais, les conventions, plus précisément les contrats, tiennent lieu de loi à ceux qui les ... respectent ». Tandis que M Rose-Noëlle Shütz grinçait : « comme celles des hommes politiques, les promesses unilatérales de vente n'engagent-elles que ceux à qui elles sont faites ? » (3).

C'est dire dans quel état d'esprit la doctrine s'est placée face aux solutions jurisprudentielles en la matière, et combien difficile est la tâche de légitimer, autant que faire se peut, la position de la Cour de cassation qui nous paraît tout au contraire marquée du sceau de la sagesse et de l'efficacité.

2. Beaucoup a été déjà dit et écrit sur le sujet, ou plutôt contre le sujet : après l'arrêt du 15 décembre 1993 (4), dont on rappellera simplement avant d'y revenir que la Cour de cassation avait décidé d'accorder pleine efficacité à la rétractation de sa promesse par le promettant avant la levée de l'option par le bénéficiaire, l'autorité de promesse unilatérale de contracter est ramenée au niveau de celle d'une offre, l'utilité même de la promesse comme outil contractuel est réduite à néant, la bonne foi contractuelle part en lambeau, le respect de la parole donnée est un principe outrageusement bafoué, etc.

Les critiques portées contre ces solutions sont bien souvent autant philosophiques ou morales, voire moralistes, que véritablement techniques, pour tenter de faire admettre que la sanction du promettant rétractant sa promesse devrait dépasser la seule hypothèse de l'allocation de dommages et intérêts et reconnaître le maintien forcé de la promesse de façon à contraindre la formation du contrat promis. Le débat est donc tout autant présenté autour de la question de l'efficacité de la promesse que, plus largement, sur celle de savoir si l'exécution forcée d'un contrat doit aboutir à son exécution en nature. Tel est l'objectif de la quasi-unanimité de la doctrine. Nous voudrions précisément esquisser dans cette étude quelques arguments, même isolés, confortant la position de la Cour de cassation : il ne nous paraît ni possible ni souhaitable de renverser cette solution car l'exécution par équivalent satisfait largement, en principe, le créancier (5).

3. Replaçons en premier le problème dans son contexte contractuel. Les promesses de contracter s'inscrivent dans le temps de l'avant-contrat, de la négociation, des pourparlers, des palabres. Elles sont des techniques juridiques contractuelles qui instrumentalisent ces négociations par la rédaction d'un véritable contrat, un contrat préparatoire en vue de la conclusion, hypothétique mais encouragée, d'un contrat préparé, d'un contrat promis, un contrat de vente, de prêt, un contrat de société ou de travail. Et bien d'autres encore que la pratique nourrit comme autant de reflets du principe de la liberté contractuelle. Nombreux sont les contrats ainsi usuellement préparés par un contrat de promesse, alors que l'on raisonne souvent exclusivement à partir de la seule promesse de vente, ce qui est alors très réducteur. Parmi les contrats de l'avant-contrat, la promesse unilatérale de contrat dite aussi contrat d'option (6) se présente comme un contrat modèle (7) dont, surtout, la promesse unilatérale de vente (8). Ces promesses peuvent alors être classées comme des contrats ayant pour objet une obligation de contracter (9). La distinction avec la promesse synallagmatique de vente, le compromis de vente dont parle la pratique notariale, est souvent moins nette qu'on veut bien le penser. Si dans cette dernière les deux parties entendent contracter, il apparaît que cette rencontre des volontés ne forme pas systématiquement le contrat promis, ce qui permet de maintenir les promesses synallagmatiques dans le camp des contrats préparatoires. On évoque même une simple différence géographique : les promesses unilatérales seraient surtout observées à Paris et dans le Midi tandis que les promesses synallagmatiques gouverneraient le reste de la France (10).

Contrats préparatoires modèles, les promesses de contrat sont d'ailleurs les seules évoquées par le code civil, à travers l'article 1589 du code civil rejoint médiocrement par un article 1589-1 issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000. Elles sont des formules contractuelles très usitées, nées de la pratique notariale (11) et dont la jurisprudence et la doctrine ont déterminé le régime. Elles peuvent se définir comme les contrats qui ont pour objet de créer à la charge soit de l'une (promesse unilatérale), soit des deux parties (promesse synallagmatique) l'obligation de conclure un contrat déterminé dans sa nature et son contenu. La promesse unilatérale de contrat peut se définir comme l'accord par lequel l'une des parties, le promettant, promet à l'autre, le bénéficiaire, de conclure, si celui-ci lève une option résultant de la promesse avant l'expiration d'un délai déterminé, un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans ledit accord. « En d'autres termes, le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner ou non son consentement à celui-ci » (12). C'est à partir de cette définition communément admise que les analyses diffèrent sur le fondement, essentiellement, de la considération du contenu de la promesse de contracter, de l'intensité de l'engagement du promettant et donc de la rétractation de la promesse par ce dernier. Or, nous verrons que cette définition est essentiellement doctrinale de sorte que la critique, doctrinale, de la jurisprudence repose sur un simple discours : serait fautive la prétention de la Cour de cassation de donner une solution qui, au final, renverse la définition donnée par la doctrine. Il restera cependant à mesurer l'autorité et la justesse de cette définition.

4. Parmi les nombreuses difficultés posées par les promesses de vente, celle constituée par la rétractation de sa promesse par le promettant est assurément la plus encline à la polémique. Si les enjeux économiques sont en effet très importants, les analyses retenues, sur un plan fondamental, ne le sont pas moins car c'est alors la conception du contrat que l'on se fait qui est placée en exergue.

Ainsi, M M. Fabre-Magnan traitait de cette question, pour approuver elle aussi la solution jurisprudentielle, à partir de l'analyse parfois tentée de l'objet de l'obligation du promettant comme une obligation de donner. Elle montrait ainsi que l'obligation de donner est une obligation impossible, plus qu'inutile, surtout pour expliquer le mécanisme du transfert de propriété, et elle cherchait à démontrer que le transfert de propriété en tant qu'effet du contrat se suffit à lui-même. Elle réfutait alors l'alternative entre obligation de donner susceptible d'exécution forcée et obligation de faire qui ne le serait pas, telle que la jurisprudence la présente en matière de promesses de vente, qu'elles soient unilatérales ou synallagmatiques (13).

A l'inverse, M. P. Ancel a, dans un célèbre article intitulé Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, placé le débat autour de la distinction opposant la conception fondée sur l'autonomie de la volonté, disons la conception individualiste, et la conception normativiste. La conception classique, telle du moins que la présente M. Ancel, envisage le contrat - et la promesse de vente - comme un outil simplement producteur d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Il constate que bien des effets d'un contrat ne sont pas des obligations : des options, des renoncements, des paiements, des facultés, des libertés, des délais, des effets de toute nature, constitutifs, extinctifs, abdicatifs, translatifs... La force obligatoire du contrat ne se confond donc pas avec le contenu obligationnel du contrat : ce serait réducteur, faux et inefficace. Jusque-là, tout le monde est d'accord. On peut l'être moins lorsqu'il rattache ce constat à la doctrine normativiste, disons pour résumer kelsénienne, qui ferait du contrat l'une des normes de sa fameuse pyramide : le contrat ne produirait ses effets que dans la mesure de ce que la loi autorise. Cette association n'est nullement nécessaire : le contrat est certes un acte normateur au sens où le décrit P. Ancel mais sans que l'on doive le rattacher impérativement à la pyramide des normes. Le mot « norme » contractuelle est-il identique au terme « norme » tel qu'on l'envisage en matière de théorie ou de philosophie du droit ? C'est autant une question de théorie du droit et de conception des sources du droit (14) qu'un problème de philosophie analytique qu'il ne nous appartient pas de résoudre ici mais, plus techniquement, on pourrait par exemple objecter que les contrats internationaux et bien des contrats d'affaires n'ont pas nécessairement besoin d'une permission légale pour être obligatoires et se satisfont de la loi du marché. On observera encore, quoique rapidement, que la démonstration présente une certaine radicalité en ce sens que la sanction de la force obligatoire du contrat conduit presque nécessairement à l'exécution en nature du contrat. On peut au contraire dissocier les deux propositions. La force obligatoire du contrat et son exécution, éventuellement forcée d'une part, la question des moyens de parvenir à cette exécution, exécution en nature ou exécution par équivalent. Nous y reviendrons car ces détours théoriques ne sont guère éloignés de la question qui nous occupe ici. D'autres distinctions fondamentales pourraient encore être appelées en renfort de l'analyse des promesses de contracter : celle qui oppose les tenants d'une conception subjective du contrat contre les tenants d'une conception plus objective. On rencontre cette distinction notamment à l'examen des mécanismes de circulation du contrat mais aussi dans les promesses avec le problème des clauses de substitution. Où la conception subjective renâcle à admettre la cession d'un contrat, la conception objective l'admet bien plus aisément : le contrat est autant un bien qu'un lien, le contrat avant les contractants. On peut encore inviter la distinction qui oppose les tenants d'une conception morale ou sociale du contrat où l'on reconnaît l'approche solidariste du contenu du contrat contre les tenants d'une conception plus utilitariste du contrat. Toutes ces approches du contrat, que l'on ne va bien entendu ni inventorier ni analyser ni discuter ici, éclairent plus ou moins les arguments qui sont présentés dans le débat de l'efficacité de la promesse de contracter.

5. Dès lors, il paraît indispensable de reprendre l'ensemble de l'analyse doctrinale et jurisprudentielle sur le thème de la promesse de contracter. Pour ce faire, un rapide tour d'horizon permettra en premier un regard, technique, sur le constat de l'efficacité de la rétractation afin de déterminer de quelle façon la jurisprudence traite de cette question ; il impliquera en second une interrogation sur la justification de l'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, laquelle offrira l'occasion d'annoncer les raisons de la solution jurisprudentielle.

LE CONSTAT DE L'EFFICACITE DE LA RETRACTATION DE LA PROMESSE DE CONTRACTER

6. Rétracter ? Rétractation ? Voilà des termes bien curieux, que M. G. Cornu dans son Vocabulaire juridique (15) prend soin d'explicitier, consacrant ce faisant sa juridicité : « manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir ». Le terme n'est d'ailleurs pas réservé au contrat de promesse. Le droit de la consommation et son code fournissent de délais et de facultés de rétractation, celle de l'article L. 121-16 en matière de contrats conclus à distance, de l'article L. 121-25 en matière de démarchage à domicile, ou encore de l'article L. 311-15 en matière de crédit à la consommation. Signalons enfin et surtout, par un singulier paradoxe, la faculté de rétraction de l'acheteur non professionnel immobilier de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000. Il s'agit cependant moins de formules contractuelles de « rétractation » que des sortes de clauses légales de dédit à titre gratuit dans lesquelles la réflexion d'un contractant est aménagée *a posteriori*, pour lui permettre de revenir sur un

engagement pris peut-être à la légère ou en raison de l'utilisation de techniques commerciales incitatives et agressives.

La « rétractation » de la promesse est sans doute un terme moins fort que celui envisagé par M. Cornu dans la mesure où le but de la rétractation n'est pas « de la priver de tout effet passé ou à venir ». Le terme emprunte également à la signification usuelle du terme : « le fait de déjuger ce qui a été fait, dit ou écrit » affirme le Littré. Dans tous les cas, le terme « rétractation » est affecté d'un certain préjugé négatif qui n'est vraisemblablement pas sans influence sur la conception que l'on peut se faire du contenu de la promesse et de son régime. Rétracter une affirmation consiste à déclarer que l'on a plus l'opinion que l'on avait exprimée, c'est-à-dire démentir ; se rétracter consiste à reconnaître formellement la fausseté de ce qu'on a affirmé. Le terme « rétractation » est donc assez négatif, il renvoie également au terme « retraite » et l'on parle de la retraite honteuse d'une armée, voire de sa débâcle, même si certaines sont admirables.

Face à ces constats bien négatifs, nous préférons un terme plus contractuel, moins marqué, plus neutre. Disons d'emblée avant de le démontrer que la formule - évidemment moins imagée, moins directe - de « résiliation unilatérale du contrat de promesse par le promettant » nous paraît bien préférable et plus conforme à la réalité contractuelle, dans laquelle la rétractation de la promesse consiste pour le promettant soit, directement, à retirer sa promesse, un peu comme le pollicitant retire, rétracte, son offre soit, indirectement, par exemple par la vente de la chose par le promettant. Ces constats permettront de mesurer, d'une façon générale, le degré d'efficacité de la promesse de contracter.

Les formes directes de rétractation de la promesse

7. La première forme de rétractation de sa promesse par le promettant est la rétractation proprement dite de la promesse de contracter : le promettant indique au bénéficiaire qu'il n'entend plus être lié par celle-ci avant que le bénéficiaire ait levé l'option et, partant, privant ce dernier de la possibilité d'opter, malgré les termes et l'objet du contrat de promesse. Il s'agit en corollaire de savoir si l'exécution forcée de l'engagement du promettant est possible dans l'hypothèse où le promettant rétracte sa promesse, et de quelle façon doit s'entendre cette exécution forcée.

L'analyse doctrinale classique privilégie l'observation suivante de l'engagement du promettant. Celui-ci a engagé son consentement au contrat promis de façon irrévocable en concluant la promesse de contracter en sorte que, à la différence de la simple offre de contracter, le promettant ne pourrait rétracter sa promesse ou tout au moins, cette rétractation serait inefficace : « le contrat d'option rend l'offre irrévocable » (16). De sorte que la seule sanction sérieuse du promettant serait d'ignorer sa rétractation. C'est donc une exécution en nature de la promesse qui est choisie. L'analyse classique fait par conséquent de la promesse de contracter un contrat très proche du contrat promis. A bien des égards d'ailleurs, le contrat promis apparaît comme à moitié conclu, s'agissant du promettant tout au moins. Le bénéficiaire pourrait toujours lever l'option, dans les conditions qui étaient initialement fixées, et faire constater la formation de la vente pour demander, ainsi, l'exécution forcée en nature de la promesse.

8. Pourtant, contre l'avis de la majorité de la doctrine, la Cour de cassation s'est prononcée dans l'important arrêt (17) du 15 décembre 1993 en défaveur de toute exécution forcée du promettant (18). Rappelons brièvement les faits : M Godard avait consenti une promesse de vente portant sur un immeuble aux consorts Cruz, accordant à ces derniers une option courant jusqu'au 1 septembre 1987. Mais, le 26 mai 1987, la promettante notifiait aux bénéficiaires sa décision de ne plus vendre. Les bénéficiaires particulièrement têtus levaient tout de même l'option le 10 juin 1987 de sorte que l'appréciation de l'efficacité de la rétractation était particulièrement opportune. Pour la Cour de cassation, la rétractation par le promettant avant l'échéance de la levée d'option est pleinement efficace et le bénéficiaire de la promesse simplement créancier d'une obligation de faire ne peut obtenir l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire le maintien forcé du consentement du promettant : « les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et ... la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer ».

9. Malgré les contestations unanimes et nombreuses, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence. Un arrêt du 26 juin 1996 (19) a été l'occasion pour la « doctrine de la Cour de cassation » de manifester à nouveau son attachement à cette solution. Or, cet arrêt du 26 juin 1996 était une bonne occasion pour la Cour de revenir sur l'arrêt de 1993. Elle a délibérément choisi de ne pas le faire. Le conseiller rapporteur D. Prunier invitait ses collègues à « réaffirmer la doctrine de notre précédent arrêt en retenant ... que la recherche (de savoir si le promettant avait rétracté sa promesse alors que le bénéficiaire avait levé l'option) n'était pas demandée, ce qui sous-entend que si elle l'avait été, elle aurait été efficiente, montrant ainsi que seule la levée de l'option est de nature à justifier que le promettant, tenu alors d'une obligation de donner, soit obligé de s'exécuter et qu'à défaut sa volonté soit suppléée par une décision judiciaire » (20), éclairant - peu - une solution ambiguë dont l'interprétation fut divergente (21) mais finalement considérée comme une solution de confirmation de l'arrêt de 1993.

Ce premier constat est donc bien établi : la rétractation, directe, de la promesse par le promettant avant la levée de l'option est efficace.

Les formes indirectes de rétractation de la promesse de contracter

10. Une forme voisine de rétractation repose sur l'hypothèse de la vente de la chose

objet de la promesse par le promettant à un tiers. Il ne s'agit pas seulement d'une hypothèse particulière dérivant de la première car, à la précédente difficulté, s'ajoute la question de savoir si le bénéficiaire pourrait demander l'annulation de la vente consentie par le promettant au tiers au mépris de son droit issu de la promesse.

Or, le bénéficiaire ne dispose que d'un droit personnel contre le promettant et non d'un droit réel sur le bien objet de la promesse, même lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente, de sorte que si le principe de l'effet relatif du contrat de promesse impose que le tiers doive respecter son contenu, le bénéficiaire bafoué ne disposera de guère de moyens pour défendre son droit (22). L'exposé de ces solutions montre d'ailleurs que la solution proposée par la Cour de cassation dans son arrêt de 1993 n'est pas isolée, au contraire.

11. Contre le promettant, les moyens d'action du bénéficiaire sont limités à des actions en responsabilité contractuelle et ne sont guère plus efficaces contre le tiers acquéreur, d'autant moins que le tiers sera de bonne foi (23). Tout au plus pourra-t-il utiliser, en cas de mauvaise foi du tiers, les moyens offerts par les règles de la responsabilité ou de l'action paulienne de l'article 1167 du code civil. Si le tiers connaissait l'existence de la promesse, il a commis une faute en acquérant ce bien qui pourrait justifier que le juge prononce l'inopposabilité de l'acquisition à l'égard du bénéficiaire de la promesse (24) plutôt que de choisir un mode de réparation par l'allocation de dommages et intérêts destinés à compenser le préjudice subi par le bénéficiaire (25).

12. Plus difficile est la question de savoir si le bénéficiaire déçu peut obtenir l'annulation de la vente conclue entre le promettant et le tiers. L'annulation du contrat conclu avec le tiers au mépris des droits du bénéficiaire ne peut s'autoriser d'une violation de l'adage *nemo plus juris...*, ni, en particulier, de l'article 1599 du code civil relatif à la vente de la chose d'autrui dans la mesure où la promesse unilatérale de vente ne crée pas de droit réel au profit du bénéficiaire et que seul l'acheteur est titulaire de l'action en nullité, relative, de l'article 1599 du code civil.

On considère généralement que le juge pourrait, en cas de fraude manifeste, prononcer éventuellement la nullité du contrat. Une telle fraude ne serait cependant pas la fraude paulienne de l'article 1167 dans la mesure où celle-ci ne connaît pour sanction que l'inopposabilité de l'acte (26). L'annulation pourrait être poursuivie sur le fondement plus général de la règle *fraus omnia corrumpit* au cas où le bénéficiaire serait en mesure de prouver la collusion frauduleuse du promettant et du tiers. Il ne s'agit là, en tout état de cause, que d'une possibilité pour le juge qui choisit le mode de réparation qu'il estime le plus opportun (27). Par ailleurs, le droit du bénéficiaire n'est pas renforcé par la publication de la promesse à la conservation des hypothèques. Les tiers n'est pas de ce fait censé la connaître puisque aux termes des règles de la publicité foncière, il ne s'agit que d'une inscription facultative, mais on pourrait admettre que la publication participe de la démonstration probatoire destinée à renverser la présomption de bonne foi du tiers.

Toutes ces solutions de rattrapage sont bien illusoire. Il paraît assez évident que les solutions résultant des arrêts de 1993 et 1996 sur des rétractations « directes » emportent des conséquences voisines dans des hypothèses de rétractations « indirectes ». La sanction par la substitution du bénéficiaire au tiers, dont le succès était déjà bien douteux auparavant, devient une perspective très lointaine : il suffirait au promettant de rétracter sa promesse puis de vendre au tiers. Le problème est toujours le même : le promettant ne souhaite plus contracter avec le bénéficiaire, peut-on l'y contraindre ?

13. Les difficultés rencontrées par le bénéficiaire d'une promesse ressemblent alors à celles qui auraient été les siennes s'il avait été bénéficiaire d'un pacte de préférence face à un promettant qui n'aurait pas respecté le droit de préférence du bénéficiaire. Or, force est d'observer que les sanctions du promettant, dans un pacte de préférence, sont loin d'être parfaitement efficaces. Ainsi, pour un pacte de préférence portant sur des actions de sociétés, l'existence d'un tel pacte de préférence n'entrave pas la cessibilité des actions, dans la mesure où le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit de disposer de ces actions (28). La vente du bien objet du pacte de préférence au mépris du pacte de préférence est donc valable.

Dès lors, la sanction de la violation d'un pacte de préférence consiste simplement en l'allocation de dommages et intérêts au créancier de préférence (29). Le bénéficiaire ne peut donc réclamer l'exécution forcée du contrat en vertu du principe de son effet relatif selon lequel si, bien entendu, le pacte de préférence est opposable au tiers, et réciproquement, le tiers ne saurait se voir lié par les effets obligatoires du contrat (30). Les tribunaux peuvent, seulement, en cas de mauvaise foi du tiers, annuler le contrat conclu avec ce tiers s'il est établi que celui-ci a eu « connaissance non seulement de l'existence de la clause de préférence, mais encore de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » (31). Ainsi, la Cour de cassation censurait récemment l'arrêt d'appel qui avait annulé une vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire à faire usage de son droit » (32). Mais on cherche en vain une décision définitive faisant application de cette règle.

En toute hypothèse, le bénéficiaire du pacte ne saurait être substitué au tiers acheteur, et ce malgré un arrêt du 7 mars 1989 (33), dont on a pu penser qu'il admettait implicitement la possibilité de la substitution lorsque était démontrée l'existence d'une fraude commise lors de la violation du pacte de préférence, conséquence directe de la solution désormais établie selon laquelle le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit (du promettant) de disposer (de l'objet du pacte) en sorte que le promettant n'était pas obligé de conclure mais simplement de préférer comme l'affirmait l'arrêt du 30 avril 1997 (34). Seules la résolution judiciaire et l'allocation de dommages et intérêts peuvent donc être

espérées par le bénéficiaire déçu, contre le promettant si le tiers est de bonne foi, contre le promettant et contre le tiers, *in solidum*, si le tiers est de mauvaise foi (35).

14. Le constat est donc à nouveau des plus clairs : la rétractation de sa promesse par le promettant est efficace en ce sens que le bénéficiaire ne peut pas obtenir l'exécution forcée de la promesse, il ne pourra obtenir davantage que des dommages et intérêts. Cette efficacité est clairement affirmée par la Cour de cassation et elle s'inscrit logiquement dans sa jurisprudence sur le non-respect de ce type d'outils contractuels de l'avant-contrat. Encore convient-il de le justifier.

LA JUSTIFICATION DE L'EFFICACITE DE LA RETRACTATION DE LA PROMESSE DE CONTRACTER

15. La justification de cette efficacité est le coeur du problème posé, une fois constaté le régime de la promesse et donc que la rétractation n'est pas sanctionnée par le maintien forcé du consentement par la jurisprudence.

L'alternative doctrinale aux solutions prétoriennes contestées serait la possibilité d'obtenir, devant une juridiction, la conclusion forcée du contrat promis, son exécution en nature. La perspective existe d'ailleurs : la rétractation de la promesse par le promettant après que le bénéficiaire a opté serait inefficace, le contrat promis étant alors formé. Le bénéficiaire peut obtenir le constat judiciaire de la conclusion de la vente. Mieux, elle permet d'obtenir un titre authentique, par exemple lorsque le vendeur refuse de réitérer la vente en sa forme authentique. La jurisprudence se fonde alors sur l'existence d'une obligation de donner qui permet, elle, l'exécution forcée de l'obligation et du contrat. Surtout envisagée à propos des promesses synallagmatiques de vente (36), elle est pleinement applicable aux promesses unilatérales après que le bénéficiaire a levé l'option.

Il reste donc, à lire la doctrine, à s'efforcer de la solution retenue, ce qui laisse cependant la place à des arguments permettant de la justifier. Nous présenterons ces arguments *pro* et *contra* successivement, plutôt qu'en les entremêlant afin de faire la part de la valeur de chacun de ceux-ci.

Contre la solution jurisprudentielle : il faut imposer la conclusion du contrat promis

16. Les arguments contre la solution sont les plus nombreux et les plus développés en doctrine. Ils se fondent sur la nature de la promesse de vente ou bien sur son contenu mais ils s'accompagnent d'autres qui relèvent de la morale contractuelle.

Arguments tenant à la nature de la promesse de contracter

17. Quel est l'objet d'une promesse de contracter ? C'est l'une des questions centrales. Pour l'essentiel de la doctrine qui critique les solutions jurisprudentielles, la plus importante donc, voire la quasi-unanimité, le promettant a déjà donné son consentement au contrat préparé. C'est la conception classique de la promesse de vente que l'on retrouve, depuis l'article de Boyer sur les promesses synallagmatiques de vente paru en 1949 (37), chez la grande majorité des auteurs d'ouvrages de droit des obligations ou de droit des contrats spéciaux : « Le promettant s'étant d'ores et déjà engagé à vendre à des conditions précises, la réalisation de l'opération ne dépendra plus que de la seule volonté du bénéficiaire » (38). L'affirmation est parfois plus directe. Mes collègues et amis Antonmattéi et Raynard écrivent ainsi que « dans les relations entre les parties, l'engagement du promettant (son acte de volonté à la vente) est irrévocable pendant la durée de validité de la promesse ; il s'ensuit que la rétractation de celui-ci, intervenue à cette époque est normalement inopérante : si le bénéficiaire a déjà levé l'option avant, le contrat est conclu ; si le bénéficiaire n'a pas levé l'option avant la rétractation, il doit toujours pouvoir le faire pendant la durée d'efficacité de la promesse » (39). De même, M J. Schmidt présente la promesse comme le contrat ayant « pour objet de mettre à la charge du promettant l'obligation de maintenir l'offre de contrat définitif pendant le délai d'option » (40), de sorte que « il n'est pas exact d'affirmer que le promettant s'engage à conclure le contrat définitif » (41). On se prend à espérer une présentation alternative. Mais elle poursuit : « il a exprimé ce consentement de manière irrévocable dans la promesse si bien que la formation de contrat définitif dépend uniquement de la levée de l'option par le bénéficiaire. L'obligation du promettant consiste à maintenir son consentement à la disposition du bénéficiaire pendant la durée de l'option et, corrélativement, à s'abstenir de tout comportement qui compromettrait la réalisation du contrat définitif ».

Il résulte donc de la conception que la doctrine ultramajoritaire se fait de la promesse de vente que celle-ci est une sorte de contrat hybride : pour le bénéficiaire elle est un véritable contrat préparatoire à la vente en ce sens que la conclusion du contrat définitif n'est pas certaine, tandis que pour le promettant, elle serait déjà la vente. Le maître mot est alors l'irrévocabilité de l'engagement de la promesse par le promettant parce que l'objet de la promesse serait le maintien du consentement. Il nous semble cependant que cela procède essentiellement de l'autosuggestion doctrinale : dans la plupart des cas, les auteurs envisagent en premier la définition de la promesse de vente et donc leur espoir contractuel, avant d'envisager ensuite les solutions jurisprudentielles, pour les regretter, fatalement, puisqu'elles ne concordent pas avec les propos premiers. Or, la promesse de vente n'est pas un contrat spécial répondant à un étalon contractuel qui serait figé dans le marbre de la loi, codifiée ou non. Elle est une création de la pratique dont la doctrine tente de rendre compte. Si l'on observe, à l'inverse, la position jurisprudentielle, on observera que si la promesse comporte une obligation de contracter, celle-ci ne peut pas se solder par le forçage du consentement au contrat promis, fût-ce moralement regrettable.

Arguments tenant au contenu de la promesse de contracter

18. Une deuxième série d'arguments, très voisins des premiers, repose sur le contenu de la promesse et donc sur son exécution. A partir du constat que la promesse engage le promettant comme vendeur, son engagement de vendeur serait irrévocable sur le fondement de l'article 1134, alinéa 1 de sorte que la solution de la Cour « fragilise le droit du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente » (42), si l'on s'en tient à l'opinion doctrinale majoritaire.

Certains auteurs ont cependant fait valoir que cette façon de raisonner - la rétractation n'est pas l'exécution d'une obligation ou du contrat mais une question de révocation d'une obligation - a été contestée par une partie de la doctrine (43) qui considère que la solution, pour contredire efficacement la jurisprudence, pourrait être radicale : il convient en effet d'observer que la rétractation est inefficace en ce sens qu'elle est une violation de l'article 1134 lui-même, et point de l'article 1142 du code civil. Mais il suffit d'observer que cette présentation est un rien artificielle : en quoi la violation de l'engagement de promesse est-il la violation d'un engagement légal et non d'une obligation ? Ne suffirait-il pas au promettant de résilier le contrat de promesse, plutôt que de la rétracter, pour que le résultat soit identique ? C'est alors assimiler révocation de l'engagement et résiliation de celui-ci (44), délibérément.

Il reste alors à découvrir le contenu de la promesse, de sorte qu'il permette de parvenir à ce résultat. L'obligation du promettant pourrait donc être une obligation ou pas, si l'on suit P. Ancel ou R.-N. Schütz notamment, reprenant en cela les analyses de L. Boyer (45) et de F. Collard-Dutilleul (46).

19. Si l'engagement du promettant se réalise dans une obligation, il s'agira vraisemblablement d'une obligation de faire. C'est la solution retenue par la Cour dans les arrêts de 1993 et 1996. La doctrine qui critique ces solutions retient généralement que cette obligation de faire est de peu de consistance. L'obligation de faire en question ne pourrait qu'être l'obligation à la charge du promettant de maintenir son offre. Pour la doctrine, cette analyse présente cependant un grave inconvénient. Il en résulte en effet que la promesse de vente ne fige pas le consentement du promettant : il n'a pas donné son consentement à la vente. C'est alors toute l'économie de la promesse unilatérale - dans la logique prônée par les tenants de cette conception - qui est bouleversée par cette décision (47).

A moins que l'on admette, pour réaliser et vérifier cette économie du contrat de promesse, que cette obligation de faire soit, au contraire des solutions de 1993 et 1996, susceptible d'exécution forcée, entendons d'exécution forcée en nature. Sans entrer dans les détails de l'application de l'article 1142 du code civil, on sait que le principe selon lequel les obligations de faire se résolvent en dommages et intérêts est appliqué avec une certaine souplesse, en gros selon que l'implication de la personne est ou non envisagée. C'est alors toute la satisfaction du principe de liberté contractuelle qui est en cause.

Les critiques des solutions de 1993 et 1996 considèrent le plus souvent qu'une telle exécution forcée est possible car l'enjeu est la force obligatoire du contrat et non la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Soit, mais alors, ce n'est plus le principe de l'article 1142, qui n'évoque que l'exécution des obligations, qui serait invoqué. Il paraît en toute hypothèse difficile d'imposer l'exécution forcée en nature de l'obligation de maintenir son offre ou d'une obligation de contracter. La force obligatoire de la promesse de contracter se heurte en effet au principe de la liberté contractuelle. Autant l'obligation de payer ou l'obligation de livrer peuvent faire l'objet d'une « exécution forcée » par le créancier par le biais d'une saisie - ce qui signifie, au passage, que ce n'est pas d'exécution forcée du débiteur dont il s'agit mais simplement de satisfaction contrainte du créancier - autant le maintien de l'offre, pour autant qu'il s'agisse d'une obligation, est impossible à forcer. Elle implique la personne dans ce qu'elle a de plus intime, la volonté, et elle implique une « chose » des plus incorporelles, la volonté encore. Même si « l'exécution forcée des obligations contractuelles de faire » (48) est promue chaque fois qu'elle est possible, et donc que « l'exécution en nature n'est plus une exception, c'est certain » (49), cela ne permet pas de franchir les limites du principe de la liberté contractuelle. Or la promesse de contracter s'inscrit dans le temps de l'avant-contrat, de la négociation. Rien n'est encore figé pour la conclusion du contrat définitif même si la formule contractuelle de la promesse est une formule plus contraignante que les outils traditionnels de la négociation tel le contrat de négociation.

20. Une partie de la doctrine estime cependant que l'obligation pourrait être une obligation de ne pas faire (50), une obligation de ne pas obérer la réalisation de cette première obligation et, notamment, de ne pas offrir la conclusion du contrat objet de la promesse à un tiers voire plus largement de « ne rien faire qui viendrait faire obstacle à la vente si le bénéficiaire lève l'option » (51). A moins qu'il s'agisse d'une obligation particulière, *sui generis* en quelque sorte, « d'une obligation spécifique non protégée par le législateur » (52).

Sans doute également et à l'inverse de ce dont le pourvoi faisait état dans l'arrêt de 1993 par exemple, le promettant n'est pas tenu d'une obligation de donner (53). Une telle obligation de donner ne naît, en effet, qu'à la levée de l'option, formant la vente ou dans une promesse synallagmatique de vente. Par ailleurs, une telle obligation de donner ne vaudrait que pour les promesses de vente alors même que le propos peut - doit - être généralisé à l'ensemble des promesses de contrat, contrat translatif de propriété ou non. La jurisprudence évoque d'ailleurs l'existence d'une obligation de donner mais uniquement en face d'une promesse synallagmatique de vente, ou d'une promesse unilatérale de vente ayant fait l'objet d'une option, alors que le vendeur ou l'acheteur (54) refuse de réitérer l'acte en sa forme authentique. L'obligation de

donner est alors propre à la vente, ici conclue, point à la promesse et est une technique permettant d'imposer la force obligatoire de la vente, pas de la promesse.

21. L'alternative consiste à déborder l'obligation et son éventuelle exécution forcée en considérant que ce n'est pas une obligation qui est en question mais le contrat. M R.-N. Schütz (55) l'exprime par exemple à travers un raisonnement en deux étapes. En premier, le principe en cause est celui de la force obligatoire du contrat (de promesse) et non la liberté de contracter ou de ne pas contracter (la vente). Elle considère en second et de façon induite que la « promesse de vendre contient plus qu'une simple obligation de maintenir une offre : elle contient un engagement immédiat et définitif de vendre. Cet engagement contractuel est, conformément, à l'article 1134, alinéa 2, irrévocable ; il n'y a donc pas de problème d'inexécution ».

La proposition formulée par P. Ancel est plus sophistiquée. Il considère que les promesses unilatérales de vente contiennent des obligations de faire ou de ne pas faire mais ne se réduisent pas à des obligations. Dans la logique de sa présentation normativiste du contrat, il considère que le promettant ne s'est pas engagé à contracter, à passer le contrat définitif, « cette présentation paraît difficilement conciliable avec la notion même de contrat : peut-on, à titre principal, s'obliger à consentir ? » (56) mais qu'il a d'ores et déjà donné son consentement à la vente, au contrat préparé « lequel n'a plus besoin que de l'acceptation de l'autre pour se former ». L'exécution de la promesse concerne donc l'exécution du contrat de promesse et celle d'une obligation quelconque qu'elle contient. L'exécution forcée de la promesse exprime donc l'engagement du promettant, en ce qu'il est irrévocable : « le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur mais ... il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat ».

Arguments de morale contractuelle

22. Un dernier argument, et point le moindre, pour condamner la position de la Cour de cassation : il viendrait de contraindre le promettant malgré sa rétractation parce qu'ainsi on ferait triompher le respect de la parole donnée et donc la morale contractuelle. La consécration de l'efficacité de la rétractation serait en effet une prime à la fraude et à la mauvaise foi du promettant (57). Ce faisant la sécurité juridique attendue de la promesse serait bafouée. C'est un argument curieux où l'on retrouve une confusion volontaire entre exécution forcée et exécution en nature : à ce compte, toutes les inexécutions contractuelles devraient se solder par une exécution forcée en nature de l'engagement du débiteur récalcitrant. Or on en est loin. Qu'est-ce qui justifierait l'originalité de la promesse unilatérale de vente et des obligations qu'elle contient pour mériter une sanction si importante ? Leur objet peut-être, le fait qu'elles portent souvent sur un immeuble, chose rare, chère et convoitée. L'affirmation repose surtout sur la définition préalablement proclamée de la promesse unilatérale de contracter comme figeant le consentement du promettant. Or, c'est cette définition, purement doctrinale, qui est remise en question par la Cour de cassation et qui permet de proposer une analyse alternative de la promesse et par là de justifier la position de la Cour de cassation : non, l'exécution forcée de la promesse n'est ni possible, ni souhaitable.

Pour la solution jurisprudentielle : l'exécution forcée de la promesse n'est ni possible ni souhaitable

Arguments particuliers aux promesses de contracter

23. Considérons, en premier lieu, que les arrêts de 1993 et 1996 ne sont pas un revirement de jurisprudence comme on l'écrit souvent. La doctrine a très souvent tendance, dans ce débat, à confondre la façon dont elle décrit habituellement les promesses de vendre et la jurisprudence qui l'accompagne (58). On observe par exemple que jamais la jurisprudence n'a formulé de solution contraire à sa position résultant de l'arrêt de 1993 par le passé, ce que reconnaît très honnêtement par exemple M R.-N. Schütz (59) observant que la jurisprudence actuelle remonte à ... 1839 : « malgré les affirmations doctrinales classiques, auxquelles la solution de la troisième chambre civile s'oppose nettement, l'arrêt du 15 décembre 1993 ne constitue pas un revirement de jurisprudence. Bien que la doctrine classique ait présenté l'inefficacité de la rétractation comme un principe acquis, aucune décision n'avait formulé cette solution lorsque la rétractation intervient avant la durée de l'option ». Pothier évoquait d'ailleurs ce problème dans son Traité de la vente en 1768 comme non réglé (60). Bien au contraire, la jurisprudence a toujours admis l'efficacité de la rétractation de la promesse de vente, et même au-delà des seules promesses unilatérales de vente d'immeuble (61).

24. On peut surtout proposer une analyse différente de la promesse unilatérale de contracter. On peut alors se fonder sur la promesse de vente qui est évidemment au cœur du débat. La définition traditionnelle considère que le consentement du promettant à la vente promise est d'ores et déjà donné, à la différence du bénéficiaire, que l'engagement du promettant est irrévocable. Cette solution est critiquable pour au moins deux raisons.

25. En premier, cette solution qui vise à permettre l'exécution forcée de la promesse aboutit à *objectiver, désincarner et rigidifier* la volonté du promettant. Il faudrait en effet admettre le raisonnement suivant : le promettant a déjà, par la promesse, donné son consentement à la vente en sorte que la levée de l'option par le bénéficiaire, même postérieure à la rétractation, formera la vente. Le promettant ne peut donc rétracter efficacement son consentement et le bénéficiaire peut, dans le délai, lever l'option, malgré la rétractation, inopérante, du promettant, assurant ainsi moins l'exécution forcée en nature de la promesse par le maintien forcé du consentement du promettant que celle de la vente elle-même (62). Le tout en faisant semblant de croire que cela ne heurte pas l'article 1142 du code civil dans la mesure où ce maintien

n'entraverait pas la liberté individuelle ou ne porterait pas atteinte à l'intégrité corporelle du promettant.

Or, on peut proposer une analyse différente du contenu de la promesse : le vendeur émet un consentement à la promesse dont l'objet est de maintenir son offre de vendre. Distinguons bien, donc, le consentement à la promesse et le consentement à la vente, alors que l'analyse classique parvient à une confusion : le consentement à la promesse serait en même temps le consentement à la vente, mais ce uniquement pour le promettant.

26. L'analyse classique assimilant le consentement à la promesse et le consentement à la vente opère une curieuse confusion des consentements qui provient peut-être de la polysémie de la notion de consentement. Celle-ci est, pour résumer, ou bien l'accord, la rencontre des volontés, ou bien la manifestation de volonté elle-même (63). Que l'on retienne l'une ou l'autre signification, on ne peut faire l'économie de l'analyse concrète de la promesse de contracter. Retenons, pour faire simple dans la suite de nos développements, que le terme « consentement » vise l'accords des volontés et que le terme « volonté » signifie la manifestation de volonté de l'un des contractants (64). L'analyse majoritaire de la promesse de vente considère que la volonté de s'engager du promettant traduit d'une part le consentement à la promesse et d'autre part la volonté de s'engager à la vente. Le consentement à la vente, qui est le contrat lointain, le contrat préparé, sera réalisé par l'échange des volontés du vendeur et de l'acheteur, ce dernier le fournissant par l'option. Figer la volonté du vendeur, par le truchement du contrat de promesse, est donc assez étonnant dans la mesure où elle traduit une sorte de « demi-consentement au contrat préparé ». Or il nous semble que c'était précisément cette analyse que la Cour de cassation cherchait à contrecarrer en 1993 en affirmant que la rétractation « excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer ». C'est donc bien que ces *volontés de vendre* n'avaient pu se rencontrer, que le consentement à la vente était impossible, ce qui semble nier le fait que le promettant ait déjà donné son consentement à la vente. En pratique d'ailleurs, dans bien des cas, l'objet ou le prix sont peu déterminés, des conditions suspensives indiquent que le consentement, des deux partenaires, est encore loin d'être acquis. Il est donc particulièrement réducteur d'affirmer que la promesse unilatérale de vente est en attente de l'option du bénéficiaire laquelle formera la vente. Dans bien des cas, l'option ne formera pas définitivement la vente.

Peut-être cette confusion est-elle entretenue par les résumés sémantiques auxquels on procède généralement en matière de promesse unilatérale de contracter. En premier, la promesse de vente serait un avant-contrat, une sorte de « moindre contrat », de contrat dépendant du contrat préparé. Or, tout au contraire, le contrat de promesse participe certes à l'avant-contrat, mais est un contrat. Un contrat ordinaire et autonome des autres contrats et notamment du contrat préparé. Les consentements nécessaires à la formation de ces deux contrats sont donc bien séparés. En second, l'analyse est souvent proposée au soutien de l'efficacité de promesses unilatérales de vente : la rétractation serait impossible puisque le vendeur à presque déjà vendu et le transfert de propriété est pratiquement déjà réalisé. Or, outre le fait que cette automaticité et cette irrévocabilité peuvent être critiquées, le raisonnement doit être élargi à toutes les promesses de contracter et point seulement aux promesses de contrats translatifs de propriété. L'argument du transfert de propriété qui serait déjà réalisé par l'acceptation du bénéficiaire n'a alors plus d'intérêt.

Tel que nous l'envisageons, le contrat de promesse contient donc la promesse de contracter, encadrant la volonté de vendre. Il n'est pas illogique alors, que de même que le bénéficiaire peut ne pas opter parce qu'il n'est finalement pas intéressé, le promettant puisse rétracter sa promesse parce qu'il a trouvé meilleur acheteur, mais en tirant les conséquences de la violation de sa promesse.

On pourra alors proposer la description suivante de la promesse de contracter : *la promesse de contracter est un contrat préparatoire qui s'efforce de parvenir à la conclusion d'un contrat promis et pour ce faire, contient une obligation à la charge du promettant de contracter, c'est-à-dire de maintenir son offre pendant un certain temps, et au bénéficiaire de lever l'option. L'effet obligatoire de la promesse de contracter est donc simplement inscrit dans la perspective du contrat promis.*

27. La seconde critique présentée contre la conception classique repose elle-même sur une critique : les solutions rendues par la Cour de cassation auraient le défaut, dirimant, de rapprocher dangereusement le régime des promesses unilatérales de vente de celui de l'offre voire de subir un régime inférieur à celui de l'offre puisque l'offrant peut rétracter son offre mais pas avant l'écoulement d'une certaine durée (65).

Quand bien même cela serait, ce qui n'est pas le cas, la belle affaire ! Ce n'est pas parce que la doctrine a toujours considéré, de façon différente des solutions jurisprudentielles, la promesse de vente d'une certaine manière et espéré une efficacité finalement mythique que la jurisprudence devrait s'exécuter. La promesse unilatérale de vente n'est pas un outil magique pour le bénéficiaire qui lui permettrait d'évacuer tous les aléas économiques de la négociation d'un contrat. La promesse unilatérale de vente ne contient pas davantage une obligation de garantie pour le bénéficiaire. Comme tous les contrats préparatoires elle permet de maximiser la sécurité juridique des deux candidats contractants, mais elle ne saurait faire l'économie de la liberté contractuelle. Les contrats préparatoires ne sont pas des techniques évitant d'éliminer ce principe : tout au contraire, ils l'utilisent mais sans pouvoir évidemment le contourner.

Il est donc naturel que la promesse soit rapprochée de l'offre, en ce sens que les deux institutions s'inscrivent dans le temps de l'avant-contrat. L'utilité des promesses

unilatérales de contrat ne disparaît pas même si un aménagement de leur contenu s'impose pour pallier ces solutions. Ainsi, si l'on considère que la grande majorité des promesses unilatérales de vente ne fait pas l'objet d'une rétractation, on insistera sur la large supériorité de la promesse sur l'offre.

Le contrat de promesse permet en effet d'aménager les conditions de cette préparation : clause de loi applicable, conditions suspensives... Par ailleurs, le régime défavorable au bénéficiaire peut être amélioré par le contrat (66). Il peut s'agir d'une simple clause pénale. Il s'agirait alors d'aménager et de forfaitiser la dette de responsabilité contractuelle du promettant. La formule présente cependant l'inconvénient de pouvoir subir l'affront de la révision sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2 du code civil. Perspective non négligeable : il convient en effet de mesurer le préjudice du bénéficiaire. Or celui-ci est souvent faible, voire inexistant. Le bénéficiaire a perdu une chance de conclure un contrat. On conçoit par exemple que ce préjudice puisse présenter quelque consistance lorsque l'objet de la promesse était la cession de titres, on l'imagine plus difficilement lorsqu'il s'agissait d'acquérir un immeuble banal.

Il peut s'agir plus subtilement d'une clause de dédit à titre onéreux. Puisque le promettant peut se rétracter, autant aménager les conditions et les effets de celle-ci. Par exemple une clause contenant un dédit d'un même montant que l'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire pourrait remplir ce rôle. La solution est d'autant plus heureuse que le promettant, qui tenterait d'obtenir réduction de ce montant en cherchant à requalifier ce dédit en clause pénale se heurterait à la jurisprudence tenant en échec ce type de tentative (67).

Il faudrait également mesurer la portée d'une clause qui alourdirait l'obligation du promettant et qui figerait le consentement du vendeur, du type de la suivante : « le promettant s'engage d'ores et déjà à vendre de sorte qu'il s'interdit de procéder à toute rétractation de sa promesse » : s'agirait-il d'une formule validant la proposition doctrinale de la promesse de contracter et contredisant l'arrêt du 15 décembre 1993 ? Il faudrait sans doute alors procéder à une analyse fine de la clause pour savoir si elle demeure une promesse ordinaire.

Enfin, la rétractation de la sa promesse par le promettant est efficace, mais n'est pas sans conséquence : elle est en principe fautive, de sorte qu'elle impose un coût pour le promettant, selon les règles générales du droit des contrats.

Arguments généraux de droit des contrats

28. Une deuxième série d'arguments, qui sont peut-être d'ailleurs les premiers, repose sur la considération que le contrat de promesse unilatérale de vente, aussi original, au sens de spécial, soit-il, reste un banal contrat.

Or, quelle que soit la considération des contrats, l'irrévocabilité des contrats prônée par l'article 1134, alinéa 2 du code civil n'est évidemment pas absolue et ce, qu'on l'envisage du côté de l'article 1134 du code civil, c'est-à-dire de l'existence de l'engagement, ou de celui de l'article 1142, c'est-à-dire, de son exécution, pour reprendre la présentation choisie par certains auteurs (68). Bien au contraire, l'irrévocabilité des contrats est un principe qui justifie simplement l'allocation d'une indemnité au contractant victime d'une inexécution - on confond alors irrévocabilité et force obligatoire - ou d'une rupture inopinée. Ce serait d'ailleurs bien le seul contrat à souffrir d'une telle irrévocabilité. On cherche alors à disjoindre irrévocabilité du contrat : le contractant ne peut revenir sur son engagement, et résiliation du contrat : le contractant peut, unilatéralement, mettre fin à un contrat. Certes, la promesse unilatérale de vente est un contrat à durée déterminée, le plus souvent. La résiliation d'un tel contrat à durée déterminée est, affirme l'article 1134, alinéa 2, impossible. Seul le consentement des parties peut défaire ce que le consentement a réalisé. La formule est toute de principe : la résiliation d'un contrat à durée déterminée est évidemment possible et efficace. Soit que la loi l'ait admis comme en matière de vente (art. 1654 et s. c. civ.), de prêt à usage (art. 1889 c. civ.), de bail d'habitation (L. 6 juill. 1989, art. 12), de dépôt (art. 1944 c. civ.), de mandat (art. 2007 c. civ.), voire d'une façon plus générale (cf. art. L. 442-6, I, 5° c. com.). Soit que l'on tire les leçons de la reconnaissance par la jurisprudence du *droit de brusque rupture* qu'elle a récemment reconnu à l'image de solutions connues en droit des contrats internationaux (69). Soit encore que, au-delà de ces mécanismes validant la résiliation ou la résolution unilatérale d'un contrat à durée déterminée, l'une des parties décide malgré tout d'y mettre fin. Une chose est alors d'admettre l'efficacité de la résiliation d'un contrat à durée déterminée, autre chose est d'admettre l'innocuité de cette résiliation : la résiliation d'un contrat à durée déterminée est efficace mais fautive et donc coûteuse en principe pour son auteur. Certains auteurs considèrent cependant qu'il serait souhaitable que le juge accorde non seulement des dommages et intérêts mais encore parvienne à maintenir le contrat abusivement rompu (70). Cela nous paraît absolument impossible.

Qu'on ne s'y trompe pas : il ne s'agit pas de fouler du pied le principe de la force obligatoire du contrat et de ce faire le chantre du mépris contractuel, tout au contraire. La sanction de tels comportements doit, en toute circonstance, être vigoureuse, tant pour punir que pour prévenir de tels agissements. De même que l'irruption de la bonne foi ou de la proportionnalité dans les contrats permet de corriger le contrat, de l'adapter de façon à respecter l'utilité économique d'un contrat, sans pour autant nier le principe de la force obligatoire du contrat. Mais comme il ne paraît pas possible de forcer le consentement d'un contractant au début de l'engagement, il n'est guère envisageable d'y parvenir au cours du contrat ou à sa fin. Le traitement juridique doit donc être autre : la force obligatoire du contrat est sanctionnée par l'exécution forcée mais celle-ci doit être déconnectée de la qualité de

cette exécution, des moyens utilisés. L'exécution forcée ne se résume donc pas à son exécution en nature (71). Et ce n'est pas renier la force obligatoire que de procéder ainsi. Simplement, la force obligatoire du contrat étant affirmée, elle permet de repérer le degré d'inexécution du contrat ou des obligations qu'il contient. Ne pas admettre l'existence d'un engagement, l'intensité de tels effets ou obligations serait assurément méconnaître la force obligatoire du contrat. Ce dont il n'est jamais question ici. Autre chose est la sanction de cette inexécution, qui relève davantage de l'ordre processuel que de l'ordre contractuel d'ailleurs, sauf à introduire des clauses particulières. On constate alors que l'exécution en nature du contrat de promesse aboutirait à imposer la conclusion du contrat promis. Elle aboutit en même temps, et en outre, à l'exécution forcée du contrat promis. C'est l'opportunité de la réponse à ce problème qui est en cause. Nous pensons que l'allocation de dommages et intérêts satisfait en général le créancier, et le créancier de promesse en particulier. Dès lors, les choses se présentent différemment. Ou bien le contrat lui-même connaît des techniques de gestion de l'inexécution, ou de la rétractation : clause pénale, clause dédit ou toute autre formule, ou bien, les règles de la responsabilité contractuelle doivent prendre le relais. Observons que la grande majorité des contentieux en matière de résiliation des contrats d'affaires se présente ainsi : la jurisprudence comme la doctrine dissertent à loisir sur les causes et les effets d'une telle rupture mais sans remettre en cause le fait de la rupture, même d'un contrat à durée déterminée.

Par conséquent comme l'employeur peut mettre fin à tout moment à un contrat de travail à durée déterminée, mais en payant les indemnités y afférant, le promettant peut résilier le contrat de promesse : la rétractation de la promesse par le promettant n'est rien d'autre qu'une résiliation des plus ordinaires. D'où le changement de formulation proposée : parlons de résiliation d'une promesse de contracter plus que de la rétractation de celle-ci par le promettant. D'autant que depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation, l'acquéreur non professionnel dispose d'une faculté de « rétractation » qui n'a pas grand chose à voir avec le problème ici étudié.

Arguments d'économie contractuelle

29. Le dernier argument en faveur des solutions de la Cour de cassation repose sur une analyse économique du contrat de promesse dont nous voudrions très simplement esquisser quelques traits.

Le droit des contrats est assis sur un double fondement, libéral et utilitariste, d'une part, et moral, *via* le recours à la bonne foi de l'autre. Or, les analyses traditionnelles s'appuient essentiellement sur ce second fondement. L'analyse économique du droit - qui ne doit évidemment pas se substituer aux autres analyses mais s'y ajouter - montre que le droit des contrats se prête parfaitement à la théorie des jeux ou de l'agence par exemple. Il s'ensuit que l'exécution ou l'inexécution d'un contrat dépend de bien des facteurs économiques : les coûts de transaction, la symétrie ou l'asymétrie de l'information mais aussi l'intérêt de poursuivre ou non l'exécution d'un contrat alors que les circonstances ont évolué depuis sa conclusion. La question de la rétractation de la promesse s'inscrit dans la « théorie de l'inexécution efficace » d'un contrat (*Efficient breach of contract*) (72). A partir du moment où les intérêts économiques d'une partie l'invitent à choisir une autre solution que celle prônée par le sens littéral du contrat, nul ne saurait le maintenir dans les liens contractuels. Force majeure, droit de brusque rupture, adaptation du contrat, imprévision, etc., nombreux sont les traitements de cette situation, ignorés pourtant dans le cas des promesses de contracter. Et pourtant, si le promettant rétracte sa promesse, c'est sans doute qu'il a trouvé mieux ailleurs, soit pour garder la chose, parce que la rareté de celle-ci ou les circonstances du marché l'incitent à la conserver, soit pour la vendre plus cher à un tiers, dont on doit d'ailleurs présumer la bonne foi. Economiquement, il est évidemment profitable de favoriser cette solution : le promettant est satisfait, le tiers est satisfait, et le bénéficiaire ne pourra guère ne pas l'être puisqu'il ne perd pas d'argent et peut même obtenir des dommages et intérêts. Ce qui suppose alors que le promettant se rétracte pour autant que le tiers lui propose un gain au moins supérieur au montant des dommages et intérêts qu'il pourrait devoir au bénéficiaire. Il est assez raisonnable de penser que cette sanction satisfait le créancier de promesse, à moins de proposer une démonstration destinée à convaincre le juge que l'exécution en nature est préférable au cas particulier : l'objet de la promesse était tel immeuble qui peut être considéré comme unique pour telle raison de sorte que sa non-acquisition occasionne un préjudice, matériel ou moral, ou les titres de telles sociétés pour lesquelles l'exécution par équivalent ne serait pas efficace. Le mythe de l'exécution forcée et de l'exécution en nature des contrats en prend un coup, au bénéfice de la réparation par équivalent, mais sans bien évidemment qu'un extrême chasse l'autre. Il apparaît alors que le mécanisme permettant d'éviter la rétractation réside dans le montant de l'allocation de dommages et intérêts.

30. La doctrine majoritaire se défie des solutions jurisprudentielles en matière de promesse de contracter. Sans doute cela provient-il d'une confiance exacerbée dans l'efficacité de cet outil contractuel de préparation du contrat promis. Il n'est pas douteux que l'affirmation selon laquelle la rétractation de la promesse de contracter par le promettant est immorale est exacte si l'on tient la promesse de contracter comme figeant le consentement du promettant. On peut alors envisager les choses de toute autre manière. La promesse de contracter est en premier un contrat de l'avant-contrat, un contrat qui s'inscrit dans un processus de négociation d'un autre contrat. La promesse de contracter est en second un contrat ayant pour objet une obligation de contracter - ou de maintenir une offre, peu importe. L'effet obligatoire de cette promesse ne peut donc pas se confondre avec celui du contrat promis. Sinon, il eut fallu conclure le contrat définitif, assorti de conditions par exemple. Le contrat de promesse est enfin le plus souvent un contrat à durée déterminée que le promettant

ne peut résilier unilatéralement, sauf faute ou péril imminent, sans en subir les conséquences indemnitaires. La rétractation de la promesse n'est donc rien d'autre que la résiliation unilatérale de ce contrat préparatoire, dont l'exécution forcée est impossible : elle aboutirait à forcer le consentement de l'un des contractants, à aboutir à la conclusion du contrat promis, malgré le défaut affirmé d'y procéder par l'un des contractants. L'accent doit donc être mis sur les moyens juridiques permettant de renforcer l'efficacité contractuelle du mécanisme choisi, ou bien par l'insertion de clauses adéquates ou bien par le traitement judiciaire rigoureux de cette résiliation intempestive.

(1) Cette étude est la poursuite d'une conférence prononcée à l'invitation de l'École doctorale Droit et Société de la faculté de droit de Montpellier, dirigée par le Professeur J.-P. Tosi.

(2) Note sous Civ. 1, 3, 15 déc. 1993, JCP 1995.II.22366.

(3) R.-N. Schütz, Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, Petites affiches, 23 avr. 1997.18.

(4) Civ. 3, 15 déc. 1993, D. 1994.507, note F. Bénac-Schmidt, *Somm.*230, obs. O. Tournafond ; 1995.*Somm.*88, obs. L. Aynès ; JCP 1995.éd.N.J.31, note D. Mazeaud ; Defrénois, 1994, art. 35845, note Ph. Delebecque ; RTD civ. 1994.588, obs. J. Mestre. *Adde*, A. Terrasson de Fougères, Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option, JCP 1995.éd.N.1.194 ; F. Collard-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre, Dr. et patrimoine, déc. 1995.58 ; D. Stapylton-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? AJPI 1996.568 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois, 1999, art. 37021, p. 833.

(5) Déjà évoqué in Contrats spéciaux, Dalloz, 3 éd. 2002, n° 64 ; L'avant-contrat (avec J.-M. Mousseron et M. Guibal), Ed. F. Lefebvre, 2001, n° 556 et s. V. aussi D. Stapylton-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? article préc. ; M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996.85, spéc. n° 17 ; F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91.

(6) F. Bénac-Schmidt, Le contrat de promesse unilatérale de vente, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, t. 77, 1983 ; V. aussi M. Bruschi, Les promesses unilatérales de contrat, Lamy, *Droit des contrats*, sous la dir. de B. Fages, n° 125 et s. ; I. Najjar, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967 ; J. Schmidt-Szalewski, Vente, Promesse unilatérale de vente, J.-Cl. Civil, art. 1589, fasc. 80 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois, 1999.833.

(7) Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Cujas, 2000, p. 83 : « la promesse unilatérale de vente est l'archétype des promesses de vente, archétypes des promesses de contrat, elles mêmes archétypes des avant-contrats ».

(8) J. Schmidt, Promesse unilatérale de vente, J.-Cl. Civil, art. 1589, fasc. 20, p. 2.

(9) J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant-contrat, *op. cit.* note (4). On peut alors distinguer les contrats emportant une obligation de négocier, les contrats emportant une obligation de préférer et les contrats emportant une obligation de contracter, catégorie dans laquelle s'installent les promesses de contracter.

(10) Cf. F. Collard-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre, Dr. et patrimoine, déc. 1995.58, spéc. p. 60.

(11) Alors même que cette même pratique notariale semble désormais les craindre en raison des dispositions de la loi SRU de décembre 2000 et notamment du nouvel article 1589-1 du code civil. La menace de nullité de tout « engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier » qui emporterait remise d'une somme d'argent (l'indemnité d'immobilisation par exemple) paraît faire reculer la pratique des promesses unilatérales, alors même que le texte est bien ambiguë et qu'il vise certainement les engagements d'acquiescer, point les promesses de vente qui sont par ailleurs des contrats synallagmatiques de promesse unilatérale ou synallagmatique de vente (comp. J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant-contrat, *op. cit.* note (4) n° 554-1).

(12) F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, Les obligations, 8 éd. Dalloz, 2002, n° 191.

(13) M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, article préc.

(14) V. par ex. Introduction générale au droit, Litec, coll. Objectif droit, 3 éd. 2003.

(15) G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Quadrige, p. 776.

(16) Cf. F. Bénac-Schmidt, *op. cit.* n° 21.

(17) D'ailleurs, le même jour était rendu un autre arrêt dans les mêmes termes : Civ. 3, 15 déc. 1993, *Bourachot c/ Naudet*, n° 1955, pourvoi n° 91-14.999.

(18) Civ. 3, 15 déc. 1993, préc.

(19) Civ. 3, 26 juin 1996, Defrénois, 1996, art. 36434, note D. Mazeaud, RJDA 1996.636 ; rapp. D. Pronier, Petites affiches, 30 mai 1997.27, note B. Bévière : « la cour d'appel (a) exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer ».

(20) Rapp. Pronier, RJDA 1996.636. Comp. I. Najjar, La rétractation d'une promesse de vente, D. 1997.Chron.119.

(21) Cf. par ex. I. Najjar, La « rétractation » d'une promesse unilatérale de vente, D. 1997.Chron.119, qui y voyait un revirement de la jurisprudence de 1993.

(22) V. Cependant, Paris, 30 juin 1995, inédit, cité par M. Bruschi, Les promesses de contracter, in Droit du contrat, Ed. Lamy, n° 125-55 ; Com. 7 déc. 1993, Bull. Joly, 1994.180, obs. Lambert, Rev. sociétés, 1994.72, obs. Y. Chartier, admettant l'exécution forcée d'une obligation de souscrire dans un délai déterminé à une augmentation de capital.

(23) Cf. Civ. 3, 22 févr. 1977, Bull. civ. III, n° 91, D. 1978. 165, note Ph. Malaurie, JCP 1979.II.19223, note M. Dagot, Defrénois, 1977, art. 31522, n° 91, note J.-L. Aubert, à propos de l'inopposabilité d'une promesse à un créancier hypothécaire ayant inscrit son titre ; Civ. 3, 20 févr. 1979, JCP 1980.II.19376, note M. Dagot.

(24) Cf. Civ. 3, 8 juill. 1975, Bull. civ. III, n° 249.

(25) Civ. 10 avr. 1948, JCP 1948.II.4403, note E. Becqué.

(26) Cf. Civ. 3, 10 nov. 1982, Bull. civ. III, n° 221 ; Civ. 1, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 53, RD imm. 1995.342, note V. Groslières et C. Saint-Alary-Houin. V. aussi Ch. Atias, La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi, JCP 1978.éd.N.I.291.

(27) V. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2003, n° 113, citant Civ. 1, 12 juin 1954, JCP 1954.II.8225.

(28) Com 26 avr. 1994, Bull. civ. IV, n° 157 ; Petites affiches, 12 févr. 1996, n° 19, p. 9, note J. Casey et J. Lejeune.

(29) Civ. 3, 30 avr. 1997, D. 1997.475, note D. Mazeaud et chron. C. Atias. V. aussi D. Mazeaud, La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence, Gaz. Pal. 3 févr. 1994.D.210.

(30) Cf. Civ. 3, 24 mars 1999, RJDA 1999, n° 536 : la bonne foi du tiers fait obstacle à l'élargissement de l'action en dommages et intérêts - légitime contre le promettant - à ce tiers.

(31) Civ. 3, 26 oct. 1982, Bull. civ. III, n° 208 ; D. 1983.IR. 32 ; Gaz. Pal. 1983.2.661, note ES. de la Mamierre.

(32) Cf. Civ. 3, 10 févr. 1999, RJDA 1999, n° 392 et V. Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1998.Chron.203.

(33) Com. 7 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 79 ; D. 1989.231, concl. M. Jéol, note Y. Reinhard.

(34) Cf. Civ. 30 avr. 1997, préc.

(35) Civ. 3, 10 févr. 1999, préc. : l'arrêt censure l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire de faire usage de son droit ». Sans vouloir réaliser de prédictions mal venues, il semble cependant que si la Cour de cassation accepte de fixer des critères permettant de déterminer dans quelles conditions l'annulation du contrat conclu avec le tiers est possible, elle assure un contrôle très strict de l'application de ces conditions, de sorte qu'aucune décision, à notre connaissance ne l'a encore définitivement retenu.

(36) Cf. Civ. 3, 20 déc. 1994, JCP 1995.éd.G.II.22491, note Ch. Larroumet, 1996.éd.N.J.501, note D. Mainguy ; Ass. plén. 3 juin 1994, Bull. Ass. plén. n° 4 ; Civ. 3, 5 janv. 1983, D. 1983.617, note P. Jourdain, JCP 1984.II. 20312, note H. Thuillier. Mais V. Civ. 3, 22 mars 1968, D. 1968.412, note H. Mazeaud, JCP 1968.II.15587, note A. Planqueel, RTD civ. 1968.564, obs. J.-D. Bredin ; Civ. 3, 2 avr. 1979, JCP 1981.II.19697, note M. Dagot. Dans ces deux derniers arrêts, la Cour de cassation avait au contraire retenu une obligation de faire, entravant l'efficacité des promesses synallagmatiques. Aujourd'hui et singulièrement depuis l'arrêt du 20 décembre 1994, la Cour de cassation distingue selon que le mécanisme contractuel, souvent une *clause de réitération de la vente en sa forme authentique*, s'exprime comme une condition de la formation du contrat, auquel cas la vente n'est pas formée et est donc insusceptible d'exécution forcée, ou comme une modalité d'exécution de la vente, celle-ci étant alors formée et donc susceptible d'exécution forcée.

(37) L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats, RTD civ. 1949.1 : D. Mazeaud rappelait l'un des passages essentiels : « on ne saurait dire ... que le titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier ».

(38) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 8 éd. 2002, n° 191.

(39) P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, Contrats spéciaux, Litec, 3 éd. 2002, n° 58. V. aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2003, n° 111 ; A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, 4 éd. 2001, n° 85 : sous l'intitulé « décalage des consentements » : il affirme que « Ce qui caractérise essentiellement les promesses unilatérales est un décalage dans le temps des consentements à la vente dans les conditions fixées et il ne peut ensuite révoquer ce consentement, pendant toute la durée de vie de la promesse... », D. Mazeaud, note sous Civ. 3 15 déc. 1993, préc. spéc. n° 8 : « Dès la conclusion du contrat de promesse,

le promettant à d'ores et déjà donné son consentement à la vente, consentement définitif et irrévocable. La formation de la vente promise ne dépend plus alors que d'une condition : la levée de l'option. Condition nécessaire et suffisante ; la conclusion de la vente est, en raison de la promesse, indépendante de toute manifestation de volonté future du promettant. Elle est exclusivement subordonnée à l'expression du consentement du bénéficiaire », C. Paulin, Promesse et préférence, in La négociation du contrat, RTD com. 1998.511 et spéc. p. 515 et s. Mais V. beaucoup plus nuancés : B. Gross et Ph. Birh, Contrats, ventes civiles et commerciales, bail d'habitation, bail commercial, 2 éd. PUF, 2002, n° 75.

(40) J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, 1982, n° 504.

(41) J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.* n° 519.

(42) R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. n° 9.

(43) Cf. F. Collard-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordres, article préc. Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, *op. cit.* n° 231 et s. ; Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, in Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Dr. et patrimoine, n° 60, mai 1998.78 ; B. de Bertier-Lestrade, Le conflit d'actes juridiques en droit privé, PUAM 2003, spéc. n° 845 et s.

(44) *Contra* : Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, article préc.

(45) « On ne saurait dire ... que le titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier ».

(46) Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey, 1988 et spéc. n° 231 : « le maintien de la promesse concerne l'exécution du contrat : c'est le propre de tout contrat que d'être exécuté et ce serait pur artifice que de prendre pour objet d'une obligation de faire cette exécution que l'article 1134 suffit à justifier ».

(47) V. not. R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. spéc. n° 10.

(48) W. Jeandidier, RTD civ. 1976.700.

(49) Cf. I. Cornesse, L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, RRJ 2003-4, spéc. n° 63.

(50) V. not. A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, n° 93 ; F. Collard-Dutilleul, *op. cit.* n° 227 ; A. Terasson de Fougères, Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse de vente, JCP 1995.éd.N.I, p. 194. La Cour de cassation a cependant clairement rejeté cette solution, s'agissant des pactes de préférence, dans un arrêt du 10 juillet 2002, Civ. 3, 10 juill. 2002, JCP 2002.éd.G.pan.1396 : « L'article 1143 du code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur ».

(51) A. Bénabent, *op. et loc. cit.*

(52) F. Bénac-Schmidt, note sous Civ. 3, 15 déc. 1993, préc.

(53) M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, article préc. V. *Contra* : P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ. 1988.673, qui y voit une obligation de donner.

(54) Cf. par ex. Civ. 3, 12 févr. 2003, inédit où l'action échouait d'ailleurs car les demandeurs formulaient une action en paiement du prix et point en constatation de la vente.

(55) R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. n° 10-11.

(56) P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, article préc. n° 21.

(57) Cf. D. Mazeaud, note sous Civ. 3, 15 déc. 1993, préc. ; O. Tournafond, obs. sur Civ. 3, 15 déc. 1993, préc.

(58) V. *supra*, n° 17.

(59) R.-N. Schütz, Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, article préc. V. not. Amiens, 24 août 1839, S. 1843.2.403.

(60) Pothier, Traité du contrat de vente, 1768, t. 2, p. 5, n° 479.

(61) Cf. Paris, 5 déc. 1991, Bull. Joly, 1992.305, obs. F. Bénac-Schmidt, à propos d'une promesse unilatérale de cession d'actions. Sur l'apport en société d'une chose objet d'une promesse de vente : Paris, 15 déc. 1995, Bull. Joly, 1996.305, n° 103, note P. Le Cannu. Plus généralement sur les promesses de société : Req. 19 févr. 1907, D. 1910.1.517 ; Paris, 27 juin 1949, D. 1949.537 ; Civ. 5 mars 1951, JCP 1951.II.6496, note Laurent ; Com. 28 avr. 1987, Rev. sociétés, 1988.59.

(62) Cf. not. P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, *op. cit. supra* n° 17.

(63) Par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, *op. cit.* n° 91.

(64) Et V. M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD civ. 1995.573.

(65) Par ex. B. Bévère, note sous Civ. 3, 26 juin 1996, Petites affiches, 30 mai 1997.26.

(66) R.-N. Schütz, Comment sauver la promesse de vente, article préc. ; D. Mazeaud, note sous Civ. 1, 15 déc. 1993, préc.

(67) Cf. Civ. 3, 9 janv. 1991, D. 1991.481, note G. Paisant ; Civ. 1, 17 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 337, D. 1994.Somm. 233, obs. G. Paisant ; Com. 2 avr. 1996, D. 1996.Somm. 329, obs. D. Mazeaud ; Com. 14 oct. 1997, Petites affiches, 8 mai 1998.15, note D.-R. Martin.

(68) Cf. *supra*, n° 18.

(69) Civ. 1, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, D. 1999.198, note C. Jamin, Somm.115, obs. Ph. Delebecque, JCP 1999.II.10133, note Rzepczki, Defrénois, 1999.374, obs. D. Mazeaud ; Civ. 1, 20 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 40, D. 2001.1568, note C. Jamin, Somm.3239, obs. D. Mazeaud, Defrénois, 2001.705, obs. E. Savaux.

(70) D. Mazeaud, obs. préc. D. 2001.Somm.3240 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, *op. cit.* n° 661.

(71) F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91, spéc. p. 107 et s.

(72) Cf. R. Posner, Economic Analysis of Law, Little Brown and Co, 1986, p. 12 ; B. Rudden et P. Juillard, La théorie de la violation efficace, RID comp. 1986.1015. V. pour une remarquable étude plus générale : F. Bellivier et R. Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, article préc. spéc. p. 108 et s.

Vincent Cadoret, De la sanction du pacte de préférence dans la jurisprudence du fond, RJR 2008, n° 11

1. Ce n'est plus une nouveauté. Le revirement – tant attendu ⁽⁴⁷⁾ – de jurisprudence sur l'inexécution du pacte de préférence est intervenu suite à un arrêt rendu par une chambre mixte le 26 mai 2006 ⁽⁴⁸⁾. Plus encore, ce revirement est devenu pleinement effectif suite à un arrêt en date du 14 février 2007 ⁽⁴⁹⁾ par lequel, pour la première fois, la Cour de cassation validait une hypothèse dans laquelle la substitution avait été ordonnée. Les commentaires ont fleuri, accueillant la solution favorablement dans une large majorité ⁽⁵⁰⁾, parfois avec le regret de la voir soumise à des conditions probatoires considérées comme trop strictes ⁽⁵¹⁾. Toutefois, le regard était largement approbateur, sauf sous une plume ⁽⁵²⁾ qui avait déjà fait entendre une voix dissonante sur la question de la rétractation des promesses unilatérales de ventes ⁽⁵³⁾, contradiction fondée principalement sur une conception différente de la nature du pacte de préférence et des promesses unilatérales de contracter.

2. La préférence est une notion d'essence relative et qui est indéfinissable dans l'absolu. La préférence n'a de sens que par rapport à ce qu'elle ne recouvre pas. Si je préfère les étudiants du lundi, mais que dans le même temps je préfère les étudiants du mardi, ma déclaration n'a aucun sens. Préférer tout le monde équivaut par conséquent à ne préférer personne. Un premier temps de préférence peut s'envisager au stade de la négociation. Le promettant s'engage à prévenir le bénéficiaire dès lors qu'il aura l'intention de vendre, sans pour autant s'engager à conclure la vente avec lui. Il s'agit bien d'une forme de préférence dans la mesure où le bénéficiaire sera privilégié par rapport à tous ceux qui n'auront pas connaissance de cette intention. Le bénéficiaire disposera donc d'une priorité de négociation. Cependant, le pacte ainsi conclu correspond mal au pacte de préférence tel que classiquement entendu, et recouvre davantage la problématique moins inconnue des obligations d'information, le promettant ne s'engageant à rien d'autre qu'une délivrance d'information. La présente étude ne recouvrera donc pas l'hypothèse d'une préférence dans la négociation et se consacrera au deuxième temps de préférence, la préférence dans la conclusion du contrat, c'est-à-dire lorsque le bénéficiaire disposera d'une priorité par rapport à tous ceux qui, informés de l'intention de vendre, souhaitent se porter acquéreurs.

3. Le pacte de préférence s'analysera alors comme un contrat générant une obligation de ne pas faire : celle de ne pas conclure de vente avec un tiers sans l'avoir au préalable proposé au bénéficiaire du pacte. Tout autre forme d'obligation est exclue, dès lors qu'au stade de la conclusion du pacte de préférence, la vente est purement hypothétique. C'est ainsi notamment que si le débiteur du pacte ne décide jamais de vendre, le pacte ne pourra pas être considéré comme inexécuté. C'est la

⁴⁷ Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1998, chr. p. 203

⁴⁸ Cass. mixte, 26 mai 2006, Buull. Mixte, n° 4

⁴⁹ Cass. com., 14 février 2007, n° 0521.814, publié au Bull.

⁵⁰ J. Mestre et B. Fages, Un arrêt de chambre mixte admet la substitution forcée, RTD civ. 2006, p. 550 ; L. Leveneur, La violation du pacte de préférence peut être sanctionnée par la substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi, JCP G 2006, II, 10142 ; Y. Dagorne-Labbé, Note sous Cass. mixte, 26 mai 2006, Gaz. Pal. 26 juillet 2006, p. 12

⁵¹ P.-Y. Gauthier, Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victorieux à la Pyrrhus, beaucoup probatio diabolica, D. 2006, p. 1861

⁵² D. Mainguy, Réflexions a contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence, D. 2007, p. 1698

⁵³ D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD civ. 2004, p. 1

caractéristique première du pacte de préférence. Il ne suffit pas au bénéficiaire de décider d'acheter pour que la vente soit formée. Contrairement aux promesses de vente, le pacte de préférence n'emporte donc pas consentement du vendeur à la vente, et ne saurait ainsi générer aucune obligation de donner. De la même manière, il ne peut générer aucune obligation de faire, puisque même en ne faisant rien, le débiteur du pacte de préférence respecte malgré tout son engagement. Seul un acte positif consistant dans la vente à un tiers au pacte pourra être considéré comme la violation de l'engagement.

4. Bien que la solution soit plus ancienne⁽⁶⁴⁾, la question de la sanction du pacte de préférence prenait un tout autre tournant à compter du 15 décembre 1993 et de l'arrêt de la Cour de cassation rendu en matière de promesse unilatérale de vente, et qui excluait l'exécution forcée de la vente dès lors que la rétractation du promettant était antérieure à la levée d'option par le bénéficiaire⁽⁶⁵⁾. C'est en effet à compter de cette décision et de sa confirmation⁽⁶⁶⁾ qu'un courant doctrinal majoritaire s'est alarmé d'une atteinte à la force obligatoire des rapports contractuels antérieurs à la vente⁽⁶⁷⁾. L'analyse sera donc consacrée à quelques arrêts recensés sur ces quinze dernières années. A la lecture de ces décisions de fond, il apparaît clairement que la responsabilité civile constitue la sanction de principe (I), les nullités et substitutions revêtant un caractère exceptionnel (II). La hiérarchisation des sanctions ainsi opérée permettra alors d'étudier le pacte en lui-même et d'étudier sa raison d'être (III).

I- LA SANCTION DE PRINCIPE : LA RESPONSABILITE CIVILE

5. Très classiquement, la violation du pacte de préférence engage la responsabilité civile de son auteur. Le pacte de préférence est générateur d'une obligation de ne pas faire⁽⁶⁸⁾ et en aucun cas d'un droit réel⁽⁶⁹⁾, ce qui explique que, sauf stipulation contraire, le décès du propriétaire emportera transmission du bien sans la transmission du pacte⁽⁷⁰⁾. Les hypothèses dans lesquelles le pacte sera considéré comme ayant été inexécuté sont définies en principe par le pacte lui-même. Toutefois, un acte qui n'est pas visé par le pacte pourra être considéré comme la violation de celui-ci dès lors qu'il avait pour but d'y faire échec. Ainsi, conclure une donation au seul motif qu'une vente serait entrée dans le champ du droit de préférence sera considéré comme la violation du pacte, quand bien même celui-ci ne visait que les transmissions à titre onéreux⁽⁷¹⁾. Il s'agira d'une responsabilité contractuelle à l'égard de celui qui a consenti la préférence, et d'une responsabilité délictuelle à l'égard du tiers acquéreur et des autres tiers qui seront considérés comme complices de cette violation⁽⁷²⁾. Si le principe de responsabilité ne suscite aucune difficulté, la question de la détermination du préjudice peut bien souvent apparaître délicate. Puisque celui qui consent au pacte de préférence ne s'engage pas à vendre⁽⁷³⁾, ce préjudice ne peut pas résider dans le fait de ne pas avoir conclu l'acte visé par le pacte de préférence. Le préjudice réside en réalité dans la perte d'une chance de conclure cet acte⁽⁷⁴⁾. La question se pose alors de mesurer la chance qu'avait le bénéficiaire de conclure le contrat. Sur cette question, aucune décision ne vient donner d'indication en termes généraux. Tout au contraire, dans un arrêt en date du 14 septembre 2004, la Cour d'appel de Reims excluait une solution de portée générale⁽⁷⁵⁾. Il était argué que le bénéficiaire n'ayant pas réclamé l'exécution du pacte n'avait pas l'intention de conclure l'acte et qu'il n'avait perdu aucune chance de le conclure. La Cour écartait ce moyen au motif que la seule stipulation du pacte démontre l'intérêt du bénéficiaire à se porter acquéreur, de sorte qu'en dehors d'autres circonstances de nature à démontrer l'intention effective du bénéficiaire de ne pas conclure, il n'y a pas lieu de présumer la renonciation. Ces circonstances particulières seront constituées dès lors que le bénéficiaire n'a aucunement fait valoir son droit de préférence alors même qu'il avait une parfaite connaissance de la situation soit que le projet lui ait été notifié en exécution du pacte⁽⁷⁶⁾, soit que les

courriers échangés démontrent que le bénéficiaire n'ignorait rien de la situation⁽⁶⁷⁾. L'appréciation de la chance perdue par le bénéficiaire s'apprécie donc *in concreto* et non pas *in abstracto*.

6. Cette appréciation peut parfois constituer un point suffisamment complexe pour que les juges du fonds aient recours à l'expertise judiciaire⁽⁶⁸⁾. Le concept de perte de chance conduit à déterminer le préjudice en deux temps. Il s'agira en premier lieu de déterminer quelle aurait été la situation du bénéficiaire si il avait conclu l'acte visé au pacte. C'est ainsi que selon la nature du bien et l'intérêt du bénéficiaire à l'acquiescer, l'appréciation pourra varier. Par exemple, dans une hypothèse où au-delà de sa valeur, le bien vendu aurait permis le développement de l'entreprise du bénéficiaire, ce gain manqué sera prise en compte⁽⁶⁹⁾. De la même manière, lorsque le pacte est inséré dans un contrat de distribution, la perte sera appréciée au regard du réseau constitué par le bénéficiaire⁽⁷⁰⁾, à condition toutefois que celui démontre que ce contrat ait une influence sur la constitution du réseau, notamment en ce qu'il affecte sa représentativité⁽⁷¹⁾. Il s'agira en second lieu de déterminer la probabilité avec laquelle le bénéficiaire pouvait acquiescer le bien et de réduire proportionnellement le montant déterminé en amont. C'est ainsi notamment que si les capacités de financement de l'acquisition par le débiteur sont réduites, il sera considéré que la chance qu'il a perdue est faible⁽⁷²⁾.

7. A l'instar des autres contrats, le pacte de préférence obéit très classiquement aux mécanismes de responsabilité. Ce n'est que très exceptionnellement que la sanction sera d'une autre nature.

II- LES SANCTIONS EXCEPTIONNELLES : LA NULLITE ET LA SUBSTITUTION

8. *Fraus omnia corrumpit*. Cet adage latin permet la nullité de tous les actes accomplis frauduleusement. Le pacte de préférence n'échappe pas à cette règle, et l'acte accompli en fraude des droits du bénéficiaire sera susceptible d'être annulé. Cependant, la violation d'un pacte de préférence impliquant un tiers avec qui a été conclu l'acte litigieux, la sécurité juridique s'oppose à ce que la nullité soit prononcée en dehors de la participation du tiers acquéreur à cette fraude. C'est la raison pour laquelle la double condition de preuve caractérisant la collusion frauduleuse, à savoir la connaissance par le tiers de l'existence du pacte et la connaissance par ce même tiers de l'intention qu'avait le bénéficiaire de s'en prévaloir⁽⁷³⁾. Cette preuve est appréciée de façon très stricte par les juges du fonds qui exigent que le tiers ait sciemment agi en fraude des droits du bénéficiaire du pacte⁽⁷⁴⁾. Cette appréciation stricte conduit à son exclusion dans nombre d'hypothèses. C'est ainsi que dans un arrêt en date du 27 janvier 2004, la Cour d'appel d'Angers considérait que la fraude ne pouvait être caractérisée en présence de deux pactes de préférence concurrents⁽⁷⁵⁾. Le tiers acquéreur étant lui-même bénéficiaire d'un pacte de préférence, il n'a fait qu'exercer son propre droit sans avoir fraudé les droits du bénéficiaire évincé. La situation est tout autre lorsque c'est le même acte qui stipule deux bénéficiaires. Bien loin de légitimer la vente à l'un sans notification à l'autre, la stipulation des deux pactes dans un seul et même acte établit que l'acquéreur avait connaissance de l'existence du pacte consenti au bénéficiaire évincé, sans pour autant établir la connaissance que ce dernier avait l'intention de s'en prévaloir⁽⁷⁶⁾. Il va de même s'agissant de la publicité du pacte, autour de laquelle des décisions divergentes ont pu être rendues. Si un arrêt a pu considérer que la publicité du pacte suffisait à établir la collusion frauduleuse du tiers⁽⁷⁷⁾, la majorité l'exclut dans la mesure où si la publicité rend le pacte opposable aux tiers et implique leur connaissance de l'existence du pacte, cela n'établit pas pour autant la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁽⁷⁸⁾. De la même manière, le montage juridique de l'opération qui a seul pour but de faire échec au droit de préférence, notamment en concluant une donation alors que le pacte ne visait que les transmissions à titre onéreux, implique la connaissance par le tiers de l'existence du pacte mais est insuffisant à démontrer la connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁽⁷⁹⁾. Toute autre solution reviendrait à présumer la fraude et la mauvaise foi du tiers, ce qui est par nature exclu⁽⁸⁰⁾.

9. La question se pose alors de l'articulation des différentes sanctions. S'il n'existe aucun obstacle théorique au cumul des sanctions exceptionnelles avec la responsabilité, ce cumul est *de facto* impossible. Le préjudice subi par le bénéficiaire étant constitué par la perte de chance d'avoir conclu le contrat⁽⁸¹⁾, il retrouve cette

⁶⁴ Voir déjà Cass. civ. 3^{ème}, 26 octobre 1982, Bull. civ. III, n° 208.

⁶⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, Bull. civ. III, n° 174

⁶⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 26 juin 1996, Bull. civ. III, n° 165

⁶⁷ D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, JCP G 1995, II, n° 22366 ; J. Mestre, obs. sous Cass. civ. 15 décembre 1993, RTD civ. 1994, p. 588 ; R.-N. Schütz, *Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?*, LPA 23 avril 1997, p. 18.

⁶⁸ CA Caen, 18 décembre 1995, jurisdata n° 1995-053587 ; CA Angers, 27 janvier 2004, jurisdata n° 2004-246354

⁶⁹ CA Aix-en-Provence, 5 novembre 1992, jurisdata n° 1992-046257 ; CA Versailles, 18 décembre 1997, jurisdata n° 1997-048749 ; CA Nîmes, 8 mars 2001, jurisdata n° 2001-142094 ; CA Nîmes, 30 mai 2002, jurisdata n° 2002-182812 ; CA Angers, 27 janvier 2004, jurisdata n° 2004-246354

⁷⁰ CA Bordeaux, 25 mars 1993, jurisdata n° 1993-041625

⁷¹ CA Nîmes, 14 décembre 2004, jurisdata n° 2004-274532

⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, Bull. civ. I, n° 389 ; CA Aix-en-Provence, 30 avril 2007, jurisdata n° 2007-3339984.

⁷³ Cass. civ. 3^{ème}, 15 janvier 2003, Bull. civ. III, n° 9 ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 novembre 1998, n° 97-10.473 ; CA Limoges, 11 mars 1996, jurisdata n° 1996-043315 ; CA Douai, 29 septembre 2003, jurisdata n° 2003-226975 ; CA Montpellier, 28 février 2005, jurisdata n° 2005-305487

⁷⁴ CA Versailles, 7 février 1995, jurisdata n° 1995-040292 ; CA Nancy, 31 mai 1999, jurisdata n° 1999-044546 ; CA Reims, 14 septembre 2004, jurisdata n° 2004-256795 ; CA Aix-en-Provence, 10 mai 2006, jurisdata n° 2006-305895 ; CA Angers, 19 décembre 2006, jurisdata n° 2006-330903 ; CA Aix-en-Provence, 30 avril 2007, jurisdata n° 2007-3339984

⁷⁵ CA Reims, 14 septembre 2004, jurisdata, n° 2004-256795

⁷⁶ CA Nîmes, 30 mai 2002, jurisdata n° 2002-182812

⁶⁷ CA Aix-en-Provence, 28 novembre 2003, jurisdata n° 2003-231453

⁶⁸ CA Nancy, 6 juin 2005, jurisdata n° 2005-294123

⁶⁹ CA Versailles, 7 février 1995, jurisdata n° 1995-040292

⁷⁰ CA Aix-en-Provence, 30 avril 2007, jurisdata n° 2007-3339984.

⁷¹ CA Angers, 19 décembre 2006, jurisdata n° 2006-330903

⁷² CA Nancy, 31 mai 1999, jurisdata n° 1999-044546

⁷³ Cass. civ. 3^{ème}, 26 octobre 1982, Bull. civ. III, n° 208

⁷⁴ CA Lyon, 19 octobre 1995, jurisdata n° 1995-049451

⁷⁵ CA Angers, 27 janvier 2004, jurisdata n° 2004-246354

⁷⁶ CA Paris, 13 décembre 2000, jurisdata n° 2000-134353, confirmé par Cass. civ. 3^{ème}, 20 novembre 2002, n° 01-03.204

⁷⁷ CA Bordeaux, 30 mars 1993, jurisdata n° 1993-040797

⁷⁸ CA Lyon, 19 octobre 1995, jurisdata n° 1995-049451 ; CA Papeete, 13 février 2003, jurisdata n° 2003-224639, confirmé sur ce point par Cass. mixte, 26 mai 2006, Bull. mixte, n° 4 et Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, Bull. civ. I, n° 389

⁷⁹ CA Nîmes, 14 décembre 2004, jurisdata n° 2004-274532

⁸⁰ CA Paris, 21 février 2005, jurisdata n° 2005-265027

⁸¹ cf. supra n° 11 et s.

chance du seul fait de la nullité de l'acte conclu en violation du pacte. Cet acte étant annulé, il retrouve en effet sa position préférentielle ainsi que toutes les chances qu'il a de conclure l'acte. Plus encore, il réalisera cette chance dans l'hypothèse où la substitution serait ordonnée. La question du cumul de la nullité et de la substitution est davantage délicate. Celui-ci doit être largement admis dans l'hypothèse où le projet de vente au tiers a été notifié au bénéficiaire et celui-ci a manifesté l'intention d'acquiescer. Si le pacte de préférence ne s'analyse pas en une promesse unilatérale de vente⁽⁸²⁾, la notification faite au bénéficiaire constitue une offre de vente qui, dès son acceptation, rend la vente parfaite⁽⁸³⁾. La substitution apparaît alors non pas comme l'exécution forcée du pacte de préférence, mais comme l'exécution forcée de la vente. De la même manière, ce cumul sera possible si le pacte prévoit expressément la substitution. Cette stipulation, appelée également clause de « *postemption* », s'analysera en une promesse unilatérale de vente adjointe au pacte de préférence. Cette promesse unilatérale de vente est soumise à une condition, à savoir la violation du pacte de préférence. La substitution sera ordonnée si le bénéficiaire manifeste la volonté de se porter acquéreur avant la rétractation de la promesse par le promettant⁽⁸⁴⁾. La substitution ne sera donc pas considérée comme la sanction du pacte de préférence, ni même comme l'exécution de la promesse unilatérale de vente, mais comme l'exécution de la vente devenue parfaite entre les parties dès la levée de l'option par le bénéficiaire. Il en va différemment lorsque la substitution s'envisage comme la sanction du pacte, dès lors que le cumul de la nullité et de la substitution se heurte à des obstacles techniques majeurs⁽⁸⁵⁾. Dans l'espèce ayant donné lieu au revirement de 2006, la substitution réclamée avait été proposée par le tiers acquéreur un fois que ce dernier se soit rendu compte que la vente avait été conclue en violation du pacte⁽⁸⁶⁾. La substitution ne s'analyse alors pas comme le transfert du contrat sur la tête du bénéficiaire, mais comme une vente conclue entre le tiers acquéreur et le bénéficiaire évincé, de sorte que la nullité de la première vente rendrait le tiers acquéreur sans titre et serait ainsi la cause de la nullité de la seconde vente. S'agissant enfin des hypothèses dans lesquelles la substitution n'a été ni prévue à l'acte, ni proposée par le tiers acquéreur, le mystère reste entier de son éventuel cumul avec la nullité⁽⁸⁷⁾, de même que demeurent incertaines les questions de son fondement ou encore du consentement du vendeur à la vente.

III- HIERARCHIE DES SANCTIONS ET UTILITE DU PACTE DE PREFERENCE

10. Moins techniquement, la lecture d'ensemble des arrêts de fond invite à s'interroger sur l'utilité de la sanction, et par conséquent sur l'utilité du pacte de préférence en lui-même. Si la doctrine semble souhaiter un élargissement de la substitution qui tendrait à l'ériger en sanction principale du manquement au pacte de préférence⁽⁸⁸⁾, les Cours d'appel sont beaucoup plus mesurées, y compris lorsqu'elles décident de cette substitution. Accorder un droit systématique et inconditionné à la substitution au profit du bénéficiaire du pacte reviendrait à transformer la nature même de ses droits. De droits personnels sur le débiteur du pacte, le bénéficiaire tendrait à devenir titulaire d'un droit réel ou quasi-réel sur le bien lui-même. Lui accorder un droit inconditionné de substitution s'apparenterait en effet dans son principe au droit de suite dont bénéficient les créanciers gagistes et hypothécaires. C'est à cet égard que l'opportunité de la substitution nous semble la plus discutable, car admettre que le pacte de préférence soit générateur par principe d'un droit réel ou quasi réel réduirait considérablement l'opportunité de la conclusion du pacte. Affecté d'un droit réel ou quasi réel, le bien se trouverait amputé d'une partie de sa valeur, à l'instar d'un bien gagé ou hypothéqué. Economiquement, la théorie des jeux⁽⁸⁹⁾ permet de mesurer une perte de valeur sans aucun gain ni la contrebalançant. Soit P le propriétaire d'un bien. A, B et C sont trois acquéreurs potentiels pouvant investir respectivement 200, 250 et 300. La valeur de référence du bien, résultant du jeu de la concurrence des offres, est comprise entre 251 et 300, somme que C peut proposer sans être confronté à aucune surenchère. Si un pacte de préférence est conclu au profit de A et si tout manquement au pacte est sanctionné par une substitution, les autres acquéreurs potentiels diminueront leurs offres maximales proportionnellement à la probabilité d'être évincés. S'ils estiment cette probabilité à 10%, A, B et C seront prêts à investir respectivement 200, 225 et 270. La vente se fera alors au profit de C pour un prix compris entre 226 et 270. La valeur du bien aura diminué sans pour autant que substitution ne puisse être effective, faute de finance suffisante de la part du bénéficiaire du pacte. A l'inefficacité économique de la sanction s'ajouterait donc son coût en termes de valorisation du bien. Accorder la substitution sans soumettre celle-ci à des conditions restrictives réduirait ainsi considérablement l'intérêt de la conclusion d'un pacte de préférence, et détournerait donc les opérateurs de ce mécanisme contractuel.

11. A l'inverse, maintenir les dommages et intérêts comme sanction principale permettrait d'assurer l'efficacité optimale du pacte. D'une part, la probabilité d'être évincé disparaît de telle sorte que les offres maximales des acquéreurs potentiels ne diminueront pas du seul fait de l'existence du pacte. D'autre part, le jeu de la responsabilité pourra permettre de faire respecter le pacte ou de valoriser le bien pour peu que le montant des dommages et intérêts ou les finances du bénéficiaire du pacte soient suffisants. Prenons trois exemples. Si A est bénéficiaire du pacte sanctionné par 60 de dommages et intérêts, P refusera une offre de C pour 251. De ces 251, il doit déduire les 60 qu'il reversera à A. Ne conservant que 191, il est plus avantageux pour lui de vendre 200 à A. C devra offrir au moins 261 pour que la vente se fasse à son profit. Le bien s'en trouve donc valorisé. Si le pacte n'est sanctionné que par des dommages et intérêt de 10, mais si le bénéficiaire est B, P refusera là encore l'offre de C pour 251. C devra offrir au moins 261. Le bien sera à nouveau valorisé non plus en raison du montant des dommages et intérêts, mais en raison de la capacité financière du bénéficiaire du pacte. Enfin si B est bénéficiaire d'un pacte sanctionné par 60 de dommages et intérêts, C sera impuissant à ce que la vente se fasse à son profit, car des 300 qu'il peut offrir, P devrait en reverser 60 à B. Ne conservant qu'un solde de 240, il sera plus avantageux pour lui de vendre à B pour 250. C'est ainsi que la seule responsabilité peut permettre le respect du pacte. Alors que la substitution automatique réduit la valeur du bien en réduisant la concurrence des offres, la responsabilité attise cette concurrence des offres de telle sorte que le bien peut s'en trouver valorisé. La substitution se justifierait si et seulement si les vendeurs et acheteurs se sont soustraits frauduleusement au jeu de la concurrence des offres. Si elles demandent à être précisées, les conditions énoncées par la Cour de cassation sur ce point ne nous semblent donc pas inopportunes.

12. C'est ainsi qu'en dehors de l'hypothèse d'une clause de postemption⁽⁹⁰⁾, il apparaît opportun de conserver la responsabilité civile comme sanction principale du pacte de préférence et de n'accorder qu'un caractère exceptionnel aux nullités et substitutions. Dans cette logique, le pacte de préférence s'analyserait essentiellement comme une déclaration d'intérêt de la part du bénéficiaire à ce que la vente se fasse à son profit et dont le propriétaire du bien aura pris acte par la conclusion du pacte. Plus cet intérêt sera grand, plus le bien s'en trouvera valorisé. Si à un intérêt suffisant s'ajoute une capacité financière proportionnellement importante, le pacte sera respecté. Si le pacte n'est pas respecté, l'intérêt bouffoué sera indemnisé. Admettre un tel raisonnement revient alors à ne plus lire les pactes de préférence sous le seul angle de contrats préparatoires à la vente, ce qui pourra surprendre. Toutefois, si le bénéficiaire ne décide jamais de vendre, il respecte le pacte. En ce sens, un pacte de préférence n'est pas – ou du moins pas essentiellement – préparatoire à la vente, dès lors que la vente peut n'avoir jamais lieu, sans pour autant que le contrat qualifié de préparatoire ne soit violé. Loin de menacer la force obligatoire des pactes de préférence⁽⁹¹⁾, la solution traditionnelle en préserverait ainsi toute l'utilité.

⁸² CA Caen, 18 décembre 1995, jurisdata n° 1995-053587 ; CA Limoges, 11 mars 1996, jurisdata n° 1996-043315

⁸³ CA Bordeaux, 30 mars 1993, jurisdata n° 1993-040797 ; CA Besançon, 13 mai 1993, jurisdata n° 1993-041247

⁸⁴ CA Paris, 21 février 2005, jurisdata n° 2005-265027

⁸⁵ D. Mainguy, *Réflexions a contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence*, D. 2007, p. 1698

⁸⁶ CA Papeete, 13 février 2003, jurisdata n° 2003-224639

⁸⁷ D. Mainguy, *Réflexions a contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence*, D. 2007, p. 1698

⁸⁸ V. notamment : P.-Y. Gauthier, *Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup probatio diabolica*, D. 2006, p. 1861 ; H. Kenfack, *Restauration de la force obligatoire du pacte de préférence*, RLDC 2006, n° 30, p. 5

⁸⁹ Pour une présentation de la théorie des jeux, V. N. Eber, *Le dilemme du prisonnier*, La découverte, coll. Repères, n° 451, 2006

⁹⁰ Cf. supra, n° 9.

⁹¹ Contra : D. Mazeaud, *La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, D. 1997, p. 475

4^{ème} leçon :

Les perspectives de réforme du droit des contrats



Nicolas Poussin, *Le temps soustrait la vérité aux atteintes de l'envie et de la discorde*

Posez vous la question suivante :

En quoi est-il nécessaire de réformer le droit français des contrats ?

Sommaire bibliographique

- P. Catala, Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *D.* 2006, p. 535 p. 88
- R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats,- Premières impressions, *JCP G* 2008, I 190 p. 90
- D. Mazeaud, Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !, *D.* 2008, p. 2675 p. 92
- D. Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, *D.* 2009, p. 308 p. 95
- F. Terré (entretien), Quelle réforme pour le droit des contrats?, *LPA* 26/02/2008, p. 4 p. 100
- P. Deumier, L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale, *D.* 2008, p. 494 p. 101

I - Le but de ce bref aperçu est de mettre en lumière les caractéristiques essentielles de la réforme envisagée, que pourrait masquer une lecture monotone de ses articles.

Dans l'ordre de la méthode, on s'est efforcé de suivre la voie tracée par Jean Carbonnier : « ... une certaine immobilité des formes, un certain encadrement liturgique peuvent être des moyens efficaces pour garantir au contenu des lois la liberté du changement. De ce point de vue, il n'a peut-être pas été assez rendu justice à la méthode que les gouvernements français ont suivie, depuis les années soixante, pour réformer le droit civil. Au lieu de construire sur une table rase, ils ont choisi d'insérer leurs réformes successives dans le bâti de 1804, comme pour les faire participer à une légitimité supérieure, fondée sur l'histoire. Et ce n'était pas mal conçu » (2).

C'est ainsi que l'avant-projet commence à l'article 1101 du code civil et s'achève à l'article 1386, comme le code civil. Dans ce créneau inchangé, toutefois, un plus grand nombre d'articles trouvent place. Quelques chiffres paraissent dès lors utiles pour quantifier, dès l'abord, la mesure de l'inflation législative et le taux de réforme proposé au législateur.

II - Quelques chiffres

Le titre III du livre troisième du code civil comportait 286 articles en 1804. Il en compte aujourd'hui 296, les nouveaux venus étant tous imputables à l'électronique. Autant dire qu'en cette matière le code a connu une stabilité égale à celle qu'eut, en son temps, le franc germinal. Un code en or ? Peut-être, mais qui, comme l'or, a perdu sa qualité d'étalon universel.

En regard de ces 296 articles, l'avant-projet en contient 488, soit un accroissement de 192 unités correspondant à un taux d'inflation de 40 %. Mais ce taux est très différent selon que l'on considère les contrats et les quasi-contrats (424 articles contre 291, avec une inflation de l'ordre de 30 %) ou la responsabilité civile (64 articles contre 6 : inflation supérieure à 1 000 %). Les numéros 1382 à 1386 du code civil ont connu une destinée sans égale, mais c'est un point sur lequel il ne serait pas sérieux de vouloir maintenir notre exception culturelle. Il incombait aux auteurs de l'avant-projet de transmuter en loi, et, éventuellement, de corriger ou de compléter le foisonnement de jurisprudence qui avait germé sur le verbe lapidaire du Consulat.

On se contentera maintenant de scruter la partie de l'avant-projet consacrée à la source des obligations, au contrat et aux obligations conventionnelles (art. 1101 à 1326-2 nouveaux). Ce bloc comporte 406 articles contre 279 dans la forme actuelle du code civil, soit un accroissement de 127 unités. Mais l'augmentation brute des textes ne donne qu'une idée très imparfaite de la réforme.

Pour mieux mesurer celle-ci, il faut considérer le nombre des dispositions actuelles dont l'avant-projet préconise la conservation. Il en est 113 qui figurent à l'identique dans les deux versions. Pour d'autres, au nombre de 69, l'avant-projet propose d'en garder la substance tout en modifiant leur rédaction. Si l'on additionne la conformité littérale à la fidélité substantielle, on trouve une somme de 182 textes conservés ou préservés, à comparer aux 279 articles du code et aux 406 de l'avant-projet. Ces proportions sont sans commune mesure avec celles qu'a connues le droit de la famille, où ne subsistèrent après les lois Carbonnier que 9 articles sur les 287 qui composaient, en 1804, les cinq titres du code relatifs au divorce, à la filiation, à la puissance paternelle, aux mineurs et aux majeurs protégés. D'un côté la table rase, de l'autre un projet dont 45 % proviennent du droit actuel. Le temps a déconstruit la structure de la famille selon le code civil sans démanteler celle du contrat.

Cependant, 45 % de conservation impliquent 55 % de réforme, proportion sur laquelle quelques données chiffrées peuvent apporter une première clarté. Il y a dans le projet des dispositions entièrement neuves en ce qu'elles traitent des situations que le code n'envisage pas : ce sont d'authentiques créations législatives qui occupent 84 articles, soit 21% du total. Une autre partie du projet s'applique à retoucher, parfois profondément, des notions ou des opérations qui figurent déjà dans notre droit : c'est alors de réforme au sens strict que l'on peut parler, pour 140 dispositions nouvelles (34% du total).

Au total, la réforme l'emporte sur la conservation, sans écraser l'existant. Mais il faut désormais dépasser l'abstraction des chiffres.

III - Structure et plan

L'avant-projet regroupe en un seul titre III « Des obligations » les matières actuellement couvertes par les titres III et IV (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Des engagements qui se forment sans convention). Ce nouveau titre III se subdivise en trois sous-titres respectivement intitulés : Du contrat et des obligations conventionnelles en général ; Des quasi-contrats ; De la responsabilité civile. Ainsi se trouvent inclus dans un même ensemble les sources et le régime général des obligations.

Cette configuration nouvelle autorise un chapitre préliminaire fondamental, « De la source des obligations » où l'article 1101 dispose « Les obligations naissent d'actes ou de faits juridiques » (al. 1er) et « également de l'autorité seule de la loi » (al. 2). La notion d'acte juridique apparaît dès la première ligne du titre III, en parallèle avec les faits juridiques, comme une *summa divisio*.

L'article suivant (1101-1) définit l'acte juridique, au sein duquel il distingue trois

catégories : les actes conventionnels, unilatéraux et collectifs ; mais ce même texte déclare, en son quatrième alinéa : « L'acte unilatéral et l'acte collectif obéissent, en tant que de raison, aux règles qui gouvernent les conventions ». Par là même, le contrat est reconnu comme modèle de référence pour tous les actes juridiques générateurs d'obligations. Quant aux faits juridiques, l'article 1101-2 les caractérise comme étant des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit, introduisant ainsi la distinction primordiale des quasi-contrats et de la responsabilité civile.

Ce prologue, pour partie normatif et pédagogique, embrasse toute la matière du titre III et en explique l'architecture. Nous nous attacherons désormais au seul sous-titre I, dénommé par fidélité au code civil : « Du contrat et des obligations conventionnelles en général ».

Le sous-titre I comporte sept chapitres, dont six reproduisent les subdivisions du code civil : Dispositions générales, Conditions essentielles pour la validité des conventions, Effet des conventions, Modalités, Extinction et Preuve des obligations. Un chapitre nouveau est créé, qui s'intercale entre l'extinction et la preuve des obligations, sous le titre « Des opérations sur créances ». Il regroupe en quatre sections les mécanismes actuellement disséminés dans le code que sont la cession de créance, la subrogation personnelle, la novation et la délégation. Ce rapprochement, qui favorise la comparaison, s'est accompagné de définitions et d'innovations substantielles, dont on attend qu'elles insufflent aux opérations concernées une utilité et une sécurité accrues sur le marché des créances.

Les six autres chapitres, fidèles au découpage du code, n'en connaissent pas moins des interprétations et des adjonctions dont le but est d'améliorer la logique et de combler les lacunes de l'actuel titre III. Le chapitre 1er s'enrichit d'une section relative à la négociation, à l'échange des consentements et aux promesses de contrat, dont le législateur ne s'était pas préoccupé jusqu'ici.

Le chapitre 2 ajoute aux quatre conditions traditionnelles de validité des conventions un paragraphe sur le pouvoir d'agir au nom d'autrui, où se glisse une théorie générale de la représentation. Il est également grossi d'une section sur la forme et d'une autre sur les sanctions, qui ramène auprès de la formation du contrat les dispositions sur la nullité figurant aujourd'hui parmi les causes d'extinction de l'obligation.

Le chapitre 3, qui traite de l'effet des conventions, accole aux articles 1134 et 1135 inchangés les dispositions relatives à l'interprétation et à la qualification ; il s'accroît de deux sections nouvelles, l'une relative aux diverses espèces d'obligations, l'autre aux restitutions après anéantissement du contrat ; à l'inverse, il perd les articles 1146 à 1153 qui vont se fondre dans le nouveau sous-titre III dédié à la responsabilité civile ; enfin, la section terminale sur les effets du contrat à l'égard des tiers récupère le porte-fort et la stipulation pour autrui présentement égarés du côté du consentement, et reçoit des innovations importantes dont il sera reparlé.

Le chapitre 4 (modalités), quoique partiellement réécrit, ne subit pas une modification de structure. Retouche discrète du plan, les obligations divisibles se séparent des indivisibles pour rejoindre la section voisine du paiement.

Le chapitre 5 (extinction) est considérablement allégé par le déplacement déjà signalé des nullités, ainsi que de la subrogation, de la novation et de la délégation qui vont nourrir le chapitre 6 nouveau des opérations sur créances ; de plus, les articles 1302 et 1303 sur la perte de la chose due s'inscrivent désormais dans le sillage de l'obligation de donner (art. 1152-1 et 1152-2).

Le chapitre 7 (preuve) est le moins touché puisque sa modernisation essentielle avait été réalisée par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 sur l'écriture et la signature électroniques. Sa construction interne a néanmoins reçu des modifications et quelques règles nouvelles apparaissent dans la section 1 des dispositions générales.

IV - L'assise du contrat consolidée

Le code civil n'a d'yeux que pour le contrat nouveau-né ; il en éprouve la viabilité et règle le cours de sa vie future, mais sa sollicitude ne remonte pas à la conception. Or, l'expérience montre que la période précontractuelle concentre maintes péripéties, à propos desquelles il a fallu que les praticiens et les juges suppléent le silence de la loi. Certains congrès de notaires donnent même à penser que tout se joue dans l'avant-contrat (*in utero*), la formalisation du contrat ne lui étant guère que ce que l'acte d'état civil est au mariage.

En ce domaine, l'avant-projet hérite d'une pratique et d'une jurisprudence solides, qu'il conforte en les codifiant. L'offre et l'acceptation pénètrent donc dans la loi écrite, qui les définit comme actes unilatéraux et précise leurs rôles respectifs. Mais la vision proposée est plus large ; elle couvre toute la négociation, y compris les conventions préparatoires qui jalonnent souvent la route du futur contrat : accord de principe, promesses de contrat, pacte de préférence... Sur tout ce parcours plane l'impératif de bonne foi qui perdurera pendant l'exécution du contrat (art. 1134 et 1135-3).

A l'issue de la phase précontractuelle, le contrat se forme au temps et au lieu de l'acceptation, selon un mode compatible avec la réglementation européenne des transactions électroniques (art. 1107). Encore faut-il que les consentements échangés émanent de personnes saines d'esprit et que leur rencontre se fasse sur les éléments essentiels du contrat. Cette notion fondamentale va dominer l'ensemble des conditions de validité que traite le chapitre 2 du sous-titre consacré aux obligations

conventionnelles. La qualité du consentement supposant en outre une information loyale des parties, l'avant-projet les soumet à une obligation de renseignement, qu'il pose comme une exigence générale dont il précise le contenu et les sanctions (art. 1110).

La condition de capacité, développée à la suite du consentement en termes plus explicites que ne le fait le code civil, ne comporte pas de réforme substantielle. Mais la notion nouvelle de pouvoir lui est accolée, qui donne lieu à une théorie générale de la représentation dans les articles 1119 à 1120-2. Ces dispositions, qui tracent les limites du pouvoir conféré au représentant et unifient les sanctions de son abus, ont pour but d'accroître la sécurité juridique des trois acteurs concernés par la représentation.

V - Un modèle libéral balisé

L'avant-projet demeure fidèle au modèle libéral du code civil, fondé sur le pouvoir des volontés dégagees du formalisme. Deux textes en posent clairement le principe : article 1101-1 : « Les actes juridiques sont des actes de volonté destinés à produire des effets de droit » ; article 1127 : « En principe, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu'il soit exprimé ».

Proclamant ainsi son attachement au consensualisme, le droit civil résiste à la tentation du formalisme qui hante le droit de la consommation et plombe nombre de contrats spéciaux. Il appartient donc aux parties de modeler à leur gré les contrats nommés, dans le respect des règles impératives qui parfois les encadrent, ou d'imaginer des figures contractuelles nouvelles et innommées. Illustrations explicites de cette liberté, la validité est reconnue des conventions sur la preuve (art. 1289), sur la réparation (art. 1382 s.) et sur la prescription (art. 2235) : le consensualisme traverse l'avant-projet de bout en bout.

En parallèle, le pouvoir de la volonté unilatérale qui prend racine dans la définition de l'acte unilatéral (art. 1101-1) s'illustre par les effets reconnus à l'offre et à l'acceptation. De manière plus audacieuse, il s'affirme dans la faculté parfois reconnue au créancier de déterminer à lui seul le prix du contrat (art. 1121-4, 1121-5) ou d'en déclarer la résolution (art. 1158).

Il est naturel que la liberté de conclure et de modeler le contrat se prolonge dans celle de le modifier et d'y mettre fin (art. 1134). Cette faculté se révèle particulièrement utile dans les contrats au long cours, dont l'équilibre est souvent perturbé par l'apparition de circonstances nouvelles. Au point même que, selon l'avant-projet, l'obligation de renégocier pourra être imposée par le juge aux parties lorsque le contrat perd tout intérêt pour l'une d'elles (art. 1135-2 et 1135-3).

Au demeurant, la volonté des parties se déploiera dans un paysage balisé par de nombreux repères, car l'avant-projet ajoute une trentaine de définitions nouvelles à celles du code civil. Elles portent notamment sur des contrats (contrat-cadre, d'adhésion, accord de principe, promesse unilatérale...), des obligations (de renseignement, de donner, de donner à usage, de moyen et de résultat, de valeur, obligation naturelle, facultative...), des situations (caducité, inopposabilité, régularisation, opposabilité...), des opérations (remise de dette, cession de créance, délégation...). Ces dispositions ne sont pas normatives au sens strict, mais elles constituent un précieux instrument d'analyse et de qualification applicable aux objets qu'elles désignent et dont elles déterminent le contenu. En cela, elles possèdent la double vertu de contribuer à la pédagogie du droit et à la sécurité juridique.

VI - Un droit plus attentif à la justice contractuelle

L'hommage appuyé que l'avant-projet rend à la liberté ne doit pas oblitérer la place nouvelle qu'il offre à une meilleure justice contractuelle.

Cette préoccupation inspire à l'évidence la théorie des vices du consentement lorsqu'elle vient à sanctionner le dol du tiers (art. 1113-2) et l'abus des situations de faiblesse (art. 1114-3). Elle est en filigrane dans la disposition relative aux clauses abusives, notamment celles qui n'ont pas été négociées (art. 1122-2). On la retrouve dans la règle d'interprétation de l'article 1140-1 relative à ces mêmes clauses : « Lorsque la loi contractuelle a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre ». Elle s'exprime concrètement dans l'obligation de renégocier le contrat qui a perdu tout intérêt pour l'une des parties (art. 1135-2).

De façon plus subtile, il advient que l'équilibre des intérêts passe par le détour de la charge de la preuve. Lorsqu'il appartient au créancier de fixer unilatéralement le prix de ses prestations, il devra en justifier le montant à première demande du débiteur, qui, à défaut de justification, pourra se libérer en consignat le prix habituellement pratiqué (art. 1121-4 à 1122-6). Cette dernière mesure est à rapprocher de la nouvelle procédure de consignation avec offre de paiement, qui est proposée pour pallier l'inefficacité avérée des offres réelles du code civil (art. 1233 à 1236). Autre tempérament de même sorte à l'unilatéralisme : il est loisible au débiteur de contester en justice la décision du créancier de résoudre le contrat en alléguant que le manquement qui lui est imputé ne justifiait pas cette mesure (art. 1158-1). Et, dans le même esprit encore, si, par le seul établissement de l'acte de cession, le transfert de la créance est réputé accompli *erga omnes* sans autre formalité, c'est au cessionnaire qu'il incombera de prouver l'exactitude de sa date en cas de contestation par des tiers (art. 1254).

VII - Un système plus cohérent

Il existe en droit des contrats une espèce de cybernétique que l'on habille aujourd'hui volontiers d'un principe de cohérence. L'avant-projet en est imprégné, bien que

souvent de manière implicite.

Dans la formation du contrat, la cohérence se construit autour de la notion émergente d'éléments essentiels. On l'a déjà relevée à propos du consentement, s'agissant des qualités essentielles de la chose ou de la personne. Elle se retrouve expressément dans l'objet (art. 1121) et tacitement dans la cause réelle (art. 1125 et s.). Elle fonde l'interprétation du contrat (art. 1137 et 1141) ainsi que sa qualification (art. 1142 et 1142-1). Le respect de cette exigence comporte une sanction spécifique : sont réputées non écrites les clauses inconciliables avec les éléments essentiels de l'objet du contrat (art. 1121) ou avec la réalité de sa cause (art. 1125) ; il y a là de quoi revitaliser une jurisprudence qui s'alanguit.

Une autre forme de cohérence habite aussi la matière des nullités dont la nature est expressément fondée sur la qualité de l'intérêt que la règle violée protège (art. 1129-1). Du principe ainsi posé, l'avant-projet retire aussitôt deux applications : l'illicéité de l'objet ou de la cause entache la convention de nullité absolue ; l'absence d'objet ou de cause est sanctionnée par une nullité relative (art. 1122 et 1124-1).

C'est aussi un modèle de cohérence que propose la section nouvelle de l'avant-projet consacrée aux restitutions consécutives à un anéantissement rétroactif du contrat. Quelle qu'en soit la cause (nullité, résolution, caducité...), des principes communs gouvernent la restitution intégrale des avantages reçus en exécution du contrat et l'indemnisation éventuelle des dommages subis.

La notion, enfin, de contrats interdépendants formant une opération d'ensemble confine à ce même principe. Les articles 1172 et suivants en tracent une définition dont ils déduisent les conséquences. L'article 1137, où le mot cohérence figure en toutes lettres, pose, à leur propos, une règle d'interprétation : « dans l'ensemble contractuel qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés ».

VIII - Une meilleure efficacité dans la réalisation des droits

Obtenir le résultat recherché sans le passage obligé par l'action en justice est à coup sûr un bon moyen d'améliorer la réalisation des droits. Sous ce rapport, la faculté donnée au créancier insatisfait de résoudre unilatéralement le contrat apparaît exemplaire, tout comme le droit qui lui est parfois reconnu de fixer lui-même le prix de ses prestations, le tout, bien entendu, à condition que l'unilatéralisme soit équilibré par des contrepoids. La même idée conduit à autoriser une partie à se retirer du contrat qui a été transféré par l'autre sans son accord (art. 1165-5). Elle inspire semblablement la procédure de consignation avec offre de paiement et mise en demeure grâce à laquelle le débiteur devrait pouvoir se libérer à bref délai, au lieu de s'enliser dans les offres réelles du code civil (art. 1233 et s.). Elle justifie tout autant que soit consacrée la compensation automatique des dettes connexes (art. 1248 et 1249).

On peut aussi chercher à accroître l'efficacité des recours en justice eux-mêmes, par exemple en donnant une prime au demandeur qui exerce l'action oblique (art. 1167-1) ou en augmentant le nombre des choix offerts au créancier de l'engagement inexécuté (art. 1158).

C'est sans doute à propos des opérations sur créances que l'avant-projet comporte un maximum de modernité et d'innovation. La cession de créance s'ouvre aux créances futures ; elle devient opposable aux tiers par le seul acte écrit qui la constate, et au débiteur cédé par une simple notification (art. 1252, 1254 et 1254-2). L'article 1255 énonce les garanties acquises au cessionnaire et l'article 1257 les exceptions que le débiteur cédé peut lui opposer. Un même affinement est accompli à propos de la subrogation personnelle quant à l'étendue des droits transférés au créancier subrogé, aux exceptions dont le débiteur peut se prévaloir et à l'opposabilité de l'opération (art. 1262 à 1264-2).

La délégation, instrument bancaire de premier plan, se détache de la novation pour devenir un mécanisme autonome et fortement charpenté par les articles 1275 à 1282 de l'avant-projet. Le but de ces dispositions est de déterminer clairement les droits qui naissent et les obligations qui subsistent du chef de cette opération entre les trois acteurs concernés (à ce jour, ces questions demeurent controversées). Ainsi encadrée, la délégation deviendra un procédé largement adaptable aux besoins des praticiens mais porteur, dans tous les cas, de sécurité juridique grâce à la précision de ses effets.

IX - Quelques pistes...

Un lecteur attentif découvrira, au détour d'une phrase ou d'un paragraphe, quelques discrets messages porteurs de suggestions à l'adresse des contractants ou des juges. Ce chuchotement législatif pourrait conforter des droits naissants comme ouvrir des voies nouvelles. Quelques exemples en sont donnés ici à titre indicatif.

A l'adresse du juge :

- Une extension possible de l'illicéité au-delà de l'article 6 : « L'engagement est sans justification, faute de cause licite, lorsqu'il est contracté, par l'une au moins des parties, dans un but contraire à l'ordre public, aux bonnes moeurs, ou, plus généralement, à une règle impérative » (art. 1126).

- Le *debitum cum re junctum* (à propos de l'obligation de donner à usage) : « Le détenteur est cependant fondé à retenir la chose jusqu'au complet paiement des choses qui lui sont dues au titre d'une créance jointe à la chose » (art. 1155-3).

- Les « dommages-intérêts paiement » (?) : « Dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix de

poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages-intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution » (art. 1158).

- L'action directe : « L'action directe est également ouverte lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier, compte tenu du lien qui unit les contrats » (art. 1168, al. 2).

A l'adresse des parties au contrat :

- La condition sans rétroactivité : « La condition extinctive est celle qui fait dépendre l'extinction de l'obligation d'un événement futur et incertain. La condition extinctive n'opère que pour l'avenir » (art. 1184-1).

- L'obligation facultative : « L'obligation est facultative lorsque, ayant pour objet une certaine prestation, le débiteur a néanmoins la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre » (art. 1296).

- La cession de créance-garantie : « Une créance peut être cédée en propriété sans stipulation de prix à titre de garantie. Elle fait retour au cédant lorsque le cessionnaire a été rempli de ses droits ou que l'obligation garantie est éteinte pour une autre cause » (art. 1257-1).

- La novation rédemptrice : « La novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables, à moins qu'elle n'ait pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice » (art. 1267).

A chacun d'en juger.

(1) Sur l'avis de son Conseil scientifique, le *Recueil Dalloz* a décidé d'offrir ses colonnes à un débat relatif à l'avant-projet de réforme du droit des obligations. C'est une heureuse initiative, car toute entreprise de cette nature comporte, dans sa version initiale, des limites et des lacunes. Un débat ouvert et loyal ne peut qu'entretenir l'intérêt soulevé par l'avant-projet dans la communauté juridique, depuis sa remise au garde des Sceaux ; il ne peut que l'aider à devenir projet. Le texte qui suit a été écrit pour Philippe Malinvaud et figurera dans les *Mélanges* qui seront édités en son honneur. Sa divulgation anticipée n'a pour but que de le verser au débat proposé par Dalloz, avec l'aimable autorisation des promoteurs et de l'éditeur de ces *Mélanges*.

(2) J. Carbonnier, *Essais sur les lois*. 2e éd., p. 18

Rémy Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats,- Premières impressions, JCP G 2008, I 190

1. - Le projet de réforme du droit des contrats, attendu avec une impatience^{Note 1} en confinant parfois à la nervosité^{Note 2}, a été diffusé par le ministère de la Justice comme en catimini, dans la douce torpeur de l'été.

Cette initiative puise ses racines dans des réflexions déjà anciennes, nées à l'occasion de la célébration du bicentenaire du Code civil en 2004, qui avait permis de constater son succès et sa pérennité, mais aussi de souligner ses imperfections. Alors que plusieurs pans du Code civil, le droit des personnes et de la famille en particulier, avaient été rénovés à partir de 1960, d'autres pans restaient régis pour l'essentiel par des articles datant de 1804. Ce constat n'a pu qu'être renforcé depuis, du fait de la rénovation de notre droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.

Ces lacunes du Code civil paraissaient préjudiciables en droit interne, créant un décalage entre les dispositions d'un même code susceptible de nuire à la cohérence d'ensemble. Mais ces lacunes pouvaient également s'avérer préjudiciables au niveau international. Dans les discussions avec nos partenaires européens pour l'harmonisation voire l'unification du droit des contrats, le droit français pouvait paraître moins compétitif que d'autres droits des obligations réformés récemment, soit à l'occasion d'une recodification d'ensemble, comme le NBW néerlandais de 1992^{Note 3}, soit à l'occasion d'une réforme ponctuelle du droit des obligations comme la loi allemande réformant les obligations entrée en vigueur le 1er janvier 2002^{Note 4}. De plus, l'influence du Code civil français à l'étranger tendait à se réduire, des pays pourtant attachés à la culture juridique française pouvant hésiter à s'inspirer de textes vieux de plus de deux siècles, préférant un autre modèle francophone particulièrement réussi comme le Code civil du Québec de 1994.

2. - Ce constat avait été le point de départ d'une vaste réflexion sur la nécessité de réformer notre droit des obligations conduite sous la direction du professeur Pierre Catala, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, rassemblant une vingtaine d'universitaires et de magistrats de la Cour de cassation. Ces réflexions ont abouti à un Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, remis officiellement au garde des Sceaux le 22 septembre 2005^{Note 5} et qui depuis a été discuté par la doctrine et confronté aux acteurs du monde économique et juridique qui l'ont globalement accepté, sous réserve de certaines suggestions de modifications. L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription a été traduit en six langues^{Note 6}, ce qui a permis sa large diffusion et déjà son rayonnement dans le monde^{Note 7}.

D'autres initiatives se sont manifestées par la suite, en particulier les travaux menés dans le cadre de l'Académie des sciences morales et politiques sous la direction du professeur François Terré, apportant leur contribution à cette réflexion initiée il y a

plus de quatre ans. Parallèlement, Madame le ministre de la Justice a récemment indiqué à plusieurs reprises son intérêt pour une réforme du droit des contrats^{Note 8}, ce que vient de confirmer Madame la directrice des Affaires civiles et du Sceau^{Note 9}. Cet intérêt s'est concrétisé dans le projet de réforme du droit des contrats qui vient d'être diffusé par la Chancellerie.

Après une appréciation d'ensemble du projet (1), nous nous bornerons à l'évocation de quelques-unes de ses dispositions (2).

1. Appréciation d'ensemble

3. - Un premier regret tient à la grande opacité sur la composition de l'équipe ayant participé à l'élaboration du projet. Au-delà des personnalités qui peuvent marquer de leur sceau telle ou telle disposition voire inspirer l'ensemble, il n'est pas inintéressant de savoir quelles professions ont été associées à son élaboration et dans quelle proportion : magistrats ? universitaires ? avocats ? notaires ? La transparence sur l'élaboration des projets de textes législatifs constitue une garantie de bonne démocratie.

4. - Le projet, après un rapport de présentation initial de huit pages, se présente comme une suite de 194 articles qui ne concernent que le droit des contrats.

On peut déplorer ce fractionnement tant il est évident que le droit des obligations constitue un ensemble cohérent difficilement sécable. On comprend tout à fait le souci des pouvoirs publics de limiter les difficultés de discussion et d'adoption définitive par un « saucissonnage »^{Note 10} qui facilite le passage devant le Parlement, mais le projet, au risque de paraître bancal, devrait s'appuyer des textes complémentaires, dont la discussion ne pourrait être simplement que future, sur la responsabilité et le régime des obligations. Les concepteurs du projet ont bien perçu cet inconvénient, qu'ils tentent d'atténuer en soulignant la continuité avec la récente réforme de la prescription et en annonçant des textes à venir relatifs au régime des obligations ou à la responsabilité sans qu'aucune indication ne soit naturellement fournie sur leur contenu. N'est-il pas risqué de bâtir ainsi un rez-de-chaussée si l'on n'a pas dressé ne serait-ce que les plans de l'ensemble de la maison ?

En témoigne clairement la question de la responsabilité contractuelle : les articles 172 à 182 du projet sont la reprise pure et simple des articles 1146 à 1155 actuels du Code, alors qu'un projet qui a l'ambition de modifier le droit des contrats ne peut faire l'économie d'une approche renouvelée de la matière qui constitue tout de même une des conséquences naturelles de l'inexécution du contrat, comme le rappelle le projet lui-même (*Projet*, art. 159). Dans un esprit voisin, le projet aborde les obligations conditionnelles (*Projet*, art. 116 à 124) et les obligations à terme (*Projet*, art. 125 à 129), alors qu'il reste muet sur le régime du paiement ou les obligations solidaires, *hiatus* pour le moins fâcheux.

Ainsi, le projet de réforme du droit des contrats ne s'inscrit pas en cohérence et en harmonie avec l'ensemble du droit des obligations. Son isolement apparaît symboliquement dans sa numérotation désincarnée (*Projet*, art. 1er à 194) qui ne tente pas de s'insérer dans la structure actuelle du code.

5. - L'ensemble du projet revendique une inspiration plurielle (*Rapp. de présentation*, p. 1), puisée dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dans diverses contributions universitaires et académiques et dans les nombreux documents visant à promouvoir un droit européen des contrats.

Cette pluralité est *a priori* louable car le droit français ne doit pas rester replié sur lui-même et doit savoir s'ouvrir aux influences étrangères et en particulier européennes. Mais ceci à une double condition : ne pas renier la spécificité nationale inscrite dans la continuité historique de notre Code civil et aboutir à une réforme constituant un ensemble cohérent. Or le projet donne l'impression générale d'avoir réalisé hâtivement et maladroitement un grand écart, faisant du copier-coller tantôt de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, tantôt des Principes du droit européen des contrats. Prenez ici un peu de Catala, là quelques pincées de *Lando*, secouez un peu et vous devriez obtenir un droit français enraciné dans sa tradition nationale et ouvert sur l'extérieur. Le cocktail n'en ressort pourtant guère cohérent...

Par exemple, alors que les textes relatifs aux définitions (*Projet*, art. 5 à 14) constituent la reprise à peu de mots près des textes de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (*Avant-projet Catala*, art. 1102 et s.), des institutions étrangères à notre tradition et dont l'inutilité est patente sont importées sans ménagement, comme par exemple l'intérêt ou les obligations implicites sur lesquelles nous reviendrons (*V. infra* n° 10 et 11).

Le souci de compromis équilibré qui a fait le succès et la longévité du Code civil n'a pas été réalisé par la juxtaposition d'un article emprunté au droit romain et d'un autre emprunté à la coutume de Paris mais par une symbiose réfléchie et sagement réalisée de différentes influences qui fait manifestement défaut ici.

6. - Le projet est inscrit dans une langue qui « doit permettre au citoyen de trouver à la seule lecture du Code civil les règles relatives à une étape donnée du processus contractuel » (*Rapp. de présentation*, p. 1). Passons sur le caractère passablement utopique de ce souhait, récurrent dans la tradition de codification française, à l'inverse de la tradition allemande^{Note 11}. On peut regretter que ce voeu ait conduit à un style certes souvent efficace mais un peu sec et froid qui peut sans dommage habiller une directive européenne sur la réglementation de la taille des poissons susceptibles d'être pêchés dans les eaux européennes mais qui sied mal au Code

civil. On ne peut toutefois que convenir aisément qu'il est difficile de tremper sa plume dans l'encre de Portalis, de Carbonnier ou de Cornu.

7. - Enfin, le projet s'inscrit dans un plan qui bouleverse celui du Code civil actuel. Le Titre III du Livre III, qui serait désormais intitulé « Les obligations », comporterait un chapitre préliminaire « La source des obligations » qui précéderait un sous-titre premier consacré au contrat. Ce sous-titre serait partagé en onze chapitres (« définitions », « principes directeurs », « formation », « représentation », « forme », « validité », « exécution », « effets », « interprétation et qualification », « inexécution », « le contrat électronique »). On peut déplorer ce découpage, inspiré des méthodes anglo-saxonnes en général et de la structure des Principes du droit européen des contrats en particulier. Sans vouloir passer pour un impénitent nostalgique du bel ordonnancement des jardins à la française, une ventilation de ces chapitres serait appréciable, ne serait-ce que dans un but pédagogique de clarté et donc d'accessibilité de la loi que mettent en avant par ailleurs les auteurs du projet.

L'énonciation, à la manière d'un frontispice de « principes directeurs », ne nous semble pas non plus très opportune.

Elle est d'abord étrangère à la tradition législative française. Certes le Code de procédure civile consacre dans un Titre I « Dispositions liminaires » un chapitre Ier aux « Principes directeurs du procès », ce que ne manque pas de relever le texte de présentation du projet (p. 3), mais l'analogie est purement formelle. Les principes directeurs du procès constituent un ensemble de règles générales et techniques gouvernant le procès inscrit dans vingt-quatre articles alors que les principes directeurs dans le projet de réforme du droit des contrats ne contiennent que trois maigres articles consacrant davantage des principes très généraux.

Cette énonciation de principes directeurs nous paraît également inutile et dangereuse.

Inutile car un principe n'a pas besoin d'être énoncé en tête de dispositions pour être pourvu d'une force obligatoire : l'article 1134 ou l'article 1165 ne perdent pas de leur vigueur juridique du simple fait qu'ils figurent à leur place logique dans le déroulement des textes du droit des contrats. La symbolique fleurit l'irrationnel et ne devrait pas avoir sa place dans des dispositions techniques comme celles régissant le contrat.

Dangereuse parce que la seule utilité concrète de la mise en exergue de ces « principes directeurs » nous semble pouvoir résider dans un rôle de guide général d'interprétation des contrats à destination des juges. Or les trois principes choisis, liberté contractuelle, force obligatoire et bonne foi, le sont arbitrairement, semble-t-il, sans que soient mesurées toutes les conséquences qui pourraient résulter de cette brutale mise en avant, susceptible d'ouvrir au juge un pouvoir illimité de contrôle sur les conventions, notamment par la référence à la bonne foi. Par exemple, très concrètement, l'instauration de principes directeurs ne va-t-elle pas pouvoir permettre au juge de paralyser une règle précise figurant dans les textes suivants ? Si oui, n'est-elle pas dangereuse ? Si non, n'est-elle pas inutile ?

2. De quelques dispositions particulières

8. - Il n'est pas de l'objet de ces premières impressions sur le projet de réforme du droit des contrats d'en analyser en détail toutes les dispositions. Nous nous bornerons à évoquer trois d'entre elles, qui nous semblent symboliques des imperfections de ce texte.

9. - L'article 18, figurant parmi les principes directeurs, dispose : « *Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi* ». Nous ne reviendrons pas sur l'opportunité de consacrer un devoir général de bonne foi, que nos partenaires européens envisagent d'une manière très différente^{Note 12}, le droit allemand lui accordant par exemple une large place à travers les clauses générales, en particulier les paragraphes 157 et surtout 242 du BGB, alors que le droit anglais y voit un principe pernicieux qui a pu être qualifié de « bête noire des juristes »^{Note 13}. La jurisprudence française a depuis longtemps reconnu un rôle important au devoir d'exécution de bonne foi des conventions, et l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription proposait d'aller au-delà, étendant ce rôle à certaines hypothèses liées à la formation du contrat, en particulier lors des négociations précontractuelles.

Le projet de réforme propose une brutale greffe mot à mot d'un texte des Principes du droit européen des contrats (art. 1 : 201 (1)) : « *Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi* ». « *Agir de bonne foi* » : la formule est doublement vague, source inévitable d'insécurité juridique. Elle est en outre réductrice, ce qui semble maladroit lorsqu'on veut assigner un rôle plus important à la bonne foi. La bonne foi ne s'appréhend pas seulement dans un agissement mais constitue également un état d'esprit : si l'on peut agir de bonne ou de mauvaise foi on peut aussi être de bonne ou de mauvaise foi.

Pourquoi, si l'on tient à accorder davantage de place encore à la bonne foi dans les textes du droit des contrats, ne pas préférer à cette copie malhabile un article ainsi rédigé : « *Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* » ? Il y aurait là pour le moins prise en compte, et même au-delà, des évolutions contemporaines de notre droit, tout en demeurant fidèle à la tradition civiliste française puisque ce texte avait été proposé... dans l'avant-projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX. Proposé, mais écarté lors des discussions, sous l'influence de Portalis, au motif qu'accorder un rôle général à la bonne foi lors de la conclusion du contrat serait redondant avec les règles relatives à la protection du consentement... *A fortiori* ce texte pourrait-il être combattu aujourd'hui, les règles classiques de protection du consentement s'étant doublées de règles propres à la protection du consommateur

qui rendent encore moins utile un recours général au principe de bonne foi lors de la formation du contrat.

10. - Le projet prévoit dans son article 49 que :

« *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'un contrat :*

Le consentement des parties contractantes

Leur capacité de contracter

Un contenu certain

La licéité du contrat ».

Le projet semble donc faire disparaître ces deux piliers du contrat que sont, dans la tradition française, l'objet et la cause, au profit de la notion de contenu du contrat, ici encore brutalement importée des Principes du droit européen des contrats (ch. 6 : *Contenu et effets*, art. 6 :101 et s.)

En réalité, l'escamotage n'est pas complet puisque l'objet revient à l'article 81 à travers l'objet des obligations contractuelles : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. À peine de nullité du contrat, cette prestation doit être possible, déterminée ou déterminable.*

La prestation est déterminée ou déterminable lorsque son étendue peut être déduite du contrat » (Projet, art. 81).

La notion d'objet chassée par la porte au nom du souci d'alignement sur les Principes du droit européen des contrats revient rapidement par la fenêtre en raison de l'inévitable besoin de contrôler les prestations des parties par un mécanisme juridique plus précis et plus satisfaisant que le bien vague « contenu du contrat ».

Reste la disparition de la cause. Éliminons tout de suite l'argument sentimental : tout juriste ne peut voir sans un pincement de cœur disparaître une notion si enracinée dans notre tradition juridique qu'elle en est devenue emblématique, une notion qui a donné lieu à tant de brillantes analyses symbolisant l'esprit juridique français, depuis Domat jusqu'à Jacques Ghestin, en passant par Hamel, Maury, Capitant ou d'autres. Le sentiment ne devrait pas avoir de place dans l'élaboration de règles destinées à constituer le support fondamental de l'activité économique. S'il le fallait, pourquoi ne pas supprimer la cause ? Mais précisément, le faut-il ?

Les applications de la cause élaborées par la jurisprudence donnent satisfaction aux praticiens malgré la prétendue obscurité de la notion parfois brandie pour tenter de la supprimer. Loin de constituer une notion fossilisée dans ses origines canoniques, la cause a au contraire permis aux juges de développer ces dernières années une importante jurisprudence au service de l'équilibre du contrat et de la justice contractuelle^{Note 14}, qui a pu être qualifiée de « remarquable instrument de moralisation contractuelle »^{Note 15}, preuve de la souplesse et de la modernité de la notion. Alors, faut-il jouer les apprentis sorciers et la remplacer par la notion bien vague d'« *intérêt au contrat* » ? Cette notion, polysémique dans les textes mêmes du projet de réforme du droit des contrats^{Note 16}, semble pour le moins dépourvue de signification juridique précise. On peut toujours espérer que la jurisprudence fasse de la cause sans cause, reconstruise patiemment le *corpus* de solutions actuelles à partir de la notion d'intérêt, mais le jeu en vaut-il la chandelle ? Il faut, une fois de plus penser à ceux qui vont vivre et appliquer ces règles, les acteurs de la vie économique qui passent chaque jour de nombreux contrats. N'est-il pas inutilement dangereux de les plonger brutalement et sans nécessité aucune dans une insécurité juridique totale pour de nombreuses années au moins ?

Un autre argument nous semble plaider pour le maintien de la notion de cause : la volonté de réformer notre droit des obligations est en partie née, comme nous l'avons relevé, du désir de répondre aux attentes de nombreux pays du monde qui se sont inspirés de notre Code civil et auraient souhaité maintenir ce lien en disposant d'un modèle tout à la fois fidèle à ses racines et modernisé. Que dire à nos amis d'Afrique, du Moyen-Orient ou d'Amérique latine, viscéralement attachés à la notion de cause qu'ils ont pieusement conservée, si notre droit l'abandonne d'un trait de plume ? Il suffit, pour deviner leur réaction, de rappeler la grande réticence des pays africains lorsqu'un projet d'acte uniforme sur le droit des contrats, éloigné du modèle français et ignorant en particulier le concept de cause, leur a été proposé dans le cadre de l'OHADA.

Que les Principes du droit européen des contrats ne retiennent pas la notion de cause, pas plus qu'ils ne retiennent d'ailleurs la notion anglaise de *consideration*, nous semble pertinent, qu'à terme un instrument optionnel relatif au droit des contrats ignorant la cause puisse être choisi par des parties contractantes nous semble utile à l'harmonisation des relations économiques dans le cadre européen, mais l'abandon de la notion de cause par le droit français pour la remplacer par la notion d'intérêt constituerait un inutile et irresponsable gadget.

11. - L'article 79 du projet dispose que « *Les obligations contractuelles sont expresses ou implicites* ». L'article 80 précise : « *Les obligations implicites se déterminent par référence à l'intention des parties et à leurs relations habituelles, mais également en considération de la nature du contrat éclairées par la loi, les usages et l'équité* ».

La notion d'obligation implicite, parfaitement inconnue de notre droit sous cette appellation, est au contraire bien connue du droit anglais qui accorde une large place aux *implied terms*^{Note 17}. Les *implied terms* du droit anglais remplissent une fonction particulière qui s'explique par l'absence d'un droit supplétif législatif pour combler

les lacunes du contrat. Le droit anglais distingue à cette fin les *implied terms* en raison de la volonté des parties, clauses qui vont de soi car sans elles le contrat n'aurait pas été conclu, et les *implied terms by custom*, clauses qu'il paraît indiqué d'admettre pour que le régime du contrat soit convenable et juste. Cette notion de clause implicite a été reprise par les projets européens et figure expressément dans les Principes du droit européen des contrats (art. 6 :102).

Si le droit français ignore cette notion, c'est que les lacunes des obligations des parties sont comblées par le droit supplétif : que les parties à un contrat de vente par exemple ne prévoient aucune clause relative à la garantie des vices cachés et ce sont les dispositions des articles 1641 et suivants du Code civil qui vont s'appliquer.

Au-delà, les tribunaux ont découvert certaines obligations à la charge des parties, qu'il s'agisse d'une obligation de sécurité ou d'information, en se fondant sur les articles 1134, alinéa 3 ou 1135 du Code civil. Ce forçage du contrat opéré par la jurisprudence peut être contesté, mais il fait partie de notre droit positif et la sécurité juridique gagnerait simplement à ce que certaines obligations ainsi découvertes par les juges soient inscrites dans notre Code civil, comme le propose par exemple l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription^{Note 18}.

La jurisprudence n'a donc pas besoin du détour par la notion d'obligation implicite pour créer des obligations à la charge d'une partie au contrat en fonction des circonstances d'espèces ou même des besoins de la justice contractuelle. La consécration de l'obligation implicite accorderait bien inutilement un pouvoir exorbitant au juge, d'autant plus générateur d'insécurité juridique qu'il est très maladroitement encadré par l'obscur malaxage combiné de l'article 1135 du Code civil et de l'article 6 :102 des Principes du droit européen des contrats : « *l'intention des parties (...)* leurs relations habituelles (...) mais également en considération de la nature du contrat éclairés [sic : voilà un masculin pluriel bien... singulier !] par la loi, les usages et l'équité » (Projet, art. 80).

12. - La réforme du droit des contrats, partie du Code civil restée pour l'essentiel immuable depuis plus de deux siècles, ensemble de dispositions fondamentales pour la vie économique puisqu'elles constituent le droit commun, l'arbitre entre les deux logiques opposées du droit des affaires et du droit de la consommation, nous semble mériter mieux qu'un projet patchwork que son éclectisme rend sans cohérence et sans âme. Comme le suggérait Portalis, « il faut être sobre de nouveautés en matière de législation... il faut laisser le bien si on est en doute du mieux... en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même »^{Note 19}. La sécurité des transactions, base de la compétitivité de notre droit, le rayonnement du droit français à l'étranger ne peuvent être ainsi sacrifiés à la va-vite.

Note 1 F. Rome, Compartiment « rumeurs » : D. 2008, p. 1329.

Note 2 L. Aynès, A. Bénabent et D. Mazeaud, Projet de réforme du droit des contrats : éclosion ou enlèvement : D. 2008, p. 1421.

Note 3 D. Tallon, *Le nouveau Code civil des Pays-Bas*, in La codification (dir. B. Beignier) : Dalloz, 1998, p. 181 et s. ; E. Hondius, *Le Code civil néerlandais : les 12 premières années* : JTDE 2004, p. 235. - Ad. : M. Van Dunne, *Lawyer's paradise or paradise lost, The Dutch civil Code of 1992 as an exponent of the 19th century legislative tradition*, in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ? : Mém. Jacques Vanderlinden : Bruylant, 2004, p. 337 et s.*

Note 4 V. C. Witz, La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par le droit des obligations : D. 2002, p. 3156 ; F. Ranieri, La nouvelle partie générale du droit des obligations : RID comp. 2002, p. 941 et s. ; P. Huber, La réforme du droit des contrats en Allemagne, in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain* (dir. R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm) : Soc. lég. comp., 2008, p. 59 et s. ; S. Geibel, *La réforme du droit des obligations en Allemagne*, in *Código civil português evolução e perspectivas actuais : Themis, UNL, Lisbonne, 2008, p. 81 et s.*

Note 5 *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dir. P. Catala) : Doc. fr., 2006. - Ad. *La réforme du droit des contrats* : RDC 2006/1, n° spécial.

Note 6 Allemand (Université de Munich), anglais (Université d'Oxford), anglais nord américain (Université de Louisiane), arabe (USJ de Beyrouth), italien (Université La Sapienza de Rome) et espagnol (Université Externado de Bogota). Ces traductions sont disponibles sur le site de l'Association Henri Capitant : www.henricapitant.org

Note 7 V. le colloque organisé au Sénat par l'Association Henri Capitant le 1er avril 2008 sur l'accueil international réservé à l'avant-projet.

Note 8 V. son discours lors du 103e Congrès des notaires de France à Lyon le 24 septembre 2007 : « J'irai plus loin en réformant le droit des contrats et le droit de la responsabilité. Je souhaite doter notre pays, ses entreprises, ses citoyens, d'un droit moderne, cohérent et accessible à tous » (disponible sur le site : www.presse.justice.gouv.fr).

Note 9 La réforme du droit des contrats, Entretien avec P. Fombeur : D. 2008, p. 1972.

Note 10 V. F. Rome, Obligations et saucisson. Première tranche : le droit du temps qui passe... : D. 2008, p. 1745.

Note 11 V. R. Cabrillac, *Les codifications* : PUF, 2002, p. 220 et s.

Note 12 V. *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune* : Soc. lég. comp. 2008, p. 247 et s.

Note 13 H. Beale, La réforme du droit français des contrats et le droit européen des contrats : la perspective de la commission anglaise : RDC 2006, p. 138.

Note 14 Sur cette jurisprudence, V. par ex., F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations* : Dalloz, 9e éd., 2005, n° 342.

Note 15 G. Wicker, Force obligatoire et contenu du contrat, in *Les concepts contractuels à l'heure des Principes du droit européen des contrats* (dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet) : Dalloz, 2004, p. 156.

Note 16 V. l'article 43 du projet qui évoque le « *conflits d'intérêts* », et l'article 47 qui parle d'« *intérêt général* » ou d'« *intérêt privé* ».

Note 17 V. par ex. J. Beatson, *Anson's law of contract : 28 th. ed., Oxford, 2002, p. 145 et s.*

Note 18 V. l'article 1110 de l'avant-projet qui institue, dans certaines conditions, une obligation de renseignement.

Note 19 Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX.

Denis Mazeaud, Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !, D. 2008, p. 2675

Mon Cher Rémy (1),

1 - Je t'écris une lettre que tu liras sûrement car tu en as le temps... Nous nous connaissons depuis si longtemps que je me sens très à l'aise pour te faire part très librement et sans détour aucun des impressions que m'inspire ton article sur le projet de réforme du droit des contrats (2).

2 - Au préalable, il me semble nécessaire de te préciser, pour que la crédibilité des propos qui vont suivre ne souffre d'aucune ambiguïté, que j'entretiens de bons rapports avec les rédacteurs de ce projet de réforme. J'ai participé avec plusieurs d'entre eux à des manifestations scientifiques en tout genre et, surtout, j'ai été, comme d'autres collègues, auditionné par le groupe de travail de la direction des Affaires civiles et du Sceau, en particulier sur les, d'ores et déjà très controversés, Principes directeurs. Il n'est donc pas exclu que ces liens d'estime, que je crois réciproques, infléchissent mon jugement et que je prenne la défense du projet sur certains points avec d'autant plus de vigueur que j'aurai plaidé en amont pour qu'ils soient adoptés. Ceci étant précisé, j'ai la faiblesse de penser que, si mon objectivité ne sera donc sans doute pas totale, ma liberté de pensée demeure suffisamment consistante pour que je puisse exprimer ici mon opinion sur le projet et surtout sur les critiques assez vives que tu lui a adressées.

3 - Commençons par le commencement, à savoir par le regret que tu exprimes à propos de « la grande opacité sur la composition de l'équipe ayant participé à l'élaboration du projet » et sur les « professions (qui) ont été associées à son élaboration » (3). Je t'avoue partager d'autant moins ton indignation qu'elle me paraît assez sélective.

D'une part, il ne me semble guère édifiant de connaître l'identité des magistrats qui composaient le groupe de travail ; quoi qu'il en soit, en France, les magistrats n'ont pas pour habitude d'afficher leurs noms, que ce soit pour les décisions qu'ils rendent ou les textes qu'ils préparent. Quant à celle de nos collègues qui les a aidés dans cette tâche, je n'ai pas le sentiment de dévoiler un très grand secret en indiquant qu'il s'agit de la directrice scientifique du *Recueil Dalloz*. D'autre part et surtout, il me semble que l'on doit mettre au crédit de cette équipe le fait d'avoir auditionné certains universitaires spécialistes du droit des contrats et d'avoir donc, dans une certaine mesure au moins, associé la doctrine à ses travaux. Evidemment, tout le monde n'a pas été entendu et la sélection opérée à cette occasion a fatalement exclu certains de nos collègues qui auraient été tout aussi légitimes que ceux qui ont été écoutés. Mais, les yeux dans les yeux, Mon Cher Rémy, les universitaires que nous sommes sont-ils, en l'occurrence, les mieux placés pour donner des leçons de transparence et de pluralisme ? Nous avons, tous les deux, eu le privilège de participer à l'aventure de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription dirigée par Pierre Catala. Je ne me souviens pas que nous ayons eu, à l'époque, les mêmes scrupules que ceux que tu exprimes aujourd'hui. J'ai gardé, comme quelques autres, un très vif souvenir de notre première réunion de travail au cours de laquelle quelques-uns s'étaient étonnés de la « non-sélection » de certains collègues ; les motifs bredouillés pour justifier certaines évictions ne m'ont toujours pas convaincu... Et je me souviens, d'autres pourront témoigner au besoin, avoir personnellement suggéré d'associer à notre entreprise d'autres professions juridiques et judiciaires. La réplique fut, en substance, la suivante : la doctrine universitaire est la seule à pouvoir remplir cette mission et elle se suffira bien à elle-même... Autant de raisons, du moins en ce qui me concerne, pour ne pas être choqué, bien au contraire, par les manières de l'équipe qui a élaboré le projet de réforme et pour lui savoir gré d'avoir ouvert ses portes à d'autres familles juridiques que la sienne.

4 - Sur la méthode retenue par le groupe, tu déplores, en citant Félix Rome (tu as quand même des lectures assez bizarres...), le « saucissonnage » du droit des obligations auquel elle conduit fatalement. Tu t'en doutes, je te rejoins sur ce point ; j'ai d'ailleurs émis cette même critique dans le rapport de synthèse qui a clôturé le colloque sur ce projet, organisé en septembre dernier par la *Revue des contrats*. Simplement, à la décharge du gouvernement, on peut toutefois avancer, ce n'est pas une excuse, juste une explication, que c'est peut-être en termes de stratégie parlementaire la seule façon de procéder, si on tient à réformer dans un délai

raisonnable. Et, une fois encore, le saucissonnage des équipes auquel il avait été procédé pour la conception de l'avant-projet précité n'était pas un gage de meilleure cohérence et d'harmonie dans la perspective d'une réforme d'ensemble du droit des obligations.

5 - Sur la pluralité des sources d'inspiration, en revanche, ta critique me paraît infondée et injuste. Tu considères que « le projet donne l'impression générale d'avoir réalisé un grand écart, faisant du copier-coller tantôt de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, tantôt des Principes du droit européen des contrats » et que « Le cocktail (qui) en ressort (n'est) guère cohérent » (4). Objections, Cher vieux complice ! Certes, comme toi, il me semble que la réussite de la réforme supposait nécessairement un esprit de synthèse et de conciliation. En somme, le projet ne pouvait pas consister en une défense acharnée du modèle contractuel français, mais il n'était pas envisageable non plus d'abandonner ce qui fait sa spécificité et sa richesse; en bref, le projet ne pouvait pas se borner à imiter servilement, au nom d'un effet de mode contractuel, les autres droits et codes européens. En définitive, assurer la modernisation de notre droit des contrats supposait donc que soient conciliés le respect des valeurs fondamentales, sur lesquelles repose traditionnellement le modèle contractuel français, et un esprit d'ouverture sur d'autres idées, notions et horizons contractuels.

Or, contrairement, à toi, il me semble que cet objectif est réalisé et que le projet ne souffre pas d'une irréductible incohérence. J'en veux pour preuve, entre autres, le régime choisi pour la détermination du prix et la résolution unilatérale. Pour ces deux questions théoriquement et pratiquement fondamentales, il me semble que la mission de conciliation est accomplie. A l'instar des Principes du droit européen du contrat et de l'avant-projet « Catala », on intègre, comme l'avait d'ailleurs déjà fait la Cour de cassation, dans notre modèle contractuel l'impératif d'efficacité économique du droit et on ouvre donc, plus ou moins largement, notre tradition civiliste aux leçons de l'analyse économique du droit. Pour autant, on n'ébranle pas les fondations de notre temple contractuel puisqu'on encadre rigoureusement l'exercice du pouvoir unilatéral, prolongement juridique de l'impératif d'efficacité économique, par des obligations de motivation et par un contrôle judiciaire de l'abus, propres, dans le droit-fil de notre tradition morale et humaniste, à éviter que le pouvoir unilatéral ne dégénère en pouvoir arbitraire et que de graves injustices contractuelles soient commises au nom de la loi du marché. Je ne perçois donc pas d'incohérence rédhibitoire dans les textes qui régissent ces deux questions.

J'ajoute d'ailleurs, toujours dans la même veine, que ce qui me semble être une des qualités essentielles du projet de réforme, c'est précisément l'esprit de synthèse dont il fait preuve entre les différents impératifs qui animent le droit des contrats et, ce, précisément grâce à l'exploitation opportune de toutes les forces créatrices de la matière contractuelle. Entre beaucoup d'autres illustrations, je retiendrai d'abord qu'un équilibre assez harmonieux est réalisé entre les impératifs de liberté, de sécurité et de justice contractuelles. Liberté avec, entre autres, l'affirmation du principe du consensualisme, le régime général de la négociation, la sanction finalement retenue pour la révocation abusive de l'offre, la validité des contrats lésionnaires, celle des clauses résolutoires, etc. Sécurité avec, entre autres, la sanction de la rétractation du promettant en matière d'avant-contrats, la consécration du principe de l'exécution forcée en nature des obligations de faire, la détermination du régime de la durée des contrats déterminée, le refus de la révision judiciaire pour imprévision, etc. Justice avec, notamment, l'obligation précontractuelle d'information, la sanction du dol incident et de la violence économique, le nouveau statut de la bonne foi, la renégociation conventionnelle pour imprévision, etc. Dans le même sens, il me semble qu'un équilibre, finalement assez satisfaisant, est réalisé par le projet entre, d'une part, l'attachement à la tradition contractuelle française, avec, entre beaucoup d'autres, le maintien de l'obligation de donner, la théorie « moderne » des nullités et l'opposabilité du contrat et, d'autre part, l'ouverture vers d'autres horizons contractuels, avec la consécration de la résolution unilatérale anticipée et l'admission des actions interrogatoires. Je prendrai, dans cette perspective, un exemple précis qui me semble s'inscrire dans l'esprit de conciliation évoqué, à savoir l'article 162, alinéa 1. Ce texte, qui dispose que « Le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable », constitue, me semble-t-il, un compromis assez heureux, entre le principe moral du respect de la parole donnée, ferment, dans la tradition française, de l'exécution forcée en nature, et la protection des intérêts légitimes du débiteur assurée par l'exception tenant au coût manifestement déraisonnable de ce mode d'exécution, inspirée par plusieurs codes et droits européens et par les Principes du droit européen du contrat. Une telle exception a-t-elle vraiment de quoi surprendre un juriste de tradition civiliste ? Il est tout à fait concevable, à l'image de M Viney, de la rattacher à une exigence d'éthique contractuelle : en effet, lorsque l'exécution forcée en nature est « extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt », on peut légitimement se demander s'il n'est « pas alors abusif de la part de celui-ci de l'exiger alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit » (5). Cette règle du projet, comme d'autres, s'inspire effectivement de solutions étrangères, mais, pour ma part, je doute qu'elle puisse encourir le reproche de faire basculer le code civil au point qu'il devienne « un droit étrange, sinon étranger » (6).

En bref, la convocation par les auteurs de la réforme de toutes les forces créatrices du droit, au fond l'exploitation du pluralisme des sources internes, européennes et internationales, ne me paraît pas avoir nui à l'homogénéité du projet présenté. Le droit des contrats qui en est le fruit est un droit « pluriel » dans ses sources, dans ses valeurs et dans les impératifs qu'il promeut, mais ce n'est pas pour autant un droit

sans colonne vertébrale et sans âme, en tout cas pas plus et pas moins que notre droit positif.

On pourra sans doute être étonné par notre divergence fondamentale d'appréciation du projet sur ce point crucial. J'ai la conviction qu'elle ne nous surprendra, ni l'un, ni l'autre, pas plus que je n'ai été surpris d'entendre, lors du colloque précité, une oratrice affirmer : « Le contrat nouveau est arrivé » (7) et un autre, tout aussi compétent et clairvoyant que la précédente, s'exclamer « Rien de nouveau sous le soleil dans le projet par rapport à l'avant-projet Catala » (8).

6 - Pour ce qui est de la lettre du projet, de sa forme, de son style, de sa langue, je te trouve un peu sévère. D'accord avec toi pour ne pas y voir un futur monument de la littérature française, mais je retiens que, lors du colloque de la *Revue des contrats* (une nouvelle petite page de pub gratuite...), à quelques très remarquables et remarquées exceptions près, la plupart des intervenants ont insisté sur son accessibilité et son intelligibilité, notamment les professionnels et les collègues étrangers, ce qui me paraît quand même assez édifiant. L'un d'eux a d'ailleurs eu ce mot, qui expliquera sans doute la réticence des uns et l'approbation des autres, « La langue du projet, c'est la langue de l'époque » (9)...

Quant au plan, qui déroule la chronologie du processus contractuel, dont tu déplores le « découpage, inspiré des méthodes anglo-saxonnes en général et de la structure des Principes du droit européen des contrats en particulier » (10), outre qu'il ressemble surtout à celui retenu par l'avant-projet de code européen des contrats, lequel ne peut pas être soupçonné d'inspiration anglo-américaine, j'en approuve l'idée directrice, toujours dans cette perspective d'accessibilité du droit. N'y vois pas une quelconque allergie pour l'ordonnement des jardins à la française, mais une simple réticence à l'égard des plans académiques et dogmatiques et une préférence pour les structures claires et simplement ordonnées !

7 - Avec la question des Principes directeurs, j'ai bien conscience que mon opinion sera sujette à caution puisque c'est sur ce point précis que le groupe de travail de la chancellerie m'a auditionné et que j'ai plaidé en faveur de leur « énonciation », quoi qu'elle soit, comme tu le regrettes, « étrangère à la tradition législative française » (11). En bref, car ce débat mériterait de constituer à lui seul le sujet d'un nouvel échange épistolaire, tu trouves « Cette énonciation inutile et dangereuse » (12). Que tu es sévère !

En premier lieu, je la crois profondément utile. A l'époque où la réforme du droit des contrats était encore simplement l'objet de débats savants, beaucoup d'auteurs avaient plaidé pour que la future réforme soit l'occasion de prendre clairement partie sur la conception du contrat qui innoverait le droit futur et sur les valeurs fondamentales qui l'irrigueraient (13). C'est, précisément, la première utilité, fût-elle de l'ordre du symbole, que je vois à ces Principes et elle me semble particulièrement importante. Ils expriment le socle philosophique, idéologique et politique sur lequel repose notre futur modèle contractuel. Leur utilité me paraît tout aussi importante, dans une perspective plus pragmatique, pour les praticiens et les juges du contrat, notamment : ils permettent de préciser la mise en oeuvre des règles spéciales, de les appliquer, de les interpréter, de combler leurs lacunes, de pallier leur absence, etc.

En second lieu, la présence de Principes directeurs ne me paraît pas source d'insécurité. Pour le démontrer, je laisse, dans un premier temps, la parole à Dominique Fenouillet dont le propos est, par hypothèse, plus objectif que le mien : « La première inquiétude, générale, tient à la portée de ces principes. Les professionnels, notamment, s'inquiètent de savoir si de tels principes ont une place hiérarchique supérieure dans l'ordre juridique contractuel (doivent-ils l'emporter sur une règle technique qui leur contreviendrait ?) et s'ils sont d'ordre public (l'enjeu étant, naturellement, la question de savoir si l'on peut, ou non, y déroger). Mais cette inquiétude ne paraît pas justifiée. Le regroupement de ces principes dans le premier chapitre qui suit les définitions, et sous l'intitulé de « principes directeurs », ne vise pas à leur conférer une place hiérarchique quelconque ou une portée impérative (14). La question de leur éventuelle place hiérarchique appartient à d'autres droits - il appartient notamment au droit constitutionnel de donner ses lettres de noblesse à tel ou tel d'entre eux - (15). Et leur caractère impératif ne saurait être réglé « en bloc », comme constituant une simple conséquence automatique de leur nature « de principe directeur » (16).

Par ailleurs, j'ai l'absolue conviction que ce débat sur les Principes directeurs serait autrement moins intense, et je me demande même franchement s'il aurait eu lieu, si, dans la liste de ces Principes, n'avait pas figuré l'épouvantail doctrinal que constitue, toujours et encore, dans notre si joli petit monde contractuel, la terrifiante bonne foi. D'ailleurs, et cela ne me surprend évidemment pas, je relève qu'à l'issue de tes développements sur les principes directeurs, tu t'inquiètes, très classiquement, de ce que la « brutale mise en avant » de ces Principes, « choisis (...) arbitrairement » est « susceptible d'ouvrir au juge un pouvoir illimité de contrôle sur les conventions, notamment par référence à la bonne foi » (17). Nous y voilà !!! D'abord, franchement Cher Rémy, il faut avoir de l'estomac pour soutenir que le choix de la liberté et de la sécurité contractuelles au titre de principe directeur est arbitraire. Ensuite, ton propos est manifestement infléchi par la crainte viscérale de la bonne foi que nos plus beaux esprits accusent depuis toujours d'être la cause de tous les maux contractuels, l'arme fatale du juge dans le contrat, le ferment de l'insécurité et de l'instabilité contractuelles. Récurrents, ces fantasmes doctrinaux m'exaspèrent, autant qu'ils amusent les juristes étrangers qui vivent, depuis longtemps, avec une clause générale de bonne foi dans leurs droits des contrats sans que sinistre contractuel s'en suive. Je reste, pour ma part, convaincu que bonne foi et sécurité juridique ne sont pas incompatibles, ainsi que le démontrent amplement les expériences étrangères,

mais comparaison n'est pas raison me répliqueras-tu... J'ajouterai volontiers qu'un regard sur les trente dernières années de notre propre droit démontre qu'en dépit de l'exigence généralisée de bonne foi, décrétée par la Cour de cassation, notre droit des contrats n'a pas l'allure d'un champ de ruine. Mais je t'imagine toujours aussi sceptique, si ce n'est amusé de me voir défendre avec fougue une cause que d'aucuns considèrent comme perdue depuis longtemps... Passons donc à autre chose et consacrons notre amicale querelle à l'essentiel, c'est-à-dire à l'objet et à la cause.

8 - A propos de « ces deux piliers du contrat que sont, dans la tradition française, l'objet et la cause », tu sonnes le tocsin : « Le projet semble (les) faire disparaître (...) au profit de la notion de contenu du contrat, ici encore brutalement importée des Principes du droit européen des contrats » (18). On frémit, bien sûr, à l'idée de la brutale disparition de deux des plus beaux fleurons du modèle contractuel français et on songe immédiatement à organiser une procession, du Luxembourg au Panthéon, en leur mémoire. Sauf que, comme tu le concèdes d'ailleurs quelques lignes plus loin, on est immédiatement rassuré lorsqu'on prend la peine de lire le projet en question puisque non seulement le « contenu » ne se substitue pas à nos deux notions vedettes, qu'il coiffe plutôt qu'il ne décapite, mais encore, celles-ci sortent sinon intactes, du moins quasiment indemnes de la lâche agression européenne. Rendormez-vous braves gens, la patrie contractuelle française n'est finalement pas en danger !!!

En ce qui concerne l'objet, je relève qu'il règne en doctrine, si prompt à s'indigner des outrages que le projet fait subir à la cause, un silence assourdissant sur la nouvelle définition (19) dont il est doté. Serait-ce parce que, s'inspirant de celle que l'on trouve sous la plume du Doyen Cornu (20), dans le *Vocabulaire* de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, elle est meilleure que celle retenue par Portalis *and* C^o (21) ? On n'ose évidemment l'imaginer...

Quant à la cause objective, le mot a effectivement disparu du projet et il a été remplacé par celui d'intérêt. Sur ce point si sensible, le projet se borne à une simple réformette d'ordre purement formel (22) : le terme « cause » n'y est plus, mais on a renommé la notion dont il était le vêtement, « intérêt ». Pour ceux qui en douteraient, il suffit de comparer les textes de l'avant-projet « Catala », lequel avait sacrifié au culte de la cause, et ceux du projet sur lequel nous croisons le fer ou plutôt la plume : ainsi, alors que l'article 1125, alinéa 1, de l'avant-projet énonce que « L'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire », l'article 86 du projet dispose qu'« Un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »... De plus, alors que selon l'article 1125, alinéa 2, de l'avant-projet : « Est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause », en vertu de l'article 87 du projet : « La clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite »... Troublant, non ?

9 - Ceci étant dit, trois questions me semblent pouvoir être posées.

La première consiste, tout simplement, à se demander s'il fallait maintenir ou supprimer la cause. A cet égard, il importe, dans un premier temps, de se souvenir que les auteurs du projet s'étaient fixé pour mission d'améliorer l'accessibilité et l'attractivité de notre droit des contrats, en Europe notamment. Or, même des auteurs, qu'il est pourtant délicat de soupçonner de fomenter un complot visant à « doter la France d'un droit élaboré pour les autres et non pour nous, Français » (23), présentent la cause comme une notion « subtile » (24), « incertaine » (25), « difficilement intelligible » (26) et « délicate » (27). De plus, tous ceux qui s'aventurent hors de nos frontières hexagonales savent qu'elle est ignorée par beaucoup de droits européens, en particulier par les codes modernes (Allemagne, Pays-Bas) et écartée par les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats, pilotés par MM. Gandolfi et Lando. D'où la conclusion que la suppression formelle de la cause peut être perçue moins comme une défiance à l'égard du modèle contractuel français que comme un gage de son exportation. On ajoutera que la décision des rédacteurs du projet, sur ce point, était d'autant plus délicate à prendre que l'examen de la doctrine contemporaine n'était sans doute guère éclairante, tant les opinions exprimées par les « pro-cause » et les « anti-cause » sont obscurcies par un paradoxe apparemment insurmontable. En effet, beaucoup de ceux qui prèchent pour le maintien de la cause sont ceux-là même qui ont critiqué, et avec quelle virulence, sa rénovation et son exploitation par la Cour de cassation hors du ghetto dogmatique dans lequel cette notion était jusqu'alors confinée, mais il est vrai que ces derniers, détenteurs de la seule vérité qui fut, est et sera, savent eux, et eux seuls, le rôle susceptible d'être assigné à la cause. En revanche, ceux qui ont applaudi les audaces de la Cour de cassation dans ce domaine, ces dernières années, sont ceux-là même qui plaignent aujourd'hui pour sa disparition... ; ajoutons que ces renégats sont désormais accusés par les premiers d'être les responsables du discrédit dont souffre aujourd'hui la cause, car ce serait par leur faute que cette cristalline notion serait devenue si opaque... Il fallait tout de même y penser... Mais qu'importe les outrances des uns et des autres, sur ce point, je te concède que la cohérence de ma propre position n'est pas d'une absolue limpidité, sauf à admettre que mon opinion s'inscrit dans la perspective de l'amélioration de l'accessibilité et de l'attractivité de notre droit sur la scène européenne, et qu'elle ne tend, évidemment pas, à exclure un contrôle objectif de la volonté contractuelle en vue d'assurer la protection de l'intérêt privé des contractants...

10 - Passons à la deuxième question suscitée par l'abandon de la cause! Faut-il se lamenter, comme le font beaucoup d'ores et déjà, de l'avènement du concept d'intérêt ? Ma réponse est la fois « non » et « oui », selon que l'on raisonne en termes d'intelligibilité ou d'attractivité de notre droit !

« Non », si on raisonne en termes d'intelligibilité : pour le justiciable, pour lequel le droit est fait, le terme d'intérêt est évidemment plus clair et plus simple que celui de cause. « Non », aussi, si on raisonne en termes de légitimité, car ce nouveau concept peut faire valoir quelques titres de noblesse, c'est le moins que l'on puisse dire. On a même assez envie de dire que les rédacteurs du projet se sont en l'occurrence inspirés de la meilleure doctrine, française... A commencer par Jean Carbonnier, lui-même, qui dans son ouvrage de droit des obligations se réfère très souvent à l'intérêt pour exposer et expliquer la cause : « (...) il y a deux aspects de la cause. Non que l'unité ne puisse se rétablir à un certain niveau de généralité : dans les deux cas, c'est à l'arrière-plan du consentement que se trouve la cause, elle est un pourquoi, un but, une raison ; elle est, pourrait-on dire encore, l'intérêt (28) (en particulier, économique) du contractant au contrat » (29) ; « Une notion comme celle de l'intérêt, qui eût peut-être été la traduction la plus adéquate de la *causa*, serait bien propre à faire sentir l'unité sous-jacente à l'article 1131 : l'intérêt doit exister, et doit être sérieux, il doit être aussi légitime (...). Par là peuvent aussi s'éclairer les rapports de l'objet et de la cause : la cause est l'intérêt du débiteur au contrat (30) » (31). Curieusement, on ne se souvient pas que ceux qui aujourd'hui sonnent une charge féroce contre le concept d'intérêt aient exprimé la moindre esquisse de critique à l'égard des propos iconoclastes de l'icône de la doctrine privatiste française... Pas plus d'ailleurs qu'à l'encontre du livre, devenu incontournable, de Muriel Fabre-Magnan, dans lequel celle-ci intitule la subdivision qu'elle consacre à la cause objective, « Le contrôle d'un intérêt à l'engagement : l'existence de la cause » (32), puis définit la cause comme « l'intérêt retiré du contrat » (33). Et on ne se souvient pas non plus avoir lu ou entendu de critiques négatives sur le « travail remarquable » (34) de Judith Rochfeld qui, dans une des thèses les plus importantes et les plus stimulantes du XX siècle en droit des obligations (35), a repensé et reconstruit la classique notion de cause à travers le concept d'intérêt, sans que vacarme doctrinal s'ensuive. Autant dire que, en substituant l'intérêt à la cause, les auteurs du projet n'ont pas fait oeuvre révolutionnaire et se sont inspirés d'une doctrine dont nul n'avait auparavant songé à critiquer les opinions dans ce domaine. Ce qui, pour ma part, me conduit à ne prêter qu'une attention assez distraite à des critiques trop tardives pour être décisives.

11 - Cela étant, et j'en viens à mon « oui », pas plus que la cause, l'intérêt ne me semble, dans une perspective d'accessibilité et d'attractivité de notre droit des contrats, un choix opportun, et j'en arrive à la troisième et dernière question sur ce point. Etait-il opportun, dans la perspective d'une réforme digne de ce nom, destinée à moderniser notre droit et à renforcer son attractivité, de se contenter de substituer à la cause un clone, rebaptisé « intérêt » ? Pour qu'il en soit autrement, et pour que disparaissent des notions complexes et mystérieuses qui sont autant d'obstacles au rayonnement du modèle contractuel français, il aurait fallu que les auteurs du projet aient été convaincus que les bienfaits contractuels, auxquels conduit indiscutablement en droit positif l'exploitation de la notion de cause, pouvaient être obtenus en substituant à celle-ci des concepts ou des règles plus aisément exportables, car plus simples à mettre en oeuvre, et aussi efficaces dans la perspective de la protection de l'intérêt privé des contractants. Or, une telle entreprise était, me semble-t-il, parfaitement réalisable : ainsi, dans sa fonction traditionnelle de protection contre les déséquilibres contractuels, résultant de l'absence d'une contrepartie réelle ou de l'existence d'une contrepartie simplement illusoire ou dérisoire, la cause aurait pu être, dans une assez large mesure, remplacée par une règle introduisant la lésion qualifiée dans notre droit (36). Règle connue et appliquée dans un grand nombre de pays européens et qui a largement fait ses preuves. Quant aux autres fonctions que la Cour de cassation a assignées à la cause depuis une quinzaine d'années, dans sa lutte contre l'injustice contractuelle ou pour la prise en compte de l'interdépendance contractuelle, l'exploitation des concepts et des notions de faute lourde, d'obligation essentielle, d'indivisibilité et des principes de bonne foi et de cohérence, auraient, je crois, parfaitement fait l'affaire.

Mais, une fois encore, j'ai la nette impression de mener une cause perdue, tant le traumatisme doctrinal provoqué par la disparition de la cause me semble aussi irrationnel qu'incurable. J'ajouterai que je trouve vraiment navrant, sur le simple plan du débat sur le projet, que l'arbre de la cause masque la forêt des innovations et des évolutions réalisées par ce projet. Franchement, quel dommage d'être les victimes consentantes de cette inhibition contractuelle et de focaliser l'essentiel de nos débats sur la cause, et de passer alors sous silence des questions aussi fondamentales, dans la perspective de l'avenir du modèle contractuel français, que la graduation des sanctions des fautes précontractuelles, l'admission de la résolution unilatérale anticipée et de la résiliation judiciaire pour imprévision, la création d'une nouvelle exception au principe de l'exécution forcée en nature des obligations de faire, l'introduction de textes sur la durée des contrats à durée déterminée, l'exclusion de la rétroactivité de la réalisation de la condition, le privilège accordé au créancier qui exerce l'action oblique, etc.

12 - Pour en finir avec tes impressions, je te concède ne pas avoir les mêmes réticences que toi à l'égard des obligations implicites, et notamment ne pas partager tes craintes, décidément récurrentes, du « pouvoir exorbitant du juge » que « La consécration de l'obligation implicite accorderait bien inutilement » (37). Que je sache, notre droit connaît déjà ces « compléments d'équité », ces obligations complétives que le juge a incorporées dans le contrat, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, ou de l'article 1135 du code civil, alors que non seulement elles n'ont pas été expressément stipulées dans le contrat, mais encore qu'elles n'ont pas été voulues par les contractants, « au simple motif qu'elles correspondaient à la justice contractuelle » (38), et, ce, sans pour autant qu'il en abuse (39). Dès lors, faut-il vraiment s'inquiéter lorsque la réforme se borne à utiliser un vocabulaire nouveau pour désigner un concept qui fait partie de notre tradition contractuelle (40) ?

13 - Il est grand temps de conclure, mon Cher Rémy. En définitive, tes impressions sur le projet de réforme, ajoutées aux réactions déjà publiées et aux opinions émises en public et en privé, m'inspirent une sensation qui n'est pas politiquement correcte mais dont je te fais quand même part, sachant que tu es une tombe et que tout cela restera entre nous.

J'ai, en effet, l'intime conviction que la rapidité et l'hostilité des réactions et impressions provoquées par le projet ont une triple cause. D'abord, le culte du code civil que certains pratiquent encore avec une touchante dévotion. On a quand même le sentiment que, par principe, c'est le changement qui est critiquable et que seuls des ajustements de détails sont admissibles. Est-il inconcevable de penser qu'une réelle évolution pourrait se produire sans pour autant trahir notre modèle contractuel, voire en emportant son amélioration ? Est-il, par exemple, définitivement impossible d'envisager sereinement un nouveau rôle du juge dans le contrat ou une portée plus forte accordée à la bonne foi, sans qu'immédiatement on brandisse le spectre de l'insécurité juridique et de la judiciarisation du contrat ? Ensuite, l'animosité suscitée par le projet de réforme révèle l'aversion qui subsiste dans une large part de la doctrine française à l'égard du droit européen du contrat. Les articles déjà publiés le révèlent très nettement ; les options, retenues par les rédacteurs, qui sont le plus critiquées sont toutes suspectées d'avoir été choisies sous l'influence des projets d'harmonisation du droit européen des contrats. Défaut qui reste manifestement rédhibitoire. Enfin, ce qui est implicitement reproché aux rédacteurs du projet, c'est d'avoir commis un crime de lèse-doctrine en ne reprenant pas mot à mot l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, joyau de la pensée universitaire française... Avant-projet qui, faut-il le rappeler, maintenait, comme par hasard, la cause. Pourtant, le projet de réforme gouvernemental s'en inspire dans une très large mesure, même s'il est plus sensible aux idées venues d'ailleurs, mais pas au point toutefois d'avoir, comme le faisait l'avant-projet « Catala », étendu la protection contre les clauses abusives aux contractants professionnels, à l'image des Principes du droit européen du contrat.

Finalement, ce qui est à craindre, c'est que, en restant les uns et les autres campés sur nos positions, nous participions tous à la conspiration des immobiles et que nos querelles idéologiques aboutissent à un blocage alors que nous sommes tous d'accord, du moins je le crois, pour considérer que notre droit des contrats a besoin d'une bonne et salutaire réforme. Alors, comme nous y exhorte Jacques Mestre, le pape du droit des contrats, « Soyons donc confiants dans l'avenir. Confiants dans ces principes directeurs (...) ! Confiants dans les choix techniques opérés (...) ! Confiants dans les équilibres trouvés entre innovations (...) et permanences (...) » et gardons à l'esprit « d'aboutir assez rapidement, sans enlisement dans d'innombrables discussions qui briseraient un élan dont notre droit des contrats a plus que jamais besoin ! » (41).

Allez, Rémy, chiche !?!

Amitiés contractuelles !

Denis

- (1) Cette lettre est adressée à un vieil ami et complice, Rémy Cabrillac.
- (2) Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions, JCP 2008. I. 190
- (3) N° 3.
- (4) N° 5.
- (5) G. Viney, Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167 s., spéc. n° 17.
- (6) P. Malinvaud, Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le *stoemp* bruxellois aux légumes, D. 2008. Point de vue. 2551.
- (7) D. Fenouillet.
- (8) P. Stoffel-Munck.
- (9) M Brochier.
- (10) Ton article, n° 7.
- (11) *Ibid.*.
- (12) *Ibid.*.
- (13) En ce sens, J. Mestre, Faut-il réformer le titre III du livre III du code civil ?, RDC 2004. 1167 s. ; P. Rémy, Réviser le titre III du livre troisième du code civil ?, RDC 2004. 1169 ; T. Revet, La recodification, entre tentation et illusion, in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz, Litec, 2004, p. 453.
- (14) Et il n'y conduit pas non plus. Certes, la bonne foi est un principe d'ordre public. Mais tel n'est pas le cas de la liberté contractuelle, que les conventions particulières peuvent limiter (ainsi du pacte de préférence), ou de la force obligatoire de l'engagement, qui est susceptible de degré (les parties peuvent ainsi introduire une faculté de dédit dans leur convention, ou renoncer à une exécution en nature, etc.).
- (15) Ainsi de la question de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle.
- (16) Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres. Présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la

validité du contrat, RDC 2009/1, à paraître.

- (17) Ton texte, n° 7.
- (18) N° 10.
- (19) Art. 81, al. 1, : « L'obligation a pour objet une prestation (...) ».
- (20) L'objet de l'obligation, c'est « la prestation due ».
- (21) Art. 1126, « Tout contrat a pour objet une chose (...) ».
- (22) En revanche, la cause subjective disparaît bien et laisse la place à la notion d'illicéité.
- (23) P. Malinvaud, *eod. loc.*
- (24) P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, 2007, n° 207.
- (25) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations 1. L'acte juridique, Armand Colin, 2008, n° 253.
- (26) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 2005, spéc. n° 331.
- (27) H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, Obligations, Montchrestien, 1998, n° 261.
- (28) C'est moi qui souligne.
- (29) Droit civil, Les obligations, PUF, 22 éd., spéc. n° 58.
- (30) C'est moi qui souligne.
- (31) *Op. cit.*, spéc. n° 64.
- (32) Droit des obligations, 1 - Contrat et engagement unilatéral, PUF, spéc. p. 397.
- (33) *Op. cit.*, spéc. p. 398.
- (34) J. Carbonnier, *op. et loc. cit.*
- (35) Cause et type de contrat, LGDJ, 1999.
- (36) *Contra*, F. Chénéde, L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif, CCC 2008, étude n° 11 ; J. Ghestin, Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ?, *European Review of Contract Law* 2005. 396.
- (37) N° 11.
- (38) A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, Montchrestien, 2007, spéc. n° 280.
- (39) Sur la question, V. P. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005.
- (40) En ce sens, mais de manière critique en raison du double emploi des articles 80 et 135, M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, spéc. n° 17.
- (41) « Une très heureuse initiative », RLDC, oct. 2008. 3.

Daniel Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, D. 2009, p. 308

1 - Le projet de réforme du droit des contrats préparé par le ministère de la Justice est désormais connu et assez largement commenté (1), par les plus éminents auteurs, certains d'ailleurs s'interpellant et s'écrivant publiquement, quoique de manière sinon amicale, disons franche et virile (2).

Je ne reviendrai pas sur ce que tout le monde a pu dire ou écrire, les nécessités de réformer notre droit des obligations dans un monde qui a fondamentalement changé en vingt ans, quoiqu'il y aurait beaucoup à faire remarquer sur les constats généralement opérés, nécessités condensées dans la formule assez générale de l'exigence d'« intelligibilité et d'attractivité » du droit des contrats, mais encore d'efficacité de notre droit des contrats, dans un contexte de mondialisation et de concurrence des droits.

On a bien compris aussi que ce projet de réforme reprenait, tout en s'en éloignant quelque peu, les principes de l'avant-projet de réforme proposé par le groupe réuni par le professeur Catala, enrichi des influences des Principes pour un droit européen des contrats (PDEC), des Principes Unidroit, de ceux du Cadre commun de référence (3), des travaux d'un groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques conduit par le professeur Terré, des Principes Gandolfi, des réflexions des différents acteurs économiques, etc. Un travail d'ampleur donc, réalisé vraisemblablement dans d'excellentes conditions.

Il faut saluer en hâte et avec force et enthousiasme ce projet, tout comme le projet Catala le méritait. L'idée même de ce projet, indépendamment du regard que l'on peut porter sur tel ou tel point de son contenu, est particulièrement heureuse. Au fond, et pour faire court, le droit français des contrats actuels, celui de notre code civil, pêche par bien des points. Le premier est son ancienneté : l'ancienneté n'est pas

plus une tare que la jeunesse n'est, par principe, une qualité, mais, s'agissant d'une institution aussi essentielle à la vie sociale et économique de notre pays, l'obsolescence des règles proposées par le code civil en droit *légal* des contrats est manifeste. Quiconque enseigne le droit des obligations éprouve quelques difficultés à considérer bien des règles du code civil autrement que comme un simple point de référence, concurrencées par les règles de source jurisprudentielle qui sont devenues l'essentiel du droit des contrats. Les exemples sont légion et ce ne sont pas des points de détail ni des situations isolées : la négociation du contrat, son contenu, sa circulation, son extinction, etc.

En outre, le droit actuel des obligations est articulé sur une fausse image d'unité, alors même qu'il allie trois objets distincts, le contrat, la responsabilité et le régime des obligations, aux fonctions différentes, les échanges économiques, les tragédies, le financement et les sûretés. De ce point de vue, le projet est très cohérent, il se préoccupe essentiellement du contrat comme technique de gestion des échanges économiques, même si l'aspect « responsabilité contractuelle » demeure en l'état pour l'instant, mais sans mélanger les questions relatives à la responsabilité et au régime de l'obligation. Toutefois, il faudrait tenir compte du fait que, jusqu'à présent, le code civil n'était pas la source exclusive du droit des contrats : les contrats de consommation relèvent principalement du code de la consommation, les contrats d'affaires sont totalement ignorés du code civil alors même que l'essentiel des décisions de jurisprudence importantes de ces trente dernières années repose sur ces contrats, et que bien des sources légales d'un droit commun des contrats sont extérieures au code civil. La question aurait mérité d'être posée de l'opportunité d'un lien entre ces sources, voire de réintégrer dans le code civil des dispositions relatives à certains contrats d'affaires.

Surtout, le modèle contractuel qui inspire le code civil est la vente, à l'image de l'ensemble de la structure du code civil, tournée autour des différentes manières dont on acquiert la propriété, adaptée aux projets et aux ambitions du législateur de 1804 pour le propriétaire terrien héritier de la Révolution française, mais nettement moins à la société économique et politique de 2008. Or, la vente est un contrat très singulier, translatif de propriété, sans durée ou presque, aux obligations simples et bien définies, alors même que les contrats d'affaires sont des contrats qui s'inscrivent dans la durée, avec toutes les conséquences de la prise en compte de ce facteur temporel : la négociation, la circulation, l'adaptation, la rupture inéluctable, etc. Enfin, et peut-être pire, le code civil, mais il convient d'ajouter que cette critique est toujours actuelle, s'inscrit dans la tradition humaniste, morale du droit français classique, parfaitement belle, honorable et légitime, mais assez peu dans cette dimension économique - disons pragmatique ou pratique si le mot économique effraie - qui, répétons-le encore et encore, n'a pas vocation à supplanter la précédente, mais à ajouter une grille d'analyse, soit pour conforter, soit pour critiquer mais en tout cas pour offrir des réflexions autres, sinon alternatives.

La grande difficulté d'une réforme du droit des contrats repose sur la difficile compatibilité d'un droit commun des contrats entre les exigences particulières des contrats d'affaires et des contrats civils, au-delà de la fausse dualité entre droit « commun » ou « de base » ou « générique » des contrats, et droit « spécial » des contrats, ces contrats spéciaux si affreusement traités par le code civil et qui se développent anarchiquement au gré des évolutions législatives, sans compter le succès de certains éléments de « droit suppléé » des contrats, les clauses ou les montages contractuels. Aujourd'hui, règne un flou considérable qu'on peut très rapidement illustrer sans idée de classement ou de recensement : les contrats d'affaires sont censés être régis par le droit civil des contrats, sauf règles particulières (c. civ., art. 1107), solution qui aboutit à un éparpillement des règles, dans la mesure où la plupart des aspects utiles du droit des contrats, l'interprétation des dispositions du droit *civil* des contrats se fonde principalement sur le contentieux des contrats d'affaires alors que les règles *légales* des contrats d'affaires sont situées hors du code civil, ce qui aboutit à des distorsions assez conséquentes, que certains contrats ou clauses font l'objet d'un régime établi intégralement par la jurisprudence comme celui des contrats de distribution (4), que certaines clauses ou techniques contractuelles font l'objet d'un traitement particulier par des règles légales à l'assiette plus ou moins large (5), que des divergences majeures se creusent par exemple au sujet de la négociation des contrats selon qu'on envisage la négociation des « grands » contrats ou celle des relations d'affaires usuelles avec le développement toujours plus complexe des règles dites de transparence tarifaire (c. com., art. L. 441-3 s.) généralement ignorées des civilistes.

Plus sensiblement encore, la question se pose de savoir dans quel système juridique évolue le droit français et il ne nous semble pas révolutionnaire d'affirmer que, depuis 1896 au moins et la construction de la responsabilité moderne, la Cour de cassation est une autorité décisionnelle créatrice de règles, la jurisprudence est une source objective de droit, qu'on l'admire ou qu'on le regrette, de sorte que notre système est mi-légal mi-prétorien, ce dont on pourrait alors tirer quelques conclusions en termes d'organisation et de prévisibilité : la jurisprudence continuera son travail de construction, code civil nouveau ou pas. La perspective d'une exception d'inconstitutionnalité montre la voie de nouveaux espaces d'interprétation pour la Cour de cassation, comme elle a su utiliser la Convention EDH, l'article I, 1, de la loi Kouchner adoptée en hâte pour briser la jurisprudence *Perruche* en ayant fait récemment les frais (6).

2 - Ces quelques propos liminaires et généraux ne viennent pas pour préparer de loin une critique lourde du projet, mais cherchent simplement à éclairer l'idée qu'un projet, essentiel pour des raisons d'efficacité immédiate mais aussi en termes de modèle contractuel proposé pour la France pour quelques années, doit impérativement reposer sur un projet global, une vision du contrat, actualisée,

efficace, utile pour les « consommateurs » de droit des contrats que sont, principalement, les avocats, les entreprises. Le tout dans un contexte de compétition internationale, des entreprises, sans doute, mais surtout de notre droit, compétition qui ne date pas d'hier, mais vraisemblablement du succès du code civil au XIX^e siècle et de sa vision universaliste du droit et a conduit ses principaux concurrents à réagir, conduisant à la situation dénoncée dans le rapport *Doing Business* même si ses méthodes pouvaient être contestées (7).

J'imagine qu'il en est ainsi quand j'observe le parrainage dont peut se prévaloir ce projet, tel que le présente lui-même son promoteur M. François Ancel, et tels que d'autres protagonistes le révèlent au fur et à mesure des commentaires de ce projet. Peut-être un bémol en observant que, si le projet est assurément européen-compatible, ce que les références explicites ou implicites aux PDEC tendent à démontrer, il n'est pas certain que nos amis publicistes aient été consultés (8), alors pourtant que la famille des contrats administratifs se nourrit du code civil, que la jurisprudence administrative a lancé des ponts importants avec le droit de la consommation ou de la concurrence, par exemple.

3 - On aura compris aussi que les principaux points de désaccords lancés par les observateurs reposent sur l'érection de principes directeurs et l'abandon de la cause. Là encore, l'essentiel a été dit, mais j'observe que l'idée de principes directeurs n'est pas, loin s'en faut, ignorée du droit français, le code de procédure civile, le code de procédure pénale en proposent, et c'est un outil que l'on trouve dans bien des textes modernes. Les Principes directeurs ainsi érigés sont classiques : liberté, sécurité et loyauté. S'il fallait trouver une filiation, on repèrerait les trois alinéas de l'article 1134 du code civil dont chacun reçoit une promotion. Sans doute la bonne foi a-t-elle une place d'honneur « *chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi* ». C'est plus large que la formule « *les conventions s'exécutent de bonne foi* » si on s'en tient à une analyse purement textuelle que n'auraient pas reniés les exégètes d'avant Gény, mais c'est très loin de la réalité jurisprudentielle et des promesses d'interprétation moderne du droit. Pour plagier une formule de Jacques Mestre, à quoi sert-il, en effet, d'exiger la bonne foi dans l'exécution du contrat si on ne l'impose pas au stade premier, et à bien des égards décisifs, de la formation même de l'acte et, ce faisant, au stade ultime, de l'extinction du contrat, érigeant ainsi la bonne foi en pilier du droit des contrats (9) ? Il ne fait plus de doute que la bonne foi s'apprécie à tous les stades de la vie du contrat : formation, exécution, circulation, extinction, et de toutes les manières : obligations d'information, de coopération, de confidentialité, de donner un préavis, de faire en sorte que ce préavis ait une durée raisonnable, de motiver (ou de ne pas motiver), et à quelques exceptions circonstanciées près, aucun excès grave, scandaleux et durable n'est à déplorer. Le fournisseur n'est toujours pas tenu d'assurer la reconversion du distributeur, l'acheteur n'est toujours pas tenu d'informer le vendeur, réservant son droit de réaliser une bonne affaire, etc. Le juge, les avocats, la doctrine ont su gérer les deux bombes que constituent l'article 1134, alinéa 3, et, plus dangereuse, celle de l'article 1135 du code civil ; ils sauront s'arranger des principes directeurs, même avec un principe correcteur, promu directeur, de loyauté.

C'est d'ailleurs une mauvaise querelle sur laquelle on peut s'arrêter quelques instants, même pour enfoncer encore quelques portes ouvertes. On retrouve, dans ce débat d'opportunité mais de principe, celui qui porte sur l'intangibilité du contrat, de la sécurité des transactions, à préserver contre les tentations intrusives du juge : l'application à la lettre du contrat. Traditionnellement, ce débat s'articule autour du principe de l'intangibilité contractuelle opposée au juge. Celui-ci ne saurait, sauf à vider la prévisibilité contractuelle et la sécurité juridique de son efficacité, découper dans le contrat à sa guise selon les clauses. Inversement, le souci de justice contractuelle permet de considérer que la partie faible d'un contrat, même professionnel, invite sa considération pour, par exemple en utilisant les ressorts de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, ou de la cause, écarter telle ou telle clause. Ce débat trace la ligne du discours, en gros, entre les adversaires et les partisans du solidarisme contractuel, dont le moins que l'on puisse dire c'est que c'est un dialogue de sourds, les premiers ayant beau jeu de considérer les seconds comme de doux rêveurs irresponsables et les seconds d'en appeler à une justice que les premiers, infâmes conservateurs, piétineraient allègrement et sans scrupule : la Justice contre le Parti de l'Ordre en quelque sorte ; on se croirait au XIX^e siècle (10).

Il y a cependant une autre façon de présenter le débat dans cette fameuse dimension économique que propose l'analyse économique du droit. C'est un serpent de mer, en ce sens que tout le monde en parle mais qu'on ne le voit jamais. A moins que nous soyons aveugles. J'en veux pour preuve la façon dont sont traités les clauses de non-concurrence, les clauses d'exclusivité, les clauses de restitution de fin de contrat, la gestion de l'économie du contrat, le caractère raisonnable d'un préavis, celle de la motivation d'une décision contractuelle faisant grief, etc. Il ne faut pas être un grand économiste pour observer que les raisonnements utilisés sont essentiellement économiques, au sens de l'analyse économique du droit (11). Il n'y a rien d'extraordinaire à contrôler une clause de non-concurrence exagérée, à exiger un préavis. La bonne foi est une formule sans signification autre que ce qu'on veut bien lui accorder : pour les Anglais, cela signifie exécuter le contrat à la lettre et c'est la position « ultra » des partisans de la sécurité juridique, pour les solidaristes, plus de loyauté au sens moral de la question avec parfois quelques positions également « ultra », et pour les utilitaristes, exécuter le contrat dans sa lettre et dans son esprit, alors considéré comme utile, efficace, au service du contrat et point d'un seul contractant (12).

4 - Quant à la cause, une formule toute faite que j'ai entendu prêtée à bien des personnes, fait généralement sourire dans les amphithéâtres après qu'elle a été étudiée « *si vous avez compris ce qu'était la cause, c'est que je l'ai mal expliquée* ». Je ne

reviendrai pas, là encore, sur les mérites ou des tares de la cause, de sa disparition ou de son maintien dans le projet, l'essentiel est déjà dit (13). J'observe simplement qu'il me paraît assez invraisemblable que, en droit français, on ne soit pas techniquement capable de répondre directement à cette question pourtant ordinaire : « ce contrat, cette clause, sont-ils valables, licites ? ». On ne le peut pas tout simplement parce que la réponse à cette question implique qu'on la situe à la formation du contrat, en recourant à l'objet « licite » ou à une cause « valable », formules qui sont celles de l'article 1108 du code civil. Observons que le droit des affaires propose des analyses parfois plus directes : l'article 81 § 2 CE ou L. 420-3 du code de commerce disposent que les contrats conclus en méconnaissance de l'article 81 § 1 CE ou L. 420-1 du code de commerce alors qu'une entente a été sanctionnée « sont nuls ». Pas « sont annulables », pas « ont un objet illicite » ni « ont une cause illicite ». Ils sont nuls. C'est la logique de la licéité du contrat, le « test de validité » comme l'écrit Bertrand Fages (14). C'est l'un des effets utiles de la cause subjective. Je trouve plus simple, plus accessible, plus attractif, plus efficace de recourir à cette notion d'illicéité. Un contrat est nul lorsqu'il n'est pas conforme à des règles d'ordre public, les bonnes moeurs au sens d'une censure morale sexuelle étant globalement passées aux oubliettes. J'observe également que l'effet utile de la cause objective repose sur le contrôle de la proportionnalité des obligations réciproques des parties dans un contrat (15), que ce soit les clauses limitatives de responsabilité, les clauses de non-concurrence, les clauses d'exclusivité, les clauses d'indisponibilité, les clauses de divisibilité, la question même de l'opportunité du conclure un contrat, à travers cette affreuse chose dont on ne doit pas parler, l'erreur sur la valeur, qu'on tente de camoufler un peu par la notion de lésion qualifiée. C'est un peu comme Voltemort chez Harry Potter : « celui-dont-on-ne-doit-pas-prononcer-le-nom ». « Cette-question-dont-on-ne-doit-pas-parler », nommons-la, la lésion (16), l'erreur sur la valeur : elle est à tous les recoins de notre droit des obligations, en termes d'équilibre du contrat, le droit de réaliser une bonne affaire, le prix dérisoire, les clauses limitatives, les clauses abusives ou exagérées, etc. Ne pas évoquer la question, faire comme si elle n'existait pas, n'est-ce pas le plus sûr moyen qu'elle se développe aux dépens d'une analyse, d'un débat, solide et, surtout, de couper le code et l'Ecole de la réalité contractuelle dans ce qu'elle a de plus quotidien ? Je ne vais pas insister et envisager quelques points du projet mais également quelques points déjà en vigueur et qui auraient pu, ou dû, figurer dans le projet.

5 - Sur la négociation et les « avant-contrats » - Au double risque de bégayer, les dispositions relatives à la négociation et aux avant-contrats méritent quelques remarques, pour l'unique raison que je n'en ai point vu beaucoup, même du temps du projet Catala (17) alors même que sont présentées des solutions qui renversent les règles actuellement en vigueur, par un *putsch* contractuel qu'on ne peut toutefois cautionner sans, au moins, le signaler.

Il y a, de manière préalable, quelques erreurs de méthodes dans le projet, peu graves, mais qu'un observateur de ces questions ne peut s'empêcher de soulever. Est-il opportun, par exemple, de traiter de « la négociation » dans un chapitre traitant plus largement de « la formation du contrat » ? La négociation du contrat révèle, *a priori*, le temps de l'avant contrat, préalable donc à la formation du contrat. La présentation du projet est une présentation très académique mais sans doute fautive : ce sont deux questions bien distinctes, s'agissant des concepts utilisés, des sanctions, etc., et ce d'autant plus que la répartition des sections dans ce chapitre ne me paraît ni cohérente ni claire. Ainsi, la notion d'« avant-contrat » est une horreur. Il existe des « contrats préparatoires » sans doute, mais pas des « avant-contrats », et surtout pas avec ce « - » entre « avant » et « contrats » qui laisse entendre que les contrats préparatoires seraient une catégorie déclassée de contrats : ils sont des contrats, de la période de l'avant contrat, de la négociation du contrat.

6 - De la rétractation des promesses - Ce sont cependant là des brouilleries. De manière plus lourde et plus sérieuse, s'agissant de ces « contrats préparatoires », de la section 4 de ce chapitre 1, toutes les dispositions se concentrent autour du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de vente (projet, art. 33). Ici, la corrélation avec le projet Catala est pratiquement parfaite, quoique particulièrement subreptice. La sanction, aujourd'hui, de la « rétractation » de la promesse par le promettant s'effectue par des dommages et intérêts, et ce depuis un arrêt particulièrement de principe de 1993, largement commenté, et répété depuis, par la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Toute la doctrine a combattu ces arrêts. Toute ? Non, un petit groupe d'irréductibles juristes résiste encore et toujours... de sorte que le procédé consistant, d'un trait de plume, à balayer cette solution jurisprudentielle bien établie est intellectuellement malhonnête et surtout intempestive. Bien entendu, ni le projet, ni ses zéloteurs, et c'était également le cas du projet Catala, n'affirment que le projet codifie à « norme constante », c'est-à-dire en reprenant les dispositions anciennes qui demeurent efficaces et les normes jurisprudentielles faisant l'objet d'un consensus. D'ailleurs, le projet propose diverses autres avancées, comme un régime, certes discutable, mais qui a le mérite d'exister, de gestion de l'imprévision, l'insertion encore plus osée d'une obligation de motivation lors de la rupture du contrat, etc. Mais il faut rappeler ici que la définition des promesses ou du pacte de préférence proposée par l'article 34 du projet de réforme n'a pas d'antécédent, qu'il n'y a jamais eu de telle définition, ni dans un code ou une loi, ni en jurisprudence, que cette dernière affirme exactement, mais indirectement, le contraire par la sanction qu'elle promet, alors que les définitions doctrinales modernes sont des pétitions de principe, qu'on attend toujours le fameux arrêt de principe suivant l'arrêt d'une chambre mixte du 26 mai 2006 sur le pacte de préférence (18), alors même que la Cour de cassation a eu l'occasion, le 24 septembre dernier (19), de proposer ce revirement et qu'elle ne l'a pas fait. C'est donc une forme d'autosuggestion collective que d'affirmer que la promesse est ceci ou cela, *comme si* cette définition était unanime et ancienne, alors que les travaux de Pothier et du XIX

siècle montrent le contraire, d'observer que la jurisprudence propose une sanction qui ne correspond pas à cette définition, *ergo* la jurisprudence se fourvoie. Le travail tendant à proposer une démonstration alternative à celui de la doctrine majoritaire a déjà été fait (20), il a été discuté et il me semble qu'il a été l'occasion de montrer qu'il y avait, au minimum, un certain doute, ou un doute certain, sur la définition donnée et sur l'opportunité de sanctionner en nature la « rétractation » de la promesse, qui s'analyse comme une simple résiliation d'un contrat à durée déterminée, sans doute fautive, au regard de critères juridiques et économiques au moins aussi importants que ceux qui justifient, avec raison, le droit de réaliser une bonne affaire. Autant la position de Denis Mazeaud par exemple est cohérente - je lui soupçonne évidemment la paternité de ces articles dans le projet et, au moins, l'impression que sa marque dans le projet Catala aura faite sur le rédacteur du projet de réforme - dans la mesure où il critique la jurisprudence *Baldus* (21), autant il est difficilement compréhensible que l'on puisse en même temps approuver la jurisprudence *Baldus* et se réjouir de la reconnaissance d'un droit de réaliser une bonne affaire, et le nier dans les promesses de vente. Il me souvient que de l'un des arguments - oraux, dans un colloque - était que la position de la Cour de cassation affectait la sécurité des « *put* » et des « *call* » dans les ventes en bourse à terme, lesquelles reposent sur des figures de promesse, des options. La belle affaire ! On n'a jamais vu un seul arrêt sur cette question alors que le jeu des promesses et des pactes envenime par son incertitude bien des figures du droit des sociétés ou des contrats de distribution (22).

7 - Sur l'intérêt au contrat - Comme tout le monde, j'ai été surpris tant par la disparition de la cause dans le projet que par l'érection de « l'intérêt au contrat ». Sur la disparition de la cause, j'ai déjà dit ce que j'en pensais, je crains ne pas beaucoup le pleurer. J'ai été plus étonné par la notion d'intérêt au contrat et sa place, installée dans le chapitre relatif au « contenu du contrat », associée avec une section sur « l'objet du contrat ». Pourquoi pas, c'est au fond aussi décalé que de dissocier consentement et objet : on ne consent pas abstraitement, mais sur un projet et un objet contractuel. Proposer cet « objet » du consentement comme faisant partie de son contenu n'est alors guère choquant. Mais peut-être faudrait-il alors déplacer le passage sur les obligations implicites et expresses.

En revanche, que dire de « l'intérêt au contrat » ? « Chaque partie doit avoir un intérêt au contrat », « un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire » et encore « la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite ». Trois textes qui installent cette notion apparemment curieuse et nouvelle, à la place de la cause, voire à ses côtés si les sirènes appelant son maintien sont entendues. Les deux premières règles sont des déclinaisons de la cause et ressemblent à s'y méprendre, le terme cause étant remplacé par celui d'intérêt, à l'article 1125 du projet Catala.

Cette notion d'intérêt n'est pas dénuée de sens, bien au contraire. On peut songer, par exemple, à l'application des articles du projet de réforme aux situations dans lesquelles la notion d'économie du contrat est invoquée. Mais bien d'autres situations présentent une notion d'intérêt. C'est le cas bien connu du contrôle moderne des clauses de non-concurrence : celles-ci doivent être justifiées par la proportionnalité entre l'intérêt légitime du créancier de non-concurrence et les moyens utilisés pour le préserver. Traditionnellement, la cause sert d'*ersatz* de fondement à l'annulation de la clause disproportionnée (23). Cette manière de procéder est très économique : c'est très exactement la technique utilisée par le droit de la concurrence lorsqu'il s'agit d'exempter une clause contraire aux règles *antitrust*, en dehors de l'application d'un mécanisme d'exemption collective. L'article L. 120-4 du code de commerce comme l'article 81 § 3 CE proposent une méthode simplement plus explicite imposant, à partir de la restriction observée, d'identifier les effets positifs du contrat ou de la clause sur le marché (la préservation des intérêts légitimes du créancier pour une clause de non-concurrence) mais également de vérifier que des effets négatifs n'en résultent pas, *via* la règle de proportionnalité : il ne faut pas que l'entente produise des restrictions non indispensables pour atteindre les effets favorables. C'est ce qu'on appelle le « bilan économique » en droit de la concurrence. Mais, au fond, c'est un bilan appréciant le choc d'une rencontre de deux libertés : la liberté du commerce ou de la concurrence contre elle-même dans le cas de l'application du droit de la concurrence, de la liberté contractuelle et de la liberté du commerce et de l'industrie ou de la liberté du travail dans le cas des clauses de non-concurrence, liberté contractuelle contre liberté contractuelle dans bien d'autres cas. C'est ce que j'avais appelé la civilisation du droit de la concurrence (24), sans mesurer alors l'impact de cette confrontation sur l'analyse des clauses en droit des contrats. La méthode issue de cette civilisation des règles du droit de la concurrence, que l'on retrouve par exemple lorsqu'il s'agit de confronter la liberté contractuelle avec les droits fondamentaux, est très opportune et peut en effet être déclinée dans bien des situations : les clauses d'exclusivité dès lors que les règles particulières ne sont pas applicables (25), les clauses de restitution en nature, à partir de la fameuse question de l'affaire dite des « *cuves* » mais qui était demeurée dans le domaine strict du droit de la concurrence, mais également les clauses limitatives de responsabilité. L'article 87 du projet, « la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite », est d'ailleurs présenté comme une arme destinée à combattre les clauses limitatives de responsabilité. Le raisonnement est empreint d'une logique unifiant les raisonnements en la matière : l'obligation essentielle n'est rien d'autre que l'intérêt au contrat du créancier de l'obligation inexécutée, de sorte que, sans qu'il soit besoin d'en appeler à la cause, la clause limitative de responsabilité « vide » - la formule est peu heureuse - le contrat de son intérêt dans ce type de situation. C'est encore le cas du contrôle des clauses d'inaliénabilité, valables que pour autant qu'elles soient justifiées par un intérêt sérieux et légitime et qu'elles soient temporaires (26). On peut observer alors que c'est tout le contrôle de l'équivalence des prestations réciproques

qui devient alors possible sur ce fondement. C'était déjà le cas avec la notion de cause et ses développements récents, mais la notion d'intérêt au contrat présente un lien plus direct, plus évident, plus pédagogique avec cet objectif, notamment en déplaçant ces questions du seul point de vue de la formation des contrats.

8 - De lege lata : les réformes faites et passées inaperçues par le projet - Et si la principale réforme du code civil se trouvait... dans le code de commerce ? Plus précisément, dans son article L. 442-6, I, 2°, issu de la loi de modernisation de l'économie, dite LME, du 4 août 2008 (27) ? C'est, à bien des égards, le regard comparatif que l'on peut tenter sur, d'une part, la proposition de réforme du droit des contrats de la chancellerie, et, d'autre part, ce nouveau texte issu de la loi LME qui connaît un succès que ces auteurs n'imaginaient sans doute guère. Ce contraste est saisissant, il fonde une « *extension du domaine de la lutte* » écrit l'avisé Félix Rome (28), à moins que le contrôle des clauses exagérées, nouvelles « *particules élémentaires* », sur la base d'une véritable « *plateforme* » pour un nouveau contrôle de ces clauses laisse entrevoir « *la possibilité d'une île* », pour épuiser ainsi la parabole houellebecquienne, pas si fumeuse qu'il n'y paraît au premier abord. En effet, le contrôle des clauses exagérées apparaît, qu'on le loue ou qu'on le critique, comme une réalité de droit positif, mais une réalité disloquée, à travers différents modèles qui empruntent à des techniques aussi disparates que la cause, objective ou subjective, la licéité d'une clause, le jeu des requalifications, le mécanisme de la faute lourde, la bonne foi, l'extension du jeu des clauses abusives de l'article L. 132-1 du code de la consommation, le tout à travers une littérature faite d'une histoire parfois exaspérante. Cette émiettement rend alors assez mal compte de cette réalité et tout l'enjeu de l'identification de l'intérêt au contrat, peut-on présupposer, ou de la mise en oeuvre de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce est alors de rassembler ce contrôle des clauses exagérées. C'est sur cette base que les réflexions qui suivent, par jeu de déductions successives, tentent de montrer l'intérêt de la coopération entre les règles du droit commun et du droit des affaires appliquées au contrat.

On ne peut manquer de très brièvement planter le décor de cet article L. 442-6 du code de commerce, sans entrer dans le détail d'une réforme et d'une histoire complexes. L'article L. 442-6 fonde un certain nombre de présomptions de faute, dans un régime de responsabilité particulier propre aux relations d'affaires, visant pour domaine principal les relations de la grande distribution avec leurs fournisseurs, mais aussi réputée nulles certaines clauses particulières et des actions et sanctions innovantes. L'article L. 442-6, I, 1°, constituait, avant la LME, la pierre d'angle du système, avec une technique de sanction des discriminations tarifaires, impliquant, en amont, une formalisation extraordinairement complexe de la négociation, et, en aval, celle des factures. Ces règles ont été modifiées à de nombreuses reprises, dans des procédures complexes de négociation avec les groupes d'intérêts, des rapports, des milliers d'amendements, bref, ces textes ne sont pas des textes tranquilles, d'application paisible. Ils sont à l'inverse des textes discutés où la loi intervient de manière très complexe, à la fois comme définissant des interdits, exprimant un semblant de consensus, le tout avec des techniques d'intervention variées, se présentant comme des règles de droit de la concurrence, alors qu'elles sont le plus souvent de droit des contrats. Enfin, l'ensemble de l'article L. 442-6, I, du code de commerce peut être considéré comme des déclinaisons du 1° qui sanctionne les discriminations tarifaires, avec cette nouveauté toutefois que ce 1° a été abrogé.

9 - Extension du domaine de la lutte - Au sein de ce qui demeure de l'article L. 442-6, I, du code de commerce, tel que modifié par la LME, s'installent les articles L. 442-6, I, 1°, et 2°, qu'il convient de citer, malgré leur longueur : « *Art. L. 442-6, I - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ; 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (...)* ».

Une attention même rapide portée à ces règles permet d'en mesurer l'importance potentielle. Le 1 de l'article L. 442-6, I, du code de commerce (et ex-2° avant la loi LME) avait été introduit par la loi NRE de 2001 et était globalement passé inaperçu, malgré la grossièreté de son projet contractuel qui n'est autre que la question globale de la lésion, au sens large plus haut envisagé, l'erreur sur la valeur : « *obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* ». Pratiquement aucune action ou tentative d'action n'a pourtant été tentée sur ce fondement, sauf quelques hypothèses dans le strict domaine des relations de la grande distribution (29). En revanche, il sera difficile d'ignorer la portée des termes du 2° de l'article L. 442-6, I, « *De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

La formule manque de portée générale, elle est réservée aux situations intéressantes « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* », c'est-à-dire tout professionnel, à l'exception des professionnels libéraux et

agricoles. En outre, il instaure une technique de responsabilité civile, « *engage la responsabilité de son auteur* », étant entendu que le régime de responsabilité demeure hypothétique quoiqu'une jurisprudence nourrie, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5, relatif à la « *rupture brutale des relations commerciales* » dont le principal mérite est de fournir un prétexte textuel à une action fondée sur une rupture abusive de contrat, semble préférer un régime de responsabilité délictuelle (30). Ces textes concernent donc les rapports entre professionnels, l'un, l'article L. 442-6, I, 1°, du code de commerce assurant le contrôle de la disproportion entre un « *avantage quelconque* » et un service « *manifestement disproportionné* », et l'autre, l'article L. 442-6, I, 2°, issu de la LME engage la responsabilité de celui qui soumet ou tente de soumettre « *un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties : voilà donc rendu possible, sur une base textuelle, le contrôle des clauses abusives entre professionnels ! Extension du domaine de la lutte, donc.

10 - Les particules élémentaires - Ces dispositions sont d'autant plus importantes qu'elles interviennent dans un paysage contractuel particulièrement mouvementé s'agissant, précisément, des conditions de contrôle des clauses abusives ou encore de la disproportion, un déséquilibre significatif, entre les droits et obligations du contrat. On retrouve alors directement la question posée dans le projet de réforme et habilement estompée derrière la notion d'« *intérêt au contrat* » des articles 85 et suivants du projet et, donc, tout le débat sur le contrôle des clauses des contrats d'affaires, les clauses de non-concurrence, les clauses d'exclusivité, mais aussi les clauses de prix, alors même que l'article L. 442-6, II, f), considère expressément que les clauses du client le plus favorisé et sans doute les clauses d'offre concurrente et de premier refus sont nulles, les clauses de confidentialité, les clauses limitatives de responsabilité (31), etc.

Toutes ces clauses, dont le nouvel essor a été souligné (32), sont souvent des conventions plus ou moins autonomes, au moins substantiellement si ce n'est processuellement comme pour les clauses relatives au litige, et répondent elles-mêmes à des intérêts particuliers qui justifient leur présence, leur contrôle, leur interprétation. On doit souligner une fois de plus le mérite du projet de réforme d'avoir dissocié le droit des contrats du droit des obligations, envisagées au sens du régime des obligations, coupant court à la fausse idée selon laquelle les obligations sont les particules élémentaires du contrat parce qu'elles en seraient leurs effets. Les effets du contrat, ou, plus exactement, son contenu, est la combinaison de bien des techniques, conventions ou clauses, création, transfert, extinction de droit réel, mécanisme de liberté, d'option, etc., et des obligations. Ce sont, le plus souvent, ces clauses qui font l'objet de l'attention des plaideurs, bien plus que les contrats qui les contiennent. Aussi est-il si difficile de proposer un régime général, par exemple des clauses de non-concurrence ou des clauses d'exclusivité (33) en raison de leur régime différenciant selon les contrats résultant sans doute de l'intérêt distinct des parties à ces clauses selon les contrats. Nouvel essor des *particules élémentaires* des contrats, nouvel essor de leur contrôle et, donc, de leur importance.

11 - La possibilité d'une île - Le point de départ le plus convaincant de cette analyse renouvelée de ces clauses fut cette série de décisions *Chronopost*, cinq arrêts de la Cour de cassation de 1996 à 2006 (34), *Chronopost V* succédant à *Chronopost IV, III, II et I*, et dans lesquels transparait la notion d'intérêt de manière plus évidente encore que celle de cause, à travers cette logique d'obligation essentielle, qui fonde l'intérêt au contrat : quel est l'intérêt au contrat d'une partie, l'exécution de son obligation essentielle ? Sans reprendre le fil de cette saga dont l'essor fut consacré au-delà des contrats de messagerie en 2007 dans des contrats de fourniture de logiciel (35) à un abonnement à une compagnie de fourniture d'électricité, dans un arrêt assez formidable du 18 décembre 2007 (36). La Cour de cassation opérait une véritable analyse économique, dont les termes du débat sont hélas masqués par la technique française de rédaction des arrêts de cassation, dans lequel une clause limitative de responsabilité est caractérisée, au regard d'une tentative habile de requalification en clause pénale, d'une éventuelle application des règles du droit de la concurrence (abus de position dominante d'EDF), et, au regard de la contravention à une obligation essentielle quoique la clause limitative n'était pas écartée car l'obligation comprenait le « *vice* » d'inexécution reproché, laquelle ne pouvait alors être considérée comme une faute lourde. Or, le domaine dans lequel cet arrêt a été rendu, un contrat d'abonnement de fourniture d'électricité par un professionnel, était précisément celui-là même sur lequel on débattait autrefois de l'application des règles, issues du droit de la consommation, des clauses abusives, sur ce fondement compliqué dit du « *rapport direct* ». L'arrêt de 2007 démontre alors que l'on peut appliquer un contrôle des clauses exagérées dans les contrats d'adhésion entre professionnels sans recourir aux techniques appliquant l'article L. 132-1 du code de la consommation, et que le résultat de ce contrôle n'est pas nécessairement l'éradication automatique des clauses, ni, à l'inverse, la non-éradication automatique. L'arrêt laisse entendre qu'il faut observer chaque cas et l'examiner : toute clause limitative n'est pas un mal (par exemple lorsque le prix prend en compte la limitation) de même que toute clause d'exclusivité, de non-concurrence, d'inaliénabilité, etc., n'est pas un mal. C'est une réponse formidable à tous ceux qui craignent que tout pouvoir donné au juge, et avec lui aux avocats et aux docteurs, se transforme en une licence quasi révolutionnaire et, bien entendu, marxiste.

On observera également que le projet Catala proposait une avancée majeure à travers son article 1122-2, plus éloignée des Principes pour un droit européen des contrats (37). Si, en effet, l'article 1122-1, fidèle à la tradition juridique française, considérait que « *le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif n'est pas une cause de nullité* », hormis les hypothèses de lésion, l'article

1122-2 formulait une solution plus séduisante : « Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée ». En revanche, le projet de la chancellerie ne reprend pas cette formule explicite, même si presque dans le même temps la loi LME l'imposait quoique de manière bizarre dans l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce ce qui n'avait pas échappé aux civilistes les plus avisés (38).

12 - Plateforme. - Qu'apporte donc ce texte de formidablement nouveau ? Une formule magique en premier : « soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », c'est-à-dire la reprise presque à l'identique moins de la formule de l'article L. 132-1 du code de la consommation que de l'article 1122, alinéa 2, du projet Catala.

Se pose alors en premier un problème d'opportunité, celle du contrôle de l'équilibre des prestations réciproques dans le contrat, cette acception moderne de la cause objective ou de l'intérêt au contrat, comme on voudra bien l'appeler. La force des mots n'est pas neutre : parler de « lutte contre les clauses abusives entre les professionnels » conduit à un tropisme consumériste qui véhicule, consciemment ou non, une logique, un vocabulaire, des réflexes, qui rendraient finalement vain ce contrôle. Parler de « clauses exagérées » ou de « clauses déraisonnables » (39) ne serait qu'une manière décalée d'évoquer la même question. Aussi, la question du « contrôle de l'équilibre des prestations réciproques dans le contrat », sous couvert d'intérêt au contrat et avec, désormais, l'outil de l'article L. 442-6, I, 2°, paraît sémantiquement plus neutre.

Toutefois, ce texte offre un support textuel comprenant une série d'inconvénients immédiats et d'avantages médiats que l'on peut rapidement examiner, même si, petite précaution liminaire, ces inconvénients et, surtout, ces avantages sont purement hypothétiques.

Au chapitre des inconvénients, on peut relever que ce texte s'inscrit dans une partie compliquée et discutée du code de commerce, qu'il érige le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial » à une clause exagérée à un simple régime de responsabilité, dont le régime est lui-même discuté, et non à la nullité de la clause, de sorte que ce texte peut difficilement être utilisé comme moyen de défense à une action en exécution forcée d'une clause ou en réparation du fait de sa mauvaise exécution. Il suppose d'avantage une action positive, alors assez courageuse, sinon téméraire, spécialement dans le contexte dans lequel ce texte s'inscrit. De ce point de vue, les règles relatives au contrôle de l'équilibre des prestations réciproques dans le contrat ne peuvent se satisfaire de ce texte, pas davantage que l'article L. 442-6, I, 5°, ne peut être considéré comme le siège textuel de la rupture abusive ou brutale d'une relation contractuelle.

Au chapitre des avantages toutefois, quoiqu'ils soient plus médiats et plus incertains, on peut relever que l'article L. 442-6 comprend une troisième partie qui définit ce qu'on appelle « l'action du ministre » et qui permet à ce dernier d'exercer une action, en réparation, en nullité des clauses et en restitution, action qui est en principe, autonome de celle des parties. Une affaire récente et très connue dans le milieu du droit de la distribution (40) posait la question de la validité de ce texte, au regard des dispositions de l'article 6 Conv. EDH en raison du caractère autonome de l'action du ministre. Or, la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 2008, vient de considérer que cette action était valable, et autonome (41). Mais alors, si l'on considère que la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) instituée depuis 2001, et présidée aujourd'hui par J.-P. Charié, député et grand connaisseur de ce secteur, dont la mission est précisément de « donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis », on dispose alors d'une institution formidable, disposant d'un pouvoir d'autosaisine par les recommandations qu'elle peut formuler et renforcé par le biais de l'action du ministre, et qui pourrait servir de pendant à la Commission des clauses abusives, mais pour les relations entre professionnels.

Est-ce opportun ? Une telle régulation du droit des contrats est-elle utile ? J'observe que bien des questions, ou des réponses, apportées par la Cour de cassation ont une portée qui dépasse très largement l'intérêt des parties et intéresse tout un secteur : c'est l'effet normatif de la jurisprudence, mais aussi une technique de résolution de litiges qui se posent parfois de manière collective et qui mériterait un traitement collectif, une technique de régulation, intermédiaire entre la loi et la décision, des *guidelines*, une *soft law* des contrats, qui existent déjà, sous la forme des avis déjà rendus par la CEPC (42), ce qui montre que les techniques promues en droit de la concurrence, en droit financier, en droit de la consommation, peuvent également fonctionner pour les contrats d'affaires. Bien entendu, c'est toute l'ossature classique du droit des contrats qui serait remise en cause ; répétons-le toutefois, la société contractuelle de 2008 n'est plus, c'est un euphémisme, celle de 1804. Même les Anglais, qu'on présente souvent comme modèles d'une histoire harmonieuse du droit qu'il faudrait suivre, ont développé une telle *soft law*, sous la forme d'un *Supermarket Code of Practice* en 2002 à la suite du *Fair Trading Act* de 1973 qui aurait vocation à être remplacé par un *Grocery Supply Code of Conduct* envisagé par la *Competition Commission*, dont les compétences rejoignent celles du Conseil de la concurrence et de la CEPC (43).

13 - Conclusion - Bien d'autres observations pourraient être formulées, pour féliciter la reconnaissance d'une obligation de motivation dans les contrats, observer le

principe, heureux, de la révision des contrats en cas de changement des circonstances économiques quoique le régime pourrait être critiqué, pester contre le changement de paradigme s'agissant de l'exécution forcée en nature des obligations de faire - ce faisant le projet est hélas cohérent avec le régime nouveau des promesses de contracter mais point avec la reconnaissance du droit de résiliation unilatérale - où on passe sans plus d'explication d'un système où l'exécution forcée par équivalent est de principe au système exactement inverse, solution globalement peu satisfaisante, notamment pour les contrats de longue durée et peu compatible avec la reconnaissance du principe de l'efficacité de la résiliation unilatérale du contrat, fondée sur la technique de l'*efficient breach of contract*, etc. Mais au fond, nul ne saurait, sauf à ce que son projet soit égotiquement retenu sans discussion, solution assez peu démocratique, être pleinement satisfait sauf à adopter une posture systématiquement critique. Quelle aurait été la réaction de la doctrine d'aujourd'hui devant le code de 1804 ? N'y a-t-il pas une réticence objective à la réforme liée à ce conservatisme si typique des juristes français ? Et si, pour une fois, un peu d'optimisme, voire d'enthousiasme (44), nous faisons nous accorder sur le fait que nous saurons nous dépatouiller du code nouveau comme nous avons su faire avec l'ancien, que le droit des contrats n'est heureusement pas une somme de règles codifiées mais un ensemble plus vaste et plus complexe dont la solution repose moins sur l'énoncé de règles que sur leur interprétation ?

Dans cet esprit, ces quelques propos n'ont d'autre but que de proposer quelques analyses provenant d'un esprit n'ayant participé ni au projet Catala, ni au projet de réforme, ni au PDEC, assez neutre de ce point de vue, mais peu en revanche, lorsqu'il s'agit d'imaginer des figures de raisonnement permettant de donner corps à la vie, la spécificité des contrats en général, les contrats d'affaires en particulier, sur la base des analyses développées depuis trente ans en la matière, parfois, mais assez peu ou alors de manière trop peu visible, grâce aux analyses économiques du droit. Tout l'enjeu de ce droit nouveau des contrats en construction est bien entendu de proposer un régime structuré et cohérent, mais aussi et surtout un régime efficace, adapté aux enjeux nouveaux de comparaison et de concurrence des droits, de compatibilité des règles et des systèmes, de la mondialisation contractuelle, un socle pour l'avenir de l'économie française, équilibré et durable, juste et parfait.

(1) Cf. not. D. Mazeaud, Réforme du droit des contrats : haro, en Héroult, sur le projet I, D. 2008. Chron. 2675 ; R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions, JCP G 2008. I. 190 ; P. Malaurie, Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats, JCP G 2008. I. 204 ; M. Fabre-Magnan (Entretien), Réforme du droit des contrats : « un très bon projet », JCP G 2008. I. 199 ; C. Larroumet, De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, D. 2008. Point de vue 2441 ; O. Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français, D. 2008. Point de vue 2607 ; A. Ghozi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie, D. 2008. Chron. 2609 ; P. Malinvaud, Le contenu « certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le *stoemp* bruxellois aux légumes, D. 2008. Point de vue 2551 ; Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres. Présentation des dispositions du projet de réforme des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, RDC 2009-1 ; F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008, coll. Thèmes et commentaires.

(2) Cf. D. Mazeaud, art. cit.

(3) Sur ceux-ci : cf. B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud (coord.), Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé européen, vol. 6, 2008 ; G. Wicker et J.-B. Racine (dir.), B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud (coord.), Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, *idem*, vol. 7, 2008.

(4) Comp. pour une observation large, mais critique, de l'offre contemporaine de loi, dans une perspective de prévisibilité et de sécurité juridique : D. Ferrier, L'adéquation de l'offre de lois contractuelles aux besoins de la pratique des affaires, in G. Wicker (dir.), Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe, Quelles perspectives pour quel équilibre ?, Litec, 2008, p. 39.

(5) Par exemple : c. com., art. L. 330-1, pour certaines clauses d'exclusivité, L. 330-3 pour certaines obligations précontractuelles d'information, sanctionnées différemment des obligations de renseignement en droit commun, L. 441-3 et s. pour la négociation des ventes commerciales, L. 442-6, I et II, pour, notamment, la rupture des contrats d'affaires et des clauses de contrats d'affaires (et cf. *infra* pour le nouvel art. L. 442-6, I, 2°, c. com.).

(6) Civ. 1, 24 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 29, 30, 31 ; D. 2007. Pan. 1102, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; RTD civ. 2006. 263, obs. J.-P. Marguénaud.

(7) M. Grimaldi et D. Mazeaud, Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports *Doing Business* de la Banque mondiale, Société de législation comparée, 2006.

(8) Comp. F. Chénédy, L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif, CCC 2008, étude n° 11.

(9) Cf. J. Mestre, obs. in RTD civ. 1989. 738.

(10) Sur ces querelles bien connues : d'un côté, 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*, 2004, p. 184, et de l'autre : D. Mazeaud, La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité, Mélanges F. Terré, 1999, p. 603, et récemment, La

politique contractuelle de la Cour de cassation, *Mélanges P. Jestaz*, 2006, p. 371 ; C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, *Mélanges Ghestin*, 2001, p. 442. Plus dubitatifs : M. Mignot, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, *RRJ* 2004. 2153 ; J. Cédars, *Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, *Rapport C. cass.* 2003, p. 215.

(11) *Comp. not.* E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008.

(12) D. Mainguy, *La liberté de l'entreprise face à ses partenaires*, in *La liberté de l'entreprise*, *Travaux Assoc. H. Capitant*, 2008, p. 27 ; Cf. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n° 66 et 204 s.

(13) Et bien dit. Cf. les quelques lignes de D. Mazeaud, comparant cause et intérêt, au profit du second, in *chron. préc.*, D. 2008. 2675, valent bien de longues études.

(14) B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 2006, n° 179.

(15) Cf. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 153 s.

(16) *Comp.* G. Chantepie, *La lésion*, Dalloz, 2004. Je révélerai un secret en disant que j'étais son rapporteur au CNU et j'avais été surpris comme le CNU dans mon rapport, en constatant qu'il parlait, dans sa thèse, de tout, sauf de la lésion, au sens de l'art. 1118 c. civ., mais qu'il était en quête de la véritable lésion, l'idée de lésion, l'erreur sur la valeur et toutes ses manifestations. Un très beau travail.

(17) Cf. cependant P. Malaurie, *art. cit.*, *JCP G* 2008. I. 204.

(18) *Cass.*, ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull.* n° 4, *rapp.* Bailly, *concl.* Sarcelet ; D. 2006. Jur. 1861, notes D. Mainguy et P.-Y. Gautier, *Somm.* 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *JCP G* 2006. II. 10142, obs. L. Leveneur, et I. 176, obs. F. Labarthe ; *Defrénois* 2006. 1207, obs. E. Savaux ; *RDC* 2006. 1080, obs. D. Mazeaud, et 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; *RTD civ.* 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Civ.* 3, 31 janv. 2007, D. 2007. Jur. 1698, note D. Mainguy, et *Chron. C. cass.* 1301, obs. A.-C. Monge et F. Nési (preuve non rapportée) ; 14 févr. 2007, *RDC* 2007. 701, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2007. 1048, obs. R. Libchaber.

(19) *Civ.* 3, 24 sept. 2008, D. 2008. Jur. 2497, note G. Forest.

(20) Cf. D. Mainguy, *L'efficacité de la rétraction de la promesse de contracter*, *RTD civ.* 2004. 1 ; *La violation du pacte de préférence*, *Dr. et patr.*, janv. 2006. 72.

(21) *Civ.* 1, 3 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 131 ; *JCP G* 2000. I. 272, obs. G. Loiseau ; *CCC* 2000, n° 140, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2000. 1110, obs. P. Delebecque et D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Civ.* 3, 17 janv. 2007, D. 2007. Jur. 1051, note D. Mazeaud, et 1054, note P. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2007. 335, obs. J. Mestre et B. Fages.

(22) Cf. D. Mainguy, *Autopsie d'un puzzle juridique (les montages contractuels et sociétaires de la grande distribution à l'épreuve de la jurisprudence récente)*, *Mélanges J. Foyer*, 2007, p. 655.

(23) *Com.* 16 déc. 1997, *CCC* 1998, n° 39, obs. L. Leveneur ; *Civ.* 1, 11 mai 1999, *CCC* 1999, n° 137, obs. L. Leveneur ; *Com.* 4 juin 2002, *Bull. civ.* IV, n° 98 ; D. 2002. AJ. 2328, obs. E. Chevrier, et 2003. *Somm.* 904, obs. Y. Picod.

(24) D. Mainguy, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 165.

(25) Le droit *antitrust*, par les articles 4 du règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99 sur l'application de l'art. 81 CE à certaines restrictions verticales de concurrence, entend contrôler les clauses d'exclusivité (cf. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, n° 550 ; D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 6 éd., n° 478) mais uniquement dans le cas de l'application, finalement rare, de ces règles en raison des effets de seuils d'application du droit *antitrust*, et l'art. L. 330-1 c. com. limite à dix les clauses d'exclusivité dans les contrats de vente ou de location de biens meubles corporels et par extension, depuis 1971, dans les contrats-cadres : rien n'est envisagé hors de ces hypothèses et rien n'interdit de contrôler ces clauses exactement comme des clauses de non-concurrence.

(26) Cf. *Civ.* 1, 16 févr. 1953, *Bull. civ.* I, n° 61 ; 31 oct. 2007, *Bull. civ.* I, n° 337.

(27) Cf. D. Ferrier et D. Ferré, *La réforme des pratiques commerciales*, D. 2008. Chron. 2234 ; M. Chagny, *Une (r)évolution du droit français de la concurrence ?*, A propos de la loi LME du 4 août 2008, *JCP G* 2008. I. 196.

(28) F. Rome, *Clauses abusives : les trente glorieuses*, D. 2008. Edito 2337.

(29) Cf. *Rapport CEPC* 2006, *spéc.* p. 102 ; *comp. Com.* 23 oct. 2007, n° 06-14981, *JCP E* 2008. 1676, n° 32, obs. D. Mainguy.

(30) Cf. *Com.* 6 févr. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 21 ; D. 2007. AJ. 653, obs. E. Chevrier, et Pan. 1694, obs. A. Ballot-Léna ; *JCP G* 2007. II. 10108, note F. Marmoz, et E 2008. 1638, n° 2, obs. D. Mainguy ; *RDC* 2007. 731, obs. J.-S. Borghetti ; *RLC* 2007/13, n° 942, obs. M. Chagny.

(31) 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.

(32) M. Mekki, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2 parties)*, *RDC* 2006. 1051 et 2007. 239.

(33) V. cependant, D. Bosco, *La clause d'exclusivité*, thèse, Aix, 2006, et N. Eréséo, *L'exclusivité contractuelle*, thèse, Montpellier, 2007.

(34) *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. 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.

(35) *Com.* 13 févr. 2007, *JCP G* 2007. II. 10063, note Y.-M. Serinet ; *RDC* 2007. 707, obs. D. Mazeaud ; D. 2007. Pan. 2975, obs. B. Fauvarque-Cosson ; 5 juin 2007, *JCP G* 2007. II. 10145, note D. Houtcief ; D. 2007. Pan. 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson.

(36) *Com.* 18 déc. 2007, D. 2008. AJ. 154 ; *RDC* 2008. 262, obs. T. Genicon ; *RTD civ.* 2008. 310, obs. P. Jourdain ; 4 mars 2008, n° 06-18893 ; cf. T. Genicon, *Le régime des clauses limitatives de responsabilité, Etat des lieux et perspectives*, *RDC* 2008. 982.

(37) *PDEC*, art. 4 :109 : « Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat : (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de dépendance économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant donné les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la relation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif ».

(38) F. Rome, *art. cit.*, D. 2008. Edito 2337.

(39) Cf. D. Mainguy, *Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats*, *RDC* 2008. 1030.

(40) Cf. *Versailles* 3 mai 2007 et *Angers* 29 mai 2007, D. 2007. Jur. 2433, note M. Bandrac ; cf. M. Béhar-Touchais, *RLC* 2007. 831 ; *JCP E* 2008. 1676, n° 32, obs. D. Mainguy ; C. Jamin et D. de Béchillon, *La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché*, D. 2007. *Chron.* 2313.

(41) *Com.* 8 juill. 2008, n° 07-16761, D. 2008. Jur. 3046, note M. Bandrac, AJ. 2067, obs. E. Chevrier, et *Chron. C. cass.* 2752, obs. R. Salomon ; *JCP E* 2008. 2143, note A. Ballot-Léna ; 8 juill. 2008, n° 07-13350 (inédit).

(42) Cf. par exemple : *CEPC*, avis n° 04-04 examinant nombre de clauses dans les relations producteurs-distributeurs.

(43) M. Cousin, *La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ?*, *JCP E* 2008. 2288. *Add.* M.-D. Hagelsteen, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, *La Doc. fr.*, 2008.

(44) *Comp.* M. Fabre-Magnan, *art. cit.*, *JCP G* 2008. I. 199 ; J. Mestre, *Une très heureuse initiative*, *RDLC*, oct. 2008. 3.

François Terré (entretien), *Quelle réforme pour le droit des contrats?*, *LPA* 26/02/2008, p. 4

Après la carte judiciaire, le divorce, la rétention de sûreté, etc. le garde des Sceaux s'attaque désormais au droit des contrats avec la ferme intention de le faire évoluer rapidement. On parle d'un projet de loi en juin prochain. Aussi les universitaires et autres experts se mobilisent-ils pour faire connaître leur opinion. Groupes de travail, auditions et rapports se multiplient. La Chancellerie aura-t-elle la tentation d'en faire la synthèse ? François Terré fait part aux Petites Affiches de la position du groupe de travail qu'il a réuni à l'Académie des sciences morales et politiques.

Les Petites Affiches _ Le projet de réformer le droit des contrats semble plus que jamais d'actualité...

François Terré _ L'idée de procéder à une réforme du droit français des contrats et des obligations n'est pas nouvelle. Elle était envisagée, notamment, il y a quarante ans, par Jean Foyer, garde des Sceaux, avec le doyen Carbonnier, à l'instar de ce qui devait être réalisé en droit des personnes et de la famille. Mais l'incertitude existant quant au développement de la construction européenne conduisit à penser qu'il convenait d'attendre. Le temps a passé et l'effritement de la volonté politique nécessaire à toute codification porta à différer ensuite le processus. Cependant, une impulsion européenne, d'une part, et, d'autre part, le fait que les Néerlandais et les Allemands aient, dans l'intervalle, réformé en profondeur leurs droits en la matière, ne pouvaient plus laisser la France dans l'expectative. C'est pourquoi, à l'issue d'un colloque fondateur tenu à la faculté Jean Monet de l'Université de Sceaux, Pierre Catala a pris l'heureuse initiative de réunir un certain nombre d'universitaires privatistes afin de réaliser ce qu'on avait appelé, dans un autre domaine, une « offre de loi ». L'opération a été réalisée, en un temps record, dans la fidélité aux cadres et

aux divisions du Code Napoléon. Le texte, retenu par un panel d'universitaires, et auquel on a reproché d'être trop théorique et trop éloigné des aspirations de la pratique, a été publié par La Documentation française sous le titre « Avant-projet de réforme »¹. Et il a été appelé le « projet Catala », ce qui était tout naturel vu le rôle important de coordinateur _ et même d'auteur sur certains points _ qu'a rempli cet éminent juriste.

LPA _ Vous avez également apporté une opinion critique et réagi sur ce rapport Catala...

FT _ Nul esprit de contestation n'inspire nos travaux, qui ont d'ailleurs retenu comme base de travail le projet. Chemin faisant, nombre de dispositions de celui-ci ont été louées. Mais d'un autre côté, sachant que le concours de tous est nécessaire, il n'est venu à l'idée de personne que ce document devait faire l'objet d'une « défense et illustration ». Le fait est, qu'assez vite, l'on dut constater qu'il suscitait _ pas seulement en France _ de sérieuses observations critiques. D'ordre pratique : faute d'une information suffisante des besoins réels des usagers du droit ; d'ordre comparatif du fait d'une prise en compte insuffisante de projets élaborés en Europe et dans le cadre européen ; d'ordre juridique aussi, du fait d'une approche trop attachée aux pesanteurs du passé et à des notions qui appelaient une plus forte rénovation. C'est, au demeurant, sans a priori, qu'a été constitué un groupe de travail à l'Académie des sciences morales et politiques, ce qui correspond à l'une des missions de celle-ci et ne constituait aucunement une innovation. Pascal Clément, à l'époque garde des Sceaux, m'a donc, par une lettre du 13 mars 2006, encouragé, observant notamment que l'orientation retenue « serait bien sûr très positive afin de renforcer l'analyse juridique de tradition romano-germanique et de prendre en compte les attentes tant des praticiens du droit que des divers secteurs de la vie économique ». Depuis lors, des relations étroites ont été constantes avec la Chancellerie présente au sein du groupe de travail.

LPA _ Doit-il s'agir, à votre avis, d'une réforme interne ou de droit européen ? La France peut-elle encore faire cavalier seul ?

FT _ Notre réflexion a été, dès les premiers travaux, axée non pas sur une simple relecture des divisions et des articles du Code civil français. L'approche comparative est constamment présente à notre esprit. Le concours de Claude Witz est, à cet égard, incomparable. D'autres _ et ils sont multiples _ sont pris en considération : projet Gandolfi, travaux Von Bar, Principes du droit européen des contrats, Cadre commun de référence, Unidroit... Mais, encore une fois, les concours de la pratique ne sont aucunement ignorés, y compris _ et c'est fort heureux _ de la part des uns et des autres.

LPA _ Quelle est la philosophie générale de votre projet ? Y aura-t-il une place pour le solidarisme ?

FT _ Le groupe de travail n'est pas parti d'une opinion préconçue, y compris à l'encontre du solidarisme, si tant est que l'on puisse en définir les orientations de manière suffisamment précise. Aucun ostracisme dans l'opération n'a été pratiqué. D'ailleurs, certaines solutions du droit positif relèvent déjà de cette philosophie, ce qui empêche d'en vanter le caractère novateur. Au demeurant, il y a, dans le groupe de travail, des juristes attachés à ce courant de pensée. Et leur concours est précieux.

LPA _ Quel est l'état d'avancement de votre projet aujourd'hui ? Quelles sont ses principales innovations ?

FT _ Dans un premier temps, nous comptons achever les parties de notre étude concernant principalement la formation et la validité du contrat dans le courant du mois de mars, ce qui conduira à une remise de ces éléments en avril à la Chancellerie et correspondra avec la réalisation d'un premier avant-projet de la Direction des affaires civiles. Nous pourrions alors terminer nos propositions sur les effets du contrat dans les semaines suivantes.

S'agissant du contenu de notre premier rapport, il comportera nombre de solutions qui s'écartent d'un schéma appelant maintes corrections : quant aux négociations et à la période pré-contractuelles ; quant à la fidélité à la notion de cause, laquelle a été rendue dans le projet encore plus compliquée qu'elle ne l'est en droit positif ; quant à l'adéquation du droit civil et du droit commercial ; quant aux dispositions relatives à la capacité confondue avec la personnalité ; quant à l'équivoque inspirant la référence plaquée à l'acte unilatéral, etc.

LPA _ Les projets en gestation se multiplient, pensez-vous que l'un peut l'emporter ?

FT _ Dans le temps comme dans l'espace, le pluralisme des projets est naturel. Cambacérés avait rédigé quatre projets de code civil. Entre l'élaboration du discours de Portalis et le Code de 1804, du temps s'est écoulé. Nul code n'est le code d'un seul homme, serait-ce dans le seul droit des obligations, ce qui est déjà un monde. En outre, si le droit comparé et le droit communautaire ont un sens, c'est bien pour favoriser le progrès et empêcher l'autarcie juridique. Un code n'est pas un musée. Il existe de nombreux travaux en cours. De multiples observations _ article par article _ ont été et seront communiquées à la Chancellerie en voie de terminer un véritable avant-projet de réforme.

LPA _ En pratique, quel est le périmètre de cette réforme ?

FT _ La réforme devrait se dérouler, dit-on, en trois étapes : droit des contrats, droit des obligations, droit de la responsabilité. La première correspond aux changements les plus attendus par la vie des affaires. Au sujet de la responsabilité, il est clair qu'on

ne peut s'en tenir aux solutions actuelles. D'ailleurs, le projet des universitaires comporte, en la matière, des innovations ingénieuses. De manière plus générale, doit-on conserver l'architecture du Code civil ? C'est un vrai problème. Pourquoi, par exemple, conserver l'article 6 du Code civil là où il est ? À suivre donc...

Emmanuelle FILIBERTI

(1) NDLR : Pour les commentaires sur cet avant-projet de réforme, v. les actes du colloque : « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives », RDC 2006/1.

Pascale Deumier, L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale, D. 2008, p. 494

Les temps présents sont riches de codifications savantes en voie d'élaboration, en passe de modernisation, en attente de discussion ou en cours de consécration. Ces oeuvres de doctrine collective législatrice sont à leur tour objet de commentaires doctrinaux, qui auscultent leurs destinées. Souvent, leur nature doctrinale, leur contenu, leur participation à un nouveau *jus commune* sont commentés ; parfois, leur fonction naturelle de modèle de législation est scrutée et illustrée. Plus rarement, les utilisations pratiques qui en sont faites sont sondées. L'existence d'une pratique arbitrale est déjà connue et a été à plusieurs endroits étudiée (1). Cependant, récemment, s'est ajoutée à cette première manifestation pratique l'évocation des Principes de droit européen des contrats (PDEC) devant les juridictions communautaires et françaises. Or, cette utilisation semble s'éloigner sensiblement de la première : Principes Unidroit et PDEC, si proches par leur origine et leur nature, pourraient se distinguer dans les fonctions pour lesquelles la pratique les a saisis.

La possibilité d'une utilisation pratique est envisagée par les codifications savantes elles-mêmes. Mieux, sur les six applications proposées par ces deux codifications savantes (2), seule la fonction de modèle législatif ne concerne pas directement la pratique, puisqu'elle s'adresse aux seuls législateurs. Les autres fonctions sont en revanche directement offertes à une utilisation pratique (3). Les Principes s'adressent parfois aux contractants, qui peuvent recourir à une désignation directe, et les Principes « s'appliquent », ou indirecte, par une référence aux principes généraux du droit ou à la *lex mercatoria*, et les Principes « peuvent s'appliquer ». Ils s'adressent également, et le plus souvent, aux juges, qu'ils soient privés ou étatiques, et envisagent leur application en l'absence de choix par les parties, en complément ou en interprétation du droit applicable. Les perspectives pratiques envisagées sont donc importantes. Leur fondement, leur légitimité, la possibilité de les accepter ont été largement et savamment commentés (4). Laissons là ces discussions pour nous tourner vers une question : la réalité pratique s'est-elle emparée de ces perspectives ?

Cette recherche de la réception des codifications savantes dans la pratique n'est pas anecdotique, pure curiosité intellectuelle, ou simple radioscopie sociologique. Loin s'en faut - et les conséquences d'une réelle utilisation pratique sont d'importance. Tout d'abord, une pratique contractuelle se généralisant et s'inscrivant dans la durée est à même de doubler la codification savante de la valeur d'usage - et d'autoriser son application à ce titre, c'est-à-dire dans le silence des parties. Ensuite, une utilisation constante et sans divergence par la pratique judiciaire est apte à constituer une jurisprudence, fût-elle arbitrale, et de produire toute l'autorité de fait de ce phénomène. Enfin, la possibilité d'utilisation pratique, son succès et la nécessité de la rendre plus accessible encore ont été l'argument moteur de la proposition du règlement Rome I d'ouvrir à de telles règles matérielles le choix du droit applicable au contrat international devant le juge étatique.

Il est donc important d'essayer de mesurer les traces tangibles de l'utilisation des Principes, pour tenter d'évaluer leur réception pratique. L'impossibilité d'évaluer la réalité du succès pratique des codifications (I) ne doit pas empêcher d'analyser les cas d'utilisations pratiques recensés. De cette étude, il ressort que les Principes sont utilisés dans l'ensemble des fonctions auxquelles ils se proposent (II). Pour autant, cette variété mène souvent à l'application de dispositions qui ne présentent qu'une faible plus-value normative (III).

I - La délicate mesure du succès pratique des codifications savantes

Difficile de se faire une idée exacte du succès des codifications si l'on confronte les déclarations de leurs partisans, qui soulignent l'immense succès pratique des Principes Unidroit, et celles de leurs détracteurs, qui relèvent l'absence d'écho significatif, quand ils ne conseillent pas de s'en méfier. La tentative de mesure du succès ne peut donc se faire par la littérature juridique mais directement en observant la pratique contractuelle, qui se dérobe largement à tout essai d'observation, et la pratique judiciaire, qui se laisse à peine plus facilement cerner.

L'introuvable pratique contractuelle - Certes, il est possible pour les parties de désigner les codifications savantes comme applicables au contrat. Certes, cette désignation est facilitée par l'existence de clauses types de choix (5). Certes, 82 % des entreprises interrogées lors d'une enquête ont déclaré qu'elles utiliseraient « probablement » ou « très probablement » un éventuel instrument optionnel européen (6) et 30 % des entreprises interrogées dans une autre enquête déclarent avoir déjà inséré une clause de choix d'un droit transnational (7). Difficile pour autant de trouver des traces de cette utilisation et donc de savoir si, dans les faits, les contrats recourent, ou ne recourent pas, ou recourent parfois, ou recourent peu, ou recourent plus dans certaines professions que dans d'autres, aux codifications savantes.

Les contrats sur mesure sont à cet égard presque hors d'atteinte de l'observation. Le contentieux pourrait être une source d'information, les sentences et décisions faisant

application des codifications savantes en précisant si cette application découle d'une prévision contractuelle. Or, dans la plupart des cas, les contrats sont muets : ainsi, sur les 149 décisions recensées sur la base Unilex, seules deux mentionnent un choix exprès dans le contrat.

Les formules contractuelles types pourraient constituer un terrain plus propice. Certains modèles, publiés notamment par la CCI, sont cités pour leur renvoi aux règles et principes reconnus internationalement combinés aux Principes Unidroit (8). Une interrogation des bases de données françaises ne donne en revanche qu'un résultat très mince. La base Juris-Classeur Contrats Distribution ne fait ainsi apparaître aucune référence aux Principes. La moisson est légèrement meilleure avec la base Lamyline formulaires commentés Droit des affaires : dix références aux Principes Unidroit, deux aux PDEC. Certes, la plupart des références sont faites non dans le texte de la clause type proposée mais dans le commentaire de ladite clause (9), voire dans la présentation générale de ce qu'est une clause type (10). Aucun modèle n'insère de clause d'incorporation ou de désignation des principes en tant que droit applicable. En revanche, les articles des Principes Unidroit relatifs au *hardship* sont suggérés comme modèle contractuel (11), seule véritable réception suggérée par la pratique contractuelle.

Il est en définitive difficile d'identifier une réelle pratique contractuelle. Mais les sources utilisées, si elles sont les seules accessibles à l'observateur, ne sont pas à même de représenter la réalité de la pratique contractuelle quotidienne. Il faut donc se garder d'en tirer la moindre conclusion sur le succès des Principes dans la pratique contractuelle.

L'utilisation par les juridictions françaises et communautaires : rareté des cas et recours aux travaux préparatoires - L'utilisation par la pratique judiciaire est plus aisément observable. Certes, là encore, les bases de données juridiques traditionnelles sont largement muettes : Juris-Data, qui recense l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation et constitue probablement la base la plus importante de décisions des juges du fond, fait ressortir en tout et pour tout deux décisions appliquant les Principes Unidroit, toutes deux rendues par la cour d'appel de Grenoble (12). Cette absence généralisée des Principes des décisions de justice française doit beaucoup à deux données. D'une part, le contentieux des contrats internationaux est largement affaire d'arbitrage international ; d'autre part, la tradition rédactionnelle française interdit de mentionner l'éventuelle prise en compte des codifications savantes. En revanche, celle-ci est parfois exposée en dehors de l'arrêt. Une recherche sur le *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, qui publie les travaux préparatoires sur les arrêts rendus par les formations solennelles, fait ressortir quatre références.

Quant aux juridictions communautaires, bien que leur style rédactionnel soit plus explicite, les résultats sur la base Curia restent minimes : les PDEC figurent à deux reprises dans les conclusions d'un avocat général et à une occasion dans une décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes.

Les sources privilégiées de diffusion et la part des sentences arbitrales - Deux sources se révèlent plus bavardes. La première est le *Journal de droit international*, ou *Clunet*, qui publie annuellement une sélection de sentences de la Cour d'arbitrage CCI, une poignée d'entre elles illustrant le recours aux Principes Unidroit (13). Celles-ci et leur environnement *lex mercatoria* bénéficient d'un important effet de loupe doctrinale, les sentences appliquant le droit transnational étant sur-représentées dans la sélection des décisions publiées.

La seconde source, et la plus riche, est le site internet UNILEX, qui recueille une collection de 149 décisions, dont 106 sentences arbitrales, parmi lesquelles se retrouve l'échantillon publié et commenté au *Journal de droit international*. Là encore, difficile d'en dégager une évaluation quantitative de l'utilisation pratique : le nombre de décisions est relativement faible et semble avoir décliné depuis 2003, pendant que l'utilisation par les juridictions étatiques semble au contraire progresser. Cependant, il est dûment rappelé au visiteur du site que le nombre réel d'utilisations est « considérablement plus grand » (nous n'en saurons pas plus). Dans le même temps, les études plus exhaustives ont relevé, pour les seuls arbitrages CCI (14), sur 720 sentences de 1996 à 1998, vingt applications des Principes Unidroit ; sur 600 sentences de 1999 à 2000, quatorze applications des Principes Unidroit (15).

Il n'est donc guère possible de dresser un portrait significatif de la réalité et de l'importance de l'utilisation pratique : les deux principaux lieux supposés d'utilisation pratique des codifications, les contrats et l'arbitrage, se dérobent largement à l'observation et les traces tangibles récoltées ne sauraient traduire de manière fiable une réalité quantitative. Il est en revanche possible d'y voir une collection d'utilisations, qui servira d'échantillon pour dégager les fonctions remplies par les codifications dans la pratique (16).

II - Fonctions remplies par les codifications savantes dans la pratique

L'invocation des Principes reprend les différentes fonctions envisagées par leurs dispositions liminaires, qui illustrent la nature ambivalente des codifications, allant d'une simple autorité à un *corpus* de règles positives.

L'utilisation large des codifications savantes dans une fonction persuasive - Le plus souvent, l'arbitre, ou le juge, après avoir recherché la solution dans le droit national ou international applicable, conforte la légitimité de sa décision en soulignant sa conformité aux Principes Unidroit (17). Pratique régulière des arbitres internationaux qui recourent souvent au cumul d'autorités (18), cette utilisation rhétorique se retrouve naturellement dans certaines décisions de juges étatiques de

common law, également familiers de ce mode d'argumentation. Elle se trouve enfin dans des décisions de juges de systèmes de droit civil : par exemple, le tribunal de Padoue, par une décision du 10 janvier 2006, définit le lieu de livraison des marchandises pour l'application de Bruxelles I par référence à la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et souligne que la position était confirmée par deux instruments autonomes et non contraignants, les Principes Unidroit et les PDEC ; le Tribunal suprême espagnol (chambre civile), dans un arrêt du 4 juillet 2006, après avoir fait application du principe de bonne foi consacré par le BGB, relève que l'article concorde en substance avec la solution du code civil espagnol et avec les solutions des Principes Unidroit et des PDEC ; encore, un arrêt du 6 novembre 2006 de la Cour suprême de Lituanie applique le code civil lituanien pour la rupture de pourparlers, non sans avoir également relevé la correspondance avec les solutions des Principes Unidroit, de leurs commentaires, et des PDEC (19).

Cette utilisation persuasive est en parfaite conformité avec l'origine doctrinale et savante de ces codes, faisant figure de *Restatements* (20). Cependant, cette autorité n'est pas seulement due à la source doctrinale ; elle s'appuie également largement sur la nature reconnue aux Principes. Ainsi, le plus souvent, c'est en tant qu'expression (21) des principes généraux du commerce international que la référence aux Principes Unidroit est mobilisée.

Utilisées devant la Cour de cassation, les codifications savantes semblent jouer un même rôle d'autorité doctrinale mais puisent cette autorité dans une autre facette de leur nature polymorphe. En effet, dans leurs utilisations les plus marquantes, pour discuter des critères de la force majeure ou de la relativité de la faute contractuelle, ils ont figuré au titre de « perspectives de réforme » (22), ou de « perspectives d'évolution » (23), aux côtés du « rapport Catala ». C'est donc la fonction de modèle offert au législateur qui semble alimenter leur aura auprès des magistrats français, et non celle d'une consécration de principes généraux, sans que l'on puisse expliquer assurément cette originalité : signe du légalisme toujours rampant du système juridique français, de l'installation des PDEC dans cette fonction privilégiée de modèle ou d'attention portée au rapport Catala entraînant dans son sillage l'impulsion européenne ?

L'utilisation des codifications savantes en complément ou correction du droit applicable - Les codifications savantes peuvent venir compléter un droit lacunaire ou corriger un droit inadapté. La première hypothèse est courante face aux lacunes de la CVIM. Le recours aux Principes Unidroit dans cette hypothèse est justifié de diverses manières, qui s'appuient souvent sur le renvoi de la CVIM aux usages (24) ou sur sa directive d'interprétation complémentaire, les Principes faisant office de « principes généraux dont s'inspire » la convention (25). La fonction est largement admise et partagée par les juridictions étatiques, à l'instar d'un arrêt de la cour d'appel de Grenoble (26) ou d'une haute juridiction néerlandaise (27).

Lorsque le droit applicable est un droit national, ce n'est plus le manque de complétude qui est invoqué mais la mauvaise adaptation des règles aux exigences du commerce international. A ce titre, les arbitres les plus audacieux n'ont pas hésité à modular ou compléter (28) le droit national applicable par les Principes Unidroit (29). Or, si la plupart des droits nationaux sont conscients de la nécessité de leur adaptation aux besoins du commerce international, il est plus que douteux que l'arbitre international soit compétent pour procéder à de telles évaluations et ces utilisations sont souvent perçues comme des dérives dans l'utilisation pratique des codifications savantes (30).

L'utilisation des codifications savantes à la demande des parties - L'hypothèse est rarement rencontrée. En effet, seuls deux des cas collectés par Unilex témoignent d'un choix direct des Principes Unidroit, auquel il est possible d'ajouter, en étant très compréhensif, les trois applications des Principes après un choix de la *lex mercatoria* et les douze applications au titre des « principes généraux du droit » choisis. A cet égard, la forme savante de la *lex mercatoria* se substitue progressivement à la forme traditionnelle et informelle (31). Le choix des parties peut aussi être exprimé tacitement, même si les raisonnements menés par les arbitres peuvent à cet égard sembler quelque peu alambiqués (32). A cet égard, la méthode dite du « choix négatif » est particulièrement suspecte (33).

Le couple juge étatique/droit non étatique semble en revanche absent. Il est probable que les parties désireuses d'éviter l'application d'un droit étatique se dirigent plus naturellement devant l'arbitre international. Les hésitations autour du futur règlement Rome I sont dès lors étonnantes. En effet, le choix des Principes est actuellement possible devant le juge étatique, par la voie de l'incorporation contractuelle. Or, pour être techniquement possible, la pratique n'en est pas moins largement invisible. Pourtant, c'est l'argument du besoin pratique qui a sous-tendu l'idée d'ouvrir le choix des parties au droit non étatique. Suggérée par le Livre vert (34), reprise par la proposition de règlement (35), elle semble finalement abandonnée, les considérants du futur règlement se contentant de rappeler le maintien de la situation actuelle, c'est-à-dire de la possibilité d'incorporation. Quoi qu'il en soit de l'important intérêt théorique du débat et des éventuelles intentions stratégiques des institutions européennes, au regard de la pratique existante, il ne semble pas que l'absence de modification de ce statut contrarie une pratique contractuelle émergente ou balbutiante.

L'application directe des codifications savantes : l'arbitre et... le juge communautaire - A défaut de choix, il avait déjà été observé que les arbitres désignent parfois les Principes Unidroit au titre du droit applicable (36). Le plus souvent, cette solution s'appuie sur les diverses réglementations de l'arbitrage

international, qui adoptent des consignes souples pour la détermination du droit applicable (37) et qui reprennent l'obligation faite à l'arbitre de tenir compte dans tous les cas des usages du commerce (38). Souvent suspectée de s'appuyer sur une autorité usurpée dont les codifications savantes sont en elles-mêmes dépourvues, la démarche, loin de décliner, trouve aujourd'hui un écho devant les juridictions communautaires. En effet, la faveur pour cette application pourrait être renforcée par l'étonnante décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 27 septembre 2007 (39), aux termes de laquelle « l'argument tiré des principes du droit européen des contrats est inopérant dès lors que le recours vise à l'indemnisation d'un préjudice non contractuel » (40). Bien que l'utilisation des Principes soit ici refusée, il est aisé de voir où mènerait un raisonnement *a contrario* : pour un préjudice contractuel, l'argument tiré des principes du droit européen des contrats serait opérant. Certes, le motif ici reproduit se comprend essentiellement au regard de l'argumentation des parties. Les requérants, défendant l'absence de prescription de leur demande, invoquaient notamment l'application des PDEC (41). La Commission répondait en défense que « les PDEC ne sauraient s'appliquer en l'espèce. La Commission souligne à cet égard qu'il n'existe aucune relation contractuelle entre les institutions défenderesses et les requérants », argumentation clairement suivie par le Tribunal. Pour autant, la décision pourrait témoigner de la facilité avec laquelle le juge communautaire est prêt à s'ouvrir à l'application des Principes. La logique portant cette faveur pourrait être exprimée par les conclusions de l'avocat général, Mme Verica Trstenjak, sur un récent arrêt de la CJCE du 28 juin 2007 (42) : « Il faut en droit communautaire, pour l'interprétation des déclarations de volonté, recourir aux principes généraux de droit. Les dispositions sur les principes généraux de droit relatifs à l'interprétation des déclarations de volonté peuvent être tirées du chapitre 5 intitulé « Interprétation » de l'ouvrage *Principles of European Contract Law* (Principes du droit européen des contrats). Il s'agit d'un ouvrage qui couvre le fonds commun du droit contractuel des Etats membres » (43). Le droit communautaire, droit en recherche d'interprétations autonomes, droit soucieux de dépasser les divergences des droits étatiques, droit inquiet de définitions et principes communs, pourrait ainsi trouver un appui sérieux dans les PDEC, en tant que réfiguration de la « boîte à outils » attendue.

La variété des fonctions auxquelles les Principes sont conviés et leur récente avancée devant les juridictions communautaires peuvent aisément porter à une conclusion optimiste sur leur utilisation pratique. Mais, avant cela, il faut s'attarder sur les questions pour lesquelles les codifications savantes sont utilisées, révélées par les articles privilégiés par la pratique.

III - Les dispositions privilégiées par la pratique : un apport normatif limité

Certes, toute utilisation des Principes promeut une culture juridique commune. Pour autant, celle-ci semble principalement se diffuser par les voies d'influences classiques de la doctrine, appuyées par la fonction de modèle de législation et qui pourrait être accélérée par le biais des enseignements (44). Cependant, il n'est pas ici question d'acclimatation culturelle mais bien de mobilisation pratique. Là encore, la base Unilex offre le panorama le plus intéressant, en proposant un classement des décisions selon les articles appliqués. Ayant rappelé qu'il ne s'agit ici que d'un échantillon, et qu'il concerne les seuls Principes Unidroit, certes enrichi des quelques autres utilisations récoltées, mais qui ne peut prétendre à l'exactitude statistique, les résultats sont édifiants.

Un succès disparate - L'utilisation des Principes est très largement centrée sur quelques articles. Loin de faire l'objet d'une application généralisée, il existe un contraste très fort entre la masse des articles et quelques thèmes qui se distinguent. De nombreux articles sont, à ce jour, dépourvus de la moindre application (45) ou limités à une application isolée, exceptionnelle, casuelle ou accidentelle (46). Des pans entiers des Principes restent ainsi pour l'instant purement virtuels, dont les articles sur le pouvoir de représentation, les droits des tiers, une large part des dispositions sur l'exécution en général, sur le droit à exécution, les nouveaux articles sur la compensation, la cession et la prescription. D'autres connaissent un nombre un peu plus significatif d'utilisations (47). Pour autant, il est difficile de savoir si cette absence d'application est le signe (très probable) du faible contentieux sur les questions traitées ; celui d'une démarche volontaire visant à ne pas appliquer les solutions retenues par les Principes ; celui de la qualité et de l'adaptation générale des droits autrement applicables, rendant ainsi inutile le secours des Principes. Les principaux enseignements sont certainement ceux qui peuvent être tirés des articles rencontrant le plus grand succès. Ainsi, sont privilégiés, et de loin, avec plus de vingt applications recensées : le principe de bonne foi (48), les différents articles sur l'interprétation des contrats (49), les articles sur les dommages et intérêts et tout particulièrement l'article 7.4.9 sur les intérêts de retard (50). Il est possible d'y ajouter la grosse dizaine d'applications des articles sur le *hardship* (51).

Les codifications savantes au secours des incertitudes du droit du commerce international - Le recours massif à l'article 7.4.9 doit être compris en combinaison avec la convention de Vienne, qui prévoit l'attribution d'intérêts moratoires sans se prononcer sur la détermination du taux. Une jurisprudence arbitrale est dès lors en train de se constituer pour recourir aux Principes Unidroit en comblement de cette lacune (52). Une autre utilisation fréquente vient faire écho à une question débattue du droit du commerce international, celle du *hardship*. En effet, la révision pour imprévision n'étant pas unanimement reçue dans les systèmes juridiques, étant notamment refusée par le droit français et la CVIM, les sentences ne s'accordent pas sur l'existence ou non de la règle en droit transnational : la capacité de constituer tant un usage qu'un principe général est mise à mal par cette absence de consensus (53). Les Principes Unidroit, en retenant la solution, viennent apporter un soutien non négligeable aux défenseurs de l'existence de la règle dans le commerce international,

même si certains arbitres refusent de déduire de cette consécration formelle l'existence d'une règle applicable. Par ailleurs, pour les juristes français, ils offrent un modèle de clause - c'est d'ailleurs la seule reprise par les formulaires types consultés. En effet, le droit français retient la règle de l'intangibilité mais à titre supplétif, encourageant les parties à façonner une clause de *hardship* sur mesure (54). Dans ces deux occurrences, les codifications savantes prennent donc position sur une question débattue, appuyant de toute la force de leur autorité collective savante dans un sens déterminé. Il n'est pas certain que cette autorité présente la même utilité dans leurs autres applications.

Les utilisations à charge normative neutre - Le succès de l'article 1.7, relatif à la bonne foi, est moins éclatant. Connu de nombreux systèmes juridiques (55), le principe de bonne foi est surtout de longue date le principe le mieux établi de la *lex mercatoria* et la matrice des autres principes (56). Retenu le plus souvent comme règle d'interprétation des clauses contractuelles, le principe ainsi évoqué dans une fonction très générale pouvait être puisé tel quel dans les droits nationaux applicables ou les principes généraux informels. Par ailleurs, il est appliqué sous sa seule forme d'affirmation générale, sans s'appuyer sur des directives plus précises. Figure légitimatrice par excellence, cette référence renforce le raisonnement sans réellement apporter au fondement de son application (57).

Enfin, les différents articles sur l'interprétation des contrats connaissent un grand succès : érigés en expression des principes généraux du droit par un avocat général devant la CJCE, ils ont également été directement mobilisés par la cour d'appel de Grenoble (58). Ils encouragent ainsi un rapprochement des modèles de *common law* et de droit civil (59), bien que cette imprégnation relève plus de leur fonction persuasive. Mais, là encore, le triomphe doit rester modeste. Ici aussi, les principes répondent souvent à l'ancienne *lex mercatoria*. Surtout, les directives d'interprétation des contrats restent des guides à l'attention des juges et arbitres, de simples « conseils » selon la Cour de cassation (60), un « petit guide à la main » selon le Doyen Carbonnier (61). Dans ces deux dernières utilisations, l'invocation des principes ne semble guère avoir de portée normative d'importance.

En dépit de la forte parenté de leur origine, de leur nature et de leur contenu, les codifications savantes s'installent donc dans des utilisations pratiques assez différentes. Les Principes Unidroit, comme expression des principes généraux du commerce international, se fondent dans leur rôle de nouvelle *lex mercatoria*. Les Principes du droit européen des contrats, porteurs d'un *jus commune* et d'un modèle de législation, parviennent à s'insérer jusque devant les juridictions françaises et communautaires.

(1) C. Seraglini, Du bon usage des Principes Unidroit dans l'arbitrage international, Rev. arb. 2003. 1101 ; notre chronique, RDC 2004. 774.

(2) Dans leurs dispositions liminaires, Préambule des PU et art. 1 :101 PDEC.

(3) Commentant l'art 1 :101 PDEC : « Ce sont là des buts très pratiques », R. Zimmermann, Le droit comparé et l'europanisation du droit privé, RTD civ. 2007. 451, spéc. 471.

(4) B. Fauvarque-Cosson, Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, RID comp. 1998. 463 ; V. également C. Kessedjian, Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'Unidroit, Rev. crit. DIP 1995. 641.

(5) Ex. le commentaire sous l'art. 1 :101 sur les PDEC, Principes du droit européen du contrat, Société de législation comparée, 2003.

(6) S. Vogenauer et S. Weatherill, La compétence la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats - une analyse empirique, RDC 2005. 1215, spéc. 1232.

(7) Cité par Unidroit, réponse au Livre vert Rome I.

(8) *Ibid.*, citant : art. 13(1) *Model Occasional Intermediary Contract*, art. 24.1.A *Model Commercial Agency Contract* et *Model Distributorship Contract - Sole Importer - Distributor*, art. 14 *Model Contract for the International Commercial Sale of Perishable Goods*.

(9) I.370-5 sur la forme d'une modification ; I.400-15 clause d'intégralité ou « clause des quatre coins » ; I.635-15 les PU et les PDEC étant invoqués pour attester de la validité des clauses de responsabilité dans l'ordre international.

(10) Clauses types I.105-45.

(11) I.470-15.

(12) On ne peut évidemment pas ne pas relever que la formation était présidée par M. Beraudo, membre du groupe de rédaction des Principes Unidroit.

(13) 8128/1995, qui mentionne également les Principes du droit européen des contrats, JDI 1996. 1024, obs. D. Hascher ; 8873/1997, JDI 1998. 1017, obs. D. Hascher ; 8831/1996, JDI 1998. 1041, obs. Y. Derains ; 8486/1996, JDI 1998. 1047, obs. Y. Derains ; 7710/1995, JDI 2001. 1147, obs. Y. Derains ; 9333/1998, JDI 2002. 1093, obs. S. Jarvin ; 10422/2001, JDI 2003. 1142, obs. E. Jolivet.

(14) V. la réponse de U. Magnus et P. Mankowski au Livre vert Rome I, spéc. p. 14, avançant des statistiques ayant conclu au choix d'un droit non étatique dans 0, 8 % des arbitrages CCI.

- (15) P. Mayer, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Bull. ICC International Court of Arbitration, suppl. spécial, 2002. 105.
- (16) Les décisions citées sans références de publication sont accessibles sur le site Unilex. A noter que leur étude s'est souvent faite sur la base du seul résumé en anglais disponible.
- (17) *Zürich Chamber of Commerce*, 25 nov. 1994 ; CCI 8240/1995 ; CCI 5835/1996 ; CCI 8540/1996 ; *Ad hoc*, Rome, 4 déc. 1996 ; RSP 88/94, 1996 ; *International Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry (IAC CCI) of the Russian Federation*, 225/1996, 1997 ; CCI 9117/1998 ; CCI 8908/1998 ; CCI 9333/1998, JDI 2002. 1094, obs. S. Jarvin ; CCI 9594/1999 ; CCI 9651/2000 ; 10335/2000.
- (18) C. Pamboukis, La *lex mercatoria* reconsidérée, Mélanges P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 635.
- (19) Egalement, sur la même question, même juridiction, le 19 janv. 2005.
- (20) CCI 7375/1996 ; CCI 10422/2001.
- (21) *IAC CCI Russian Federation*, 11/2002, 2002 ; CCI 9474/1999 ; le terme d'« expression » est parfois remplacé par des tournures équivalentes : reflet, écho ou autre consécration, V. CCI 8540/1996 ; CCI 8264/1997 ; CCI 9333/1998.
- (22) M. Petit, rapport sur Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, Bull., n° 5 et 6.
- (23) M. Assié, rapport sur Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, Bull., n° 9. La solution des PDEC est présentée comme le « projet de code européen des contrats ». Plus loin : « Le silence gardé par la « commission Lando » sur l'opposabilité du contrat aux tiers ou par les tiers permet d'en douter. Dès lors, il semble difficile de bâtir sur des fondations aussi fragiles et, dans l'attente d'une réforme législative encore improbable, la solution paraît devoir être recherchée dans une approche jurisprudentielle unificatrice qu'il appartiendra à notre assemblée plénière de définir ».
- (24) *IAC CCI Russian Federation* 229/1996, 1997 ; CCI 8817/1997.
- (25) Centre international d'arbitrage de la Chambre économique fédérale d'Autriche SCH-4316 et SCH-4366, 15 juin 1994, JDI 1995. 1055 ; CCI 8128/1995 ; CCI 8769/1996.
- (26) 23 oct. 1996.
- (27) *Hof's S-Hertogenbosch*, 16 oct. 2002.
- (28) *China International Economic and Trade Arbitration Commission*, 2007.
- (29) *Ad hoc*, Auckland, 1995 ; CCI 8486/1996, JDI 1998. 1047, obs. Y. Derains.
- (30) Pour une critique en règle de ces abus, V. C. Seraglini, préc., Rev. arb. 2003. 1101.
- (31) B. Fauvarque-Cosson, Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales, D. 2007. Chron. 96.
- (32) V. le long raisonnement par lequel le choix de la *natural justice* est une désignation implicite de la *lex mercatoria*, CCI 7710/1995, JDI 2001. 1147, obs. Y. Derains.
- (33) CCI 7375/1996 ; *IAC CCI Russian Federation*, CCI 7710/1995, préc. ; CCI 9479/1999 ; CCI 10422/2001, JDI 2003. 1142, obs. E. J. ; *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, 117/1999, 2001.
- (34) COM (2002) 654 final, spéc. 3.2.3.
- (35) COM (2005) 650 final, art. 3 § 2.
- (36) V. les études préc., note 1.
- (37) CCI 7710/1995 ; arbitrage *ad hoc*, Buenos Aires, 10 déc. 1997 CCI 8547/1999 ; CCI 10114/2000 ; CCI 9797/2000.
- (38) CCI 8502/1996 ; CCI 8873/1997, JDI 1998. 1017, obs. D. H. ; CCI 9593/1998 ; CCI 20021/2000.
- (39) T/8-95 et T/9-95.
- (40) § 97.
- (41) § 43.
- (42) C/1-06, *Bonn Fleish*.
- (43) § 68.
- (44) Sur ce dernier point, V. P. Ancel, Compte-rendu d'un ouvrage sur le droit privé européen, RDC 2007. 1275 ; B. Fauvarque-Cosson, Le rôle de la doctrine en droit privé européen, Mélanges G. Viney, à paraître.
- (45) 1.5, 1.11 (sans surprise, l'article ayant trait aux définitions des termes employés par les Principes, il est par nature non-normatif), 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.7, 2.1.8, 2.1.9, 2.1.10, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 3.1, 3.6, 3.7, 3.11, 3.13, 3.16, 3.17, 3.18, 3.19, 3.20, 5.1.5, 5.1.6, 5.1.9, 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.4, 5.2.5, 5.2.6, 6.1.1, 6.1.2, 6.1.3, 6.1.5, 6.1.8, 6.1.10, 6.1.11, 6.1.12, 6.1.13, 6.1.14, 6.1.16, 6.1.17, 7.1.6, 7.2.1, 7.2.3, 7.2.4, 7.3.3, 7.3.4, 7.4.11, 8.1, 8.2, 8.3, 8.4, 8.5, 9.1.1, 9.1.2, 9.1.3, 9.1.4, 9.1.5, 9.1.6, 9.1.7, 9.1.8, 9.1.9, 9.1.11, 9.1.12, 9.1.14, 9.1.15, 9.2.2, 9.2.3, 9.2.4, 9.2.5, 9.2.6, 9.2.7, 9.2.8, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 9.3.4, 9.3.5, 9.3.6, 9.3.7, 10.1, 10.2, 10.3, 10.4, 10.5, 10.6, 10.7, 10.8, 10.9, 10.10, 10.11
- (46) 1.1 (1), 1.2 (1), 1.4 (1), 1.12 (1), 2.1.2 (1), 2.1.6 (1), 2.1.12 (1), 2.1.20 (1), 2.1.21 (1), 2.1.22 (1), 3.2 (1), 3.3 (1), 3.9 (1), 3.10 (1), 3.14 (1), 3.15 (1), 4.4 (1), 4.7 (1), 5.1.1 (1), 5.1.7 (1), 6.1.7 (1), 6.1.9, 6.1.15 (1), 7.1.4 (1), 7.1.5 (1), 7.2.5 (1), 7.4.6 (1), 7.1.2 (1), 7.2.2 (1), 7.4.12 (1), 9.1.10 (1), 9.1.13 (1), 9.2.1 (1), 9.2.5 (1)
- (47) Art. 1.3 (4), 1.6 (3), 1.8 (2), 1.9 (4), 1.10 (2), 2.1 (2), 2.1.11 (3), 2.1.13 (3), 2.1.14 (2), 2.1.15 (5), 2.1.16 (2), 2.1.17 (3), 2.1.18 (4), 2.1.19 (2), 3.4 (2), 3.5 (3), 3.8 (3), 3.12 (2), 4.8 (4), 5.1.2 (3), 5.1.3 (6), 5.1.4 (4), 5.1.8, 6.1.4 (2), 6.1.6 (2), 6.2.1 (4), 7.1.1 (2), 7.1.3 (3), 7.1.7 (3), 7.3.1 (5), 7.3.2 (3), 7.3.5 (2), 7.3.6 (3), 7.4.5 (2), 7.4.10 (2)
- (48) 1.7 (22) (à noter les cinq utilisations de l'art. 2.1.15 sur la mauvaise foi).
- (49) 4.1 (21), 4.2 (11), 4.3 (13), 4.5 (6), 4.6 (6).
- (50) 7.4.1 (7), 7.4.2 (12), 7.4.3 (14), 7.4.4 (6), 7.4.7 (9), 7.4.8 (7), 7.4.9 (24), 7.4.13 (10).
- (51) 6.2.2 (11), 6.2.3 (11).
- (52) Même référence que la note 25.
- (53) *Schiedsgericht Berlin* 126/90 ; CCI Zürich 8486/1996, adoptant une logique très proche de celle de l'arrêt commenté, JDI 1998. 1047, obs. Y. Derains ; CCI 7365/1997 ; CCI 8873/1997, JDI 1998. 1017, obs. D. H. ; CCI Rome, 9029/1998 ; CCI 10422/2001.
- (54) B. Fauvarque-Cosson, Le changement de circonstances, RDC 2004. 67.
- (55) La principale exception étant celle du droit anglais : V. H. Beale, La réforme du droit français des contrats et le droit européen des contrats : perspective de *law commission* anglaise, RDC 2006. 135.
- (56) F. Osman, Les principes généraux de la *lex mercatoria* - Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, préf. E. Loquin, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 224, 1992.
- (57) Pour une défense de cette utilité, la bonne foi pouvant être inconnue d'un système ou cantonnée à une place subalterne, D. Mazeaud, Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat, D. 2007. Chron. 2959.
- (58) 24 janv. 1996.
- (59) B. Fauvarque-Cosson, L'interprétation du contrat : observations comparatives, RDC 2007. 481.
- (60) Cass. req. 18 mars 1807, S. 1807. 1. 241 ; Civ. 1re, 19 déc. 1995, Bull. civ., I, n° 466 ; RTD civ. 1996. 611, obs. J. Mestre.
- (61) Droit civil, t. 4, n° 146.

Table des auteurs

(par ordre alphabétique)

Peter Paul Rubens, Hercule triomphant de la discorde



- Ch. Atias**, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, *D.* 1998, p. 203
p. 76
- L. Aynès**, Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives, *Droit et Patrimoine* 2004, n°126
p. 71
- E. Brousseau**, La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique, *LPA* 19/05/05, p. 43
p. 64
- R. Cabrillac**, Le projet de réforme du droit des contrats,- Premières impressions, *JCP G* 2008, I 190
p. 90
- V. Cadoret**
De l'obligation essentielle en général et de la saga Chronopost en particulier, *ADC* 2006, n° 9, p. 20.
p. 39
De la sanction du pacte de préférence dans la jurisprudence du fond, *RJR* 2008, n° 11
p. 84
- G. Canivet**, La pertinence de l'analyse économique du droit : Le point de vue du juge, *LPA* 19/05/2005, p. 23
p. 27
- P. Catala**, Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *D.* 2006, p. 535
p. 88
- R. H. Coase**
La nature de la firme, *Economica*, 1937, 4, p. 386
p. 49
The problem of social cost, *Journal of Law and Economics*, oct. 1960, p. 44
p. 12
- N. Eber**, Présentation par son auteur de l'ouvrage "Le dilemme du prisonnier", *Editions La Découverte*, collection Repères (n° 451), et quelques idées pour son utilisation dans l'enseignement
p. 16
- R. Decoings**, Avant-Propos, *LPA* 19/05/2005, p. 4
p. 18
- B. Deffains**, Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, *LPA* 19/05/2005, p. 6
p. 18

P. Deumier , L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale, <i>D.</i> 2008, p. 494	p. 101
M.-A. Frison-Roche	
Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, <i>RTD Civ.</i> 1995 p. 573	p. 38
Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11e forum de la régulation, <i>LPA</i> , 03/05/2005, p. 3	p. 45
L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, <i>LPA</i> 19/05/2005, p. 15	p. 22
V. Forray , La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes, <i>RTD Civ.</i> 2009 p. 463	
	p. 3
L. Grynbaum , Doctrine américaine contemporaine: le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale, <i>Revue des contrats</i> , 01 octobre 2008 n° 4, P. 1383	
	p. 31
Ch. Jamin , Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste), <i>LPA</i> 19/05/05, p. 54	
	p. 68
Y.-M. Laithier , A propos de la réception du contrat relationnel en droit français, <i>D.</i> 2006, p. 1003	
	p. 42
D. Mainguy	
L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, <i>RTD Civ.</i> 2004 p. 1	p. 78
Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, <i>D.</i> 2009, p. 308	p. 95
D. Mazeaud	
La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, <i>D.</i> 1997, p. 475	p. 74
Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !, <i>D.</i> 2008, p. 2675	p. 92
R. E. de Munagorri , L'analyse économique est-elle une source du droit ?, <i>RTD Civ.</i> 2006 p. 505	
	p. 10
Ph. Rémy , La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, <i>RTD Civ.</i> 1997 p. 323	
	p. 54
F. Terré (entretien), Quelle réforme pour le droit des contrats?, <i>LPA</i> 26/02/2008, p. 4	
	p. 100



Charles Normand, *Les préparatifs du contrat*