

LE DROIT À LA LUMIÈRE DE LA PHILOSOPHIE DE L'ACTION



INDÉCIDABILITÉ, COOPÉRATION
ET RÉVISION

Benoît Frydman

Université libre de Bruxelles

ON connaît bien, depuis Frege, le risque des travaux interdisciplinaires, lorsqu'ils abordent des questions précises ou techniques : les spécialistes de chacune des matières concernées s'accordent souvent à les ignorer, en les considérant comme également étrangers à leurs domaines respectifs¹. Le découpage des savoirs universitaires en territoires indépendants, qui sont l'apanage de facultés souveraines, augmente encore la difficulté en donnant à ces recherches l'allure d'incidents de frontières, sources potentielles de conflits. Une issue insatisfaisante, mais habituelle, consiste alors à créer, au sein de chaque faculté, un domaine réservé à une interdisciplinarité en liberté étroitement surveillée. Cette situation a depuis longtemps pesé sur les relations entre le droit et la philosophie. La « philosophie du droit » désignait ainsi deux spécialités distinctes, entretenant peu ou pas de relations entre elles : d'une part, en faculté de Droit, l'expression recouvrait de manière générique les réflexions des juristes sur le sens de leur pratique et sur leur vision globale du droit ; d'autre part, en faculté de Philosophie, elle indiquait une matière classique, enjeu de textes majeurs de l'histoire

1. G. Frege, dont les travaux ont contribué au renouvellement de la logique formelle et sont à l'origine de la philosophie analytique, a raconté avec dépit les fins de non-recevoir auxquelles se heurtaient ses recherches, tant de la part des mathématiciens (« *philosophica non leguntur* ») que des philosophes (« *mathematica non leguntur* »), à tel point qu'on refusa certains de ses articles et qu'il renonça finalement à ses travaux pour des études de géométrie (Voir notamment l'introduction de Cl. Imbert aux *Écrits logiques et philosophiques*, Paris, Seuil, 1971, spéc. début).

de la philosophie, qui étudie les concepts de « justice » et de « droit naturel » notamment. Le positivisme, par son souci d'élever le droit au rang des sciences expérimentales, aggrava encore les choses en imposant, comme gage de bonne méthode, l'abandon pur et simple de la philosophie du droit par les juristes. On y substitue la « théorie générale du droit », qui a vocation à induire de l'étude des sources formelles, une épistémologie juridique non critique².

Depuis quelque temps cependant, les barrières commencent à céder. Les juristes découvrent, non sans inquiétude, que l'idée qu'ils se faisaient de leur objet, pour dire vite un ordre juridique national et hiérarchisé, reposant sur la loi, ne permet plus de rendre compte de manière satisfaisante des réalités auxquelles ils sont confrontés et d'apporter des solutions aux problèmes nouveaux que leur posent la pratique. Quant aux philosophes, ils ont pris conscience qu'avec le déclin de la théologie et de la morale, le droit, et l'arsenal de procédures qui l'accompagnent, a envahi la plus grande part du terrain de la philosophie pratique. Certains parmi les plus grands noms, comme Paul Ricœur, par exemple, s'intéressent à la pratique du droit, au raisonnement des juges en particuliers, tandis que les juristes tournent à nouveau leurs regards du côté de la spéculation conceptuelle.

Le moment est donc peut-être bien choisi pour s'affranchir des cadres établis, comme le cadre de ce livre nous le suggère, pour tenter, sans *a priori*, un véritable croisement des approches philosophique et juridique. Cette démarche nous semble d'autant plus nécessaire et prometteuse que certaines recherches contemporaines de pointe menées dans les deux disciplines dévoilent des préoccupations similaires. Ainsi, l'étude des actes de langage, dont procède largement

2. Le terme et la discipline ont été créés par A. Merkel (G. Fasso, *Histoire de la philosophie du droit, 19^e et 20^e siècles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 144-5) et élevés à la consécration par H. Kelsen. Sur la naissance de la théorie générale du droit, ses liens avec le positivisme, et son opposition à la philosophie du droit : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, LGDJ — Story-Scientia, 1988, v^o Théorie générale du droit. La distinction est inconnue dans les pays anglo-saxons, qui englobent les réflexions théoriques sous le terme unique de « jurisprudence ». Depuis quelque temps, la théorie du droit a acquis simultanément une dimension interdisciplinaire et critique.



la pragmatique, inclut dans son champ l'essentiel du discours éthique et juridique. Plus récemment, les travaux entrepris, dans le domaine de la philosophie de l'action, sur la coopération et l'action concertée ou commune, rejoignent des préoccupations centrales pour les juristes, bien que ceux-ci les abordent sous l'angle spécifiquement normatif qui est le propre de leur discipline.

En droit, le contrat représente la forme de coopération la plus élémentaire, la plus ancienne et la mieux étudiée. Le droit des contrats connaît cependant depuis quelques décennies, sous l'impulsion de la loi mais plus encore de la jurisprudence et de la doctrine, d'importantes évolutions, qui ont ébranlé très fortement la théorie classique, élaborée sur les fondements du Code civil, et généré une relative incertitude quant aux principes. Les spécialistes du droit des obligations se sont dès lors attelés à l'élaboration d'une nouvelle théorie des contrats cohérente, afin de mettre fin à une « insécurité juridique » que les juristes redoutent par-dessus tout.

La présente étude a pour objet de montrer la contribution que certaines théories issues de la pragmatique et de la philosophie de l'action peuvent apporter à la solution de cette crise. Elle fournit ainsi l'occasion de mettre ces théories à l'épreuve de la pratique en les confrontant à un matériau juridique concret. L'enjeu dépasse cependant le domaine technique puisqu'il s'agit de comprendre comment nos sociétés conçoivent et régissent la coopération entre les individus, comment nous sommes censés nous comporter quand nous entrons en relation avec autrui et que nous décidons ensemble de mener des projets communs.

Après un bref exposé de la théorie classique et des critiques dont elle fait l'objet, nous envisagerons les mérites respectifs de trois modèles alternatifs, qui peuvent prétendre à sa succession. Nous examinerons successivement : (1) le modèle politico-juridique du contrat réglementé par la puissance publique, qui correspond à un mode de gestion dirigiste et collectif des interactions sociales, très présent dans notre quotidien mais dévalorisé et, semble-t-il, en déclin ; (2) le modèle du contrat reflet d'une opération économique, développé par l'École de l'analyse économique du

droit, d'origine américaine, qui emprunte principalement ses concepts et ses instruments, comme la théorie des jeux par exemple, à l'économie néoclassique ; (3) le modèle original de coopération développé par Pierre Livet, dans son important ouvrage *La Communauté virtuelle. Action et coopération*³, qui s'appuie sur une synthèse très informée des travaux récents dans les domaines de la pragmatique, de la philosophie de l'action et des sciences cognitives.

Bien qu'il ne traite pas à proprement parler du droit, Livet précise que ses analyses « devraient pouvoir trouver des prolongements dans une étude des domaines proprement normatifs, juridique ou éthique⁴ ». Il en a d'ailleurs lui-même montré le chemin dans plusieurs articles récents, dont celui repris dans le présent ouvrage⁵. Son modèle, quoiqu'il se situe à l'horizon de la pragmatique, diffère sur des points essentiels de l'éthique de la communication de Habermas, dont il fait d'ailleurs la critique. Il ne sera pas question dans cet article du modèle habermassien, auquel nous avons consacré une étude précédente⁶.

Nous verrons comment chacun des quatre modèles rend compte de trois moments critiques de la coopération : (1) l'engagement de la collaboration et la conception du projet commun, qui correspond en droit au stade de la négociation et de la formation du contrat ; (2) l'hypothèse où surgit, au cours de la coopération, un doute ou une contestation sur le sens du projet commun ou les obligations mutuelles des différents partenaires ; ce type de difficultés relève, en droit, de

3. Combas, éd. de l'Éclat, 1994, 303 p.. On se réfère ci-après à l'ouvrage par la seule mention du nom de l'auteur.

4. Livet, p. 16.

5. Le modèle de Livet a par ailleurs inspiré d'autres travaux de philosophie du droit, en particulier l'essai de Jacques Lenoble, *Droit et communication*, Paris, éd. du Cerf, Humanités, 1994, 116 p., dont nous avons rendu compte dans B. Frydman, « Procéduralisation et indécidabilité », *International Journal for the Semiotics of Law – Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, 1997, p. 329-335.

6. B. Frydman, « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996, p. 231-252. Cette étude portait uniquement, comme l'indique son titre, sur la première des trois phases définies ci-dessous.

l'interprétation du contrat, envisagée selon le point de vue d'un tiers impartial, qui est normalement le juge⁷; (3) enfin, le problème connexe de la révision des termes de l'action commune ou de ses objectifs par les parties prenantes au cours de l'exécution, notamment en raison des difficultés rencontrées ou d'un changement de circonstances.

Notre hypothèse est que le modèle issu de la philosophie de l'action est mieux à même que ses deux concurrents à rendre compte des évolutions récentes du droit positif, telles qu'elles se traduisent en particulier dans la jurisprudence des Cours et tribunaux. Pour rendre compte de celle-ci, nous nous référerons souvent à l'excellente thèse de Xavier Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*⁸, qui, bien que se situant exclusivement sur le terrain du droit positif, effectue, à notre avis, l'équivalent du tournant pragmatique dans le domaine du droit des obligations.

La théorie classique des contrats

Formation : la rencontre des consentements

Dans la théorie classique, qui définit le contrat comme « un accord de volontés destiné à produire des effets juridiques », la conclusion du contrat s'effectue dans l'instant où les volontés des parties se rencontrent et se cristallisent en une volonté commune. Le droit des obligations n'envisage pas à proprement parler de dynamique de la négociation. Pour rendre compte des instants qui précèdent immédiatement l'établissement de l'acte, le droit des obligations développe une théorie assez rudimentaire et rigide de l'offre que l'on peut synthétiser ainsi :

7. « La théorie juridique partage avec la doctrine du droit le fait de privilégier la perspective du juge. Cela s'explique en raison du statut fonctionnel de la justice en exercice au sein du système strict du droit. Dans la mesure où les communications juridiques renvoient à des prétentions exigibles, la procédure judiciaire s'offre en point de fuite à l'analyse du système juridique » (J. Habermas, *Droit et démocratie*, trad. fr. Rochlitz et Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 217).

8. Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1995, 286 p. — On se réfère ci-après à l'ouvrage par la seule mention du nom de l'auteur.

1. L'offre de contrat, pour être valable, doit être complète, c'est-à-dire porter sur tous les éléments essentiels et substantiels du contrat à conclure. Les éléments essentiels caractérisent la nature même du contrat, comme la chose et le prix dans la vente. Les éléments substantiels, quoique non essentiels, déterminent néanmoins en l'espèce les parties à engager le rapport contractuel. Ainsi, un acheteur de matériel informatique accordera souvent une importance déterminante, outre le produit et son prix, à l'installation et au service après-vente, de même qu'aux garanties proposées par le vendeur.
2. Pour que le contrat se forme, l'offre doit être acceptée purement et simplement. Toute autre réponse s'analyse en un refus, éventuellement assorti d'une contre-offre. Par exemple, proposer 90 000 F pour un véhicule d'occasion affiché à 100 000 F s'analyse en un refus accompagné d'une nouvelle offre, qui doit à son tour être acceptée, et ainsi de suite.
3. Dès que l'offre est acceptée, le contrat se forme en principe instantanément, sans qu'aucune autre formalité, pas même l'établissement d'un acte écrit, ne soit requise⁹. La convention se forme par la seule « rencontre des consentements ». Le contrat est dès ce moment dit « parfait » et peut normalement sortir tous ses effets¹⁰.
4. Encore faut-il que les consentements exprimés n'aient pas été viciés. Les principaux vices du consentement sont l'erreur, le dol et la violence¹¹. Il y a erreur sur la substance lorsqu'une des parties s'est méprise sur un élément essentiel ou substantiel, par exemple en confondant l'objet à

9. Ce principe dit du « consensualisme » connaît de nombreux aménagements. Des formalités spéciales peuvent être requises soit pour inciter les parties à réfléchir sur l'importance de l'acte (ex. : contrat de donation), soit à des fins de publicité (ex. : contrat de gage), soit encore pour des raisons de preuve (tout contrat en matière civile à partir d'un certain montant).

10. Pour autant que les parties elles-mêmes n'aient pas subordonné leur accord à certaines conditions (ex. : contrat de vente d'immeuble conclu sous la condition de l'obtention d'un crédit bancaire).

11. Le Code civil reprend aussi l'hypothèse marginale de la « lésion énorme » qui autorise la rescision (variété d'annulation) de la vente d'immeuble lorsque le prix est inférieur de plus de $\frac{7}{12}$ à la valeur du bien.

vendre avec un autre. Dans un tel cas, les consentements ne se sont pas véritablement croisés et le contrat est nul. Par dol, les juristes entendent une tromperie imputable à une partie, qui induit l'autre en erreur. Quant à la violence, elle contraint le consentement d'une partie par la menace d'un mal injuste¹².

En bref, dans la théorie classique, soit les volontés se rejoignent et forment instantanément le contrat, soit elles ne se rencontrent pas et, dans ce dernier cas, il n'y a pas de contrat, ou bien alors un contrat nul, ce qui revient pratiquement au même. Dans cette éventualité, aucune place n'est formellement réservée à la délibération¹³.

Interprétation : l'intention commune des parties

Supposons le contrat valablement conclu. D'après les termes du fameux article 1134 du Code civil, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Les parties sont donc tenues par leur accord. Mais imaginons que, au cours de l'exécution, survienne une contestation entre les partenaires sur la portée de leur collaboration, sur les prestations à accomplir par l'un ou par l'autre. Comment résoudre le différend ? Éventuellement, si chacun campe sur ses positions, en saisissant le juge. Le magistrat, placé dans une position d'observateur-interprète¹⁴, est tenu

12. La seule menace de mettre son droit à exécution si l'autre ne consent pas au contrat (ex. : menacer d'une action en justice en cas de refus d'une transaction) ne constitue pas juridiquement une violence, car dans ce cas la pression exercée n'est pas injuste.

13. On peut faire la même observation pour la théorie classique de l'élaboration de la loi. Celle-ci est d'ailleurs conçue sur le modèle de la convention. Ainsi, dans le *Contrat social* de Rousseau, la « volonté générale » s'exprime comme spontanément, sans donner lieu à une véritable délibération parlementaire préalable. Voyez en particulier le ch. III du livre II « si la volonté générale peut errer » qui porte une charge très lourde contre la délibération, assimilée à la défense des intérêts privés et à la domination des brigues ; ainsi que le ch. 1^{er} du livre IV « que la volonté générale est indestructible » : « Le premier qui propose [de nouvelles lois] ne fait que dire ce que tous ont déjà senti, et il n'est question ni de brigue ni d'éloquence pour faire passer en loi ce que chacun a déjà résolu de faire, sitôt qu'il sera sûr que les autres le feront comme lui ».

14. Cette notion est utilisée très fréquemment par Livet (p. 95, 96, 103, 114, 117, 127, 141, 143, 156, 229 et 265). Elle désigne le point de vue d'autrui sur l'action, qui se distingue du point de vue de l'agent lui-même.

d'appliquer strictement les termes du contrat, comme il applique la loi, sous la réserve du respect de l'ordre public (un contrat de vente de stupéfiants sera déclaré nul bien entendu, à raison de l'illicéité de son objet). Le juge aura également recours, pour compléter d'éventuelles lacunes, à des dispositions légales supplétives, auxquelles les parties sont censées se référer à défaut d'y avoir dérogé. Ces règles légales servent aux parties de « repères » quant à la portée de leur engagement¹⁵ et sont de nature à influencer sur leur conduite et sur la poursuite de la collaboration.

Classiquement, l'interprétation du contrat obéit à un principe directeur unique, qui découle logiquement de la définition même du contrat et des modalités de sa formation. Pour déterminer la portée exacte de la collaboration contractuelle, le juge doit rechercher « la commune intention des parties ». Ce principe appelle deux corollaires importants. D'une part, dans sa recherche de l'intention commune, le juge doit faire prévaloir la volonté réelle des parties sur leur intention déclarée¹⁶, lorsqu'une discordance se manifeste entre leur discours et leur volonté. Le juge doit donc « sonder le cœur et les reins » des parties plutôt que de s'en tenir à l'écrit qu'elles ont éventuellement rédigé. D'autre part, le juge doit considérer la volonté des parties à un moment unique et précis, celui de la formation du contrat, car c'est à ce moment, et à nul autre, que les consentements sont censés s'être rencontrés¹⁷.

15. Livet, p. 246-7 notamment : « La loi juridique n'a pas pour objet de définir quels engagements ont pris les personnes, mais de donner des repères en cas de litige sur la portée de ces engagements » — Adde : p. 281.

16. Conformément aux termes du très fameux article 1156 du Code civil : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » Sur la portée extraordinaire conférée à cette disposition dans l'interprétation des contrats mais aussi de la loi au 19^e siècle, voir B. Frydman, « Exégèse et Philologie : un cas d'herméneutique comparée », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1994.33, p. 59-83, spéc. p. 67-68.

17. Pour une vision d'ensemble et interdisciplinaire de la théorie classique de l'interprétation juridique, voir mon article précité.

Extinction ou modification du contrat

Outre les difficultés d'interpréter la convention initiale, il arrive également fréquemment que surviennent, au cours de la collaboration, un événement imprévu ou un changement de circonstances, qui modifient les perspectives ou bouleversent l'économie contractuelle. Comment les parties peuvent-elles, dans ce genre de situation, éviter un litige et faire évoluer les termes de leur accord ?

Ici encore, la théorie classique se montre peu souple. Ce dont les parties sont convenues, elles ne peuvent le défaire ou en modifier les termes que de leur mutuel accord, en concluant donc un nouveau contrat dans les mêmes conditions que l'acte initial¹⁸. Mis à part cette option très contraignante, il n'y a guère de possibilité de révision. La seule issue pour sortir de la collaboration contractuelle consiste à demander au juge de réduire le contrat à néant, en prouvant soit que son exécution est rendue impossible par l'effet d'un cas de force majeure, soit que l'autre partie a commis des manquements graves qui ne permettent pas de poursuivre dans la voie tracée par la convention¹⁹.

Ce régime ménage donc un système de « tout ou rien », qui laisse très peu de place à une évolution souple des rapports de coopération. La jurisprudence de la Cour de cassation de France le confirme en rejetant de manière catégorique la théorie dite de « l'imprévision », dont l'objet était précisément de permettre l'adaptation des termes de la convention dans l'hypothèse d'un changement de circonstances bouleversant l'équilibre des prestations réciproques (par exemple, la survenance d'un état de guerre enchérissant considérablement le prix de denrées vendues à terme). Selon les termes d'un arrêt de principe du 6 mars 1876 : « *Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque*

18. Cependant, quant aux contrats à prestations successives (comme le contrat de travail) et à durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin unilatéralement moyennant un préavis raisonnable, en application du principe prohibant les engagements « à vie ».

19. Une solution plus souple, connue sous le nom « d'exception d'inexécution » (*exceptio non adimpleti contractus*) consiste dans les contrats synallagmatiques (c'est-à-dire à prestations réciproques) à suspendre l'exécution de ses propres engagements tant que l'autre partie n'exécute pas les siens.

équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les cocontractants²⁰.» Cette jurisprudence très stricte a été confirmée de manière constante et encore en 1988²¹.

Bilan critique de la théorie classique

Pour la résumer en deux mots, la théorie classique est à la fois volontariste et statique. Volontariste car elle se fonde, dans toutes ses étapes, de la formation du contrat à sa modification, en passant par son interprétation, sur le seul et unique critère de « l'intention réelle et commune des parties ». Statique, dans la mesure où elle considère que cette intention s'est cristallisée de manière complète et définitive dans l'instant même de la formation du contrat, sans qu'il y ait lieu de considérer l'évolution ultérieure.

Cette théorie ne manque pas de poser des problèmes importants, voire insolubles, tant sur le plan théorique que sur celui de la pratique juridique :

1. Le système suppose que tant les parties elles-mêmes que le tiers-observateur qu'est le juge ont accès aux intentions réelles de chacun et que ces intentions sont déterminables de manière précise. Or, nous savons, en particulier grâce aux analyses de Pierre Livet, que les intentions des participants à un acte de langage ne sont pas décidables. Bien plus, elles sont *décidablement indécidables*. On ne peut jamais connaître l'intention réelle de celui qui participe à un acte de langage, quand bien même son comportement semblerait confirmer ses dires²².
2. Que dire alors de l'« *intention commune* » des parties censée définir la collaboration contractuelle. La théorie classique ne définit guère cette notion tenue pour accordée et cependant contre-intuitive. Peut-on vraiment croire que les deux parties à un contrat, le vendeur et l'acheteur par

20. D.P. 1876.1.193.

21. Cas. 31 mai 1988, *R.T.D.Civ.*, 1989, 71 et obs. Mestre.

22. Livet, ch. I^{er} : « Les intentions de la communication », spéc. V. « L'intention de communiquer et les actes de langage », p. 70-89.

exemple, sont animées d'une intention identique et commune? La conclusion du contrat atteste simplement un rapport de convenance ponctuel et non pas nécessairement l'identité des points de vue ni des objectifs poursuivis. On notera cependant que la thèse de l'intention commune attire encore de nos jours certains philosophes de l'action, comme Tuoméla notamment²³, qui développe une position conforme à la théorie juridique orthodoxe mais sans convaincre davantage.

3. La doctrine classique suppose encore *l'intention complète et définitive* dès avant l'action proprement dite, à savoir l'exécution du contrat. Or, on sait à présent, grâce notamment aux études menées dans les sciences cognitives, que cette vue des choses ne correspond pas à la réalité des actions humaines dans lesquelles les intentions sont précisées, amendées et réinterprétées en cours de réalisation²⁴.
4. Enfin, la théorie classique n'ouvre qu'une marge de manœuvre extrêmement étroite à la *révision* éventuelle des prestations et des objectifs au cours de l'action, alors que de telles révisions sont en pratique inévitables dans toutes les entreprises, surtout lorsque la collaboration est appelée à se prolonger durant un certain temps et implique des interactions relativement complexes²⁵.

Voyons à présent quelles solutions proposent nos trois modèles alternatifs aux apories de la théorie classique et dans quelle mesure ces modèles permettent de rendre compte de manière convaincante à la fois de la coopération sociale et spécialement contractuelle et des évolutions juridiques contemporaines relatives aux normes qui régissent cette collaboration aux trois stades critiques de la conclusion, de l'interprétation et de la révision de la convention.

23. Pour une synthèse critique de cette position : Livet, p. 247-253 et les références citées.

24. Livet, ch. II « L'action en cours de définition », p. 92-158.

25. La doctrine juridique distingue à cet égard les contrats « instantanés » (comme une vente isolée), dans lesquels les obligations réciproques s'exécutent en principe en une seule fois, et les contrats « à prestations successives » (comme le bail à loyer), dans lequel les parties s'engagent à des prestations permanentes ou périodiques. De par la nature même des obligations qu'elles créent, ces types de contrat (que la loi ne distingue pas) appellent en effet des régimes différents.

Le contrat réglementé

Formation : formalisme et dirigisme

Le contrat réglementé offre chronologiquement le premier modèle alternatif que nous rencontrons. Il correspond à une philosophie d'intervention active des pouvoirs publics dans les interactions privées. L'État s'immisce dans les relations entre particuliers, notamment contractuelles, en vue de restaurer un certain équilibre entre les catégories sociales, de protéger la « partie faible » ou encore de remplir d'autres objectifs d'intérêt général.

L'expression doctrinale « contrat étroitement réglementé » désigne un type de contrat dans lequel le législateur impose ou interdit certaines clauses, notamment parmi les plus importantes, au moyen de dispositions légales impératives, c'est-à-dire qui s'imposent d'autorité aux parties, sans qu'elles puissent décider d'y déroger. Relèvent notamment de cette catégorie le contrat de travail, le contrat de vente à tempéraments, le bail commercial, le contrat de prêt hypothécaire, de nombreux contrats d'assurance ou de transport, etc. Dans ce genre de conventions, les parties ont seulement la liberté d'engager ou non l'opération²⁶. Mais une fois entrés dans le mécanisme, les conditions de leur coopération leur échappent pour l'essentiel et sont prises en charge par la loi, jusque et y compris parfois la tarification des prestations (réglementation des prix, des taux d'intérêt, imposition d'un salaire minimum (SMIC), blocage des loyers, etc.). Les parties ne font que s'inscrire dans un dispositif général qui les dépasse et qui aura souvent fait l'objet d'une concertation collective préalable, voire d'une véritable négociation entre les organisations représentatives des parties concernées (partenaires sociaux, consommateurs, catégories professionnelles, etc.). La loi entérine un certain arbitrage entre les intérêts concurrents représentés. La négociation est donc ici renvoyée d'un niveau interindividuel vers un niveau collectif.

26. La loi s'assure de cet engagement le plus souvent en imposant des formalités spéciales, ne fût-ce que l'exigence d'un écrit, qui extériorise clairement l'engagement et est destiné tant à faire preuve qu'à attirer l'attention de la partie protégée sur la portée de son acte.

Interprétation : respect des équilibres

Lorsqu'une difficulté survient en cours d'exécution, les parties doivent s'en référer à la loi pour connaître l'étendue de leurs obligations réciproques. De même, le juge, éventuellement saisi d'un litige, interprétera le contrat par référence, non pas à l'intention des parties, par définition de peu de conséquence pour ce type de contrat, mais bien à la législation et à ses objectifs. Dans l'hypothèse où la loi ne fournit pas de solution au problème, le juge pourra agir en véritable législateur délégué et à titre d'expert social et imposer une solution fondée sur l'équilibre des intérêts en présence (*balancing of interests test*). Le législateur confiera d'ailleurs régulièrement au juge de larges compétences en la matière²⁷.

Révision d'autorité

Quant à la révision de la convention, l'initiative revient ici encore à la puissance publique, qui intervient et modifie d'autorité les termes des contrats en cours, soit pour les adapter à une situation nouvelle, soit pour entériner le résultat d'une négociation collective ultérieure, soit encore pour des raisons de politique générale ou économique. Par exemple, le législateur imposera une augmentation du salaire minimum, un blocage temporaire des loyers ou une réorganisation des modalités du prêt hypothécaire.

En résumé, les interactions individuelles se trouvent, dans le modèle du contrat réglementé, pour une grande part soustraites à l'initiative individuelle et gérées par une instance de régulation collective. Ce modèle, en grande vogue il y a quelques décennies et associé, sur le plan politique, au modèle de l'État-providence, est aujourd'hui très critiqué et plutôt en déclin. Son influence demeure cependant déterminante dans la réglementation en vigueur et se fait toujours

27. Sur ce modèle d'interprétation, défendu par l'école sociologique depuis le tournant du siècle et au premier chef en France par le doyen Gény, voyez B. Frydman, « L'évolution des normes de scientificité en droit », in *Normes de scientificité et objet des sciences sociales*, sous la direction d'Hélène Desbrosses, Paris, Publications de l'Université Paris X (sous presse), *in fine*, ainsi que B. Frydman, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des Tribunaux*, 1996, p. 809-813, spéc. § 5.

sentir dans la réalité de pratiques gouvernementales qui, en France en particulier, demeurent assez interventionnistes.

Le contrat, reflet d'une opération économique

Développé par l'école, à l'origine américaine, de l'analyse économique du droit (*Law & Economics*), le modèle économique du contrat a par contre davantage le vent en poupe sur la scène internationale²⁸. Comme son nom l'indique, cette école ambitionne de décrire les règles juridiques à travers le prisme de la théorie économique, postulant même une détermination en dernière instance du droit par l'économie²⁹. Elle recourt largement pour ce faire aux concepts de base de la théorie néoclassique et à certains de ses instruments, comme la théorie des jeux. On l'associe souvent, sur le plan politique, au néolibéralisme voire à l'ultralibéralisme et, sur le plan épistémologique, qui nous intéresse davantage ici, à « l'individualisme méthodologique ». Contrairement aux juristes classiques, qui attachent une importance déterminante aux sources formelles (législation, jurisprudence, ...), les analystes économiques du droit mettent au centre de leurs investigations les interactions juridiques individuelles, d'où l'intérêt tout particulier qu'ils portent aux contrats. Pour eux, le contrat est avant tout le reflet d'une opération économique, qui sert de support et donne sa consistance à la relation juridique en même temps qu'elle en dicte, jusqu'à un certain point, les termes.

28. Pour un exposé détaillé sur les thèses de cette école : B. Frydman, « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit » in, *Structure, système, champ et théories du sujet*, sous la direction de T. Andréani, Paris, L'Harmattan (sous presse).

29. L'expression de « réduction en dernière instance à l'économie » est empruntée à Althusser (*Sur la reproduction*, Paris, PUF, 1995, p. 82 et les développements subséquents). Les tenants de l'analyse économique du droit partagent en effet avec les marxistes leur approche réductionniste, mais sans reprendre à leur compte, tout au contraire, la dimension contestataire de l'analyse marxiste.

Formation : marchandage (*bargaining*) et théorie des jeux

Au stade de la formation, l'analyse économique s'intéresse surtout à la négociation préparatoire, ignorée comme on l'a vu par la théorie classique. Mais elle s'attache moins à en fixer les règles qu'à en construire le modèle, afin notamment d'en prévoir le résultat. Ce modèle repose sur les prémisses suivantes :

1. La conclusion d'une convention constitue le mode privilégié d'interaction dans la mesure où il fait tendre le coût social des transactions vers zéro (sauf les prélèvements fiscaux attachés à la conclusion de certaines conventions, comme les droits de mutation immobilière). Elle génère un coût nettement moins élevé (en frais, en temps et en risque couru) que la procédure judiciaire, conçue comme un cas limite, marginal, aléatoire et finalement irrationnel de règlement des prétentions concurrentes et des litiges potentiels ou actuels.
2. Les droits subjectifs, quelle que soit leur nature, sont strictement identifiés à des biens économiques, réduits à leur utilité et valorisés au prix que les agents sont prêts à payer pour les acquérir. Tous les droits et obligations peuvent donc faire l'objet de transactions en tout point équivalentes aux transactions marchandes.
3. La négociation des droits et des obligations s'analyse dès lors explicitement en un « marchandage » (*bargaining*), à l'occasion duquel chaque partie tentera d'accroître son utilité au moindre coût.
4. Le modèle suppose une anthropologie bien connue des économistes. Les agents, ici sujets de droits, sont des acteurs rationnels et égoïstes, exclusivement soucieux de maximiser leur profit et d'éviter les risques (*risk aversion*). En d'autres termes, le modèle économiste introduit dans la logique contractuelle une rationalité purement stratégique.
5. La négociation contractuelle est encore conçue dans un contexte de transparence où toutes les personnes connaissent la position de leur contrepartie et savent que celle-ci

l'organisation d'un *trial by jury*³¹. Le défendeur préfère la certitude d'une peine relativement légère au risque d'un enfermement de très longue durée, voire de la perte de la vie, et épargne d'importants frais de défense qu'il n'a du reste pas forcément les moyens d'exposer³².

Interprétation : le critère de l'efficacité économique

Le contrat une fois conclu, qu'en est-il de son interprétation par l'observateur-interprète et spécialement le juge saisi d'un éventuel litige ? Rappelons d'abord que l'intervention judiciaire n'est envisagée par *Law & Economics* que comme un cas limite coûteux, qu'une gestion rationnelle de la coopération sociale doit en principe permettre d'éviter. La seule menace de l'intervention judiciaire doit normalement suffire à ramener chacun à la raison et à réamorcer la coopération menacée. Le droit formel au sens strict n'intervient que comme une solution de rechange à l'échec de la coopération. Mais enfin, la réalité nous offre quotidiennement l'exemple de telles situations. Dans ces cas de figure, comment le juge va-t-il procéder pour interpréter la convention et fixer les torts et les droits de chacun ?

La solution proposée par l'analyse économiste est particulièrement intéressante d'un point de vue philosophique. Selon Coase³³, le juge doit trancher non pas en scrutant,

31. Ces derniers sont loin d'être négligeables. Voyez les énormes moyens mobilisés pour le procès Simpson qui a duré environ un an. Les frais de l'accusation dépendent évidemment des moyens dont dispose la défense dans le combat judiciaire. Compte tenu des budgets disponibles, le bureau du D.A. ne peut se permettre que de renvoyer une petite minorité des affaires dont il se saisit devant un jury.

32. Ici encore ces frais peuvent être colossaux. Qu'il suffise de mentionner que l'actuel Président des États-Unis a lui même dû recourir à une souscription publique pour être en mesure de faire face aux frais de défense exposés à l'occasion des différentes procédures et enquêtes engagées contre lui et son épouse. Cette vision marchande de la justice contrebalance la vision traditionnelle du *due proces of law* garanti par la Constitution américaine.

33. Auteur du célèbre théorème qui porte son nom, démontré dans l'article fondateur : « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law and Economics* III, 1960, p. 1-44.

connaît la leur et ainsi de suite. Bref, le modèle recourt implicitement à la notion de *common knowledge*³⁰.

6. Sur ces bases, on peut inférer par calcul le résultat de la négociation. On peut également prédire, conformément à la logique économique néoclassique, que ce résultat aboutira à un point d'équilibre correspondant à l'allocation optimale des ressources, c'est-à-dire à l'attribution de chaque droit dans le patrimoine de celui le mieux à même de le mettre en valeur.
7. Le constat selon lequel la libre détermination par les agents économiques de leurs droits subjectifs réciproques conduit à l'allocation optimale des ressources conduit la majorité des partisans de l'analyse économique à porter un jugement sévère sur la législation et la réglementation qui faussent, entravent ou dénaturent le jeu des interactions sociales. *Law & Economics* se pose donc en adversaire naturel et résolu du modèle du contrat étroitement réglementé.

Le modèle de l'analyse économique permet, selon ses promoteurs, de rendre compte non seulement des contrats commerciaux ou de transactions immobilières, bref d'opérations patrimoniales, mais aussi de formaliser la négociation de conventions collectives de travail, voire de conventions de divorce, ou même du *plea bargaining* (marchandage de plaidoirie), par le moyen duquel se règle une majorité des affaires pénales aux États-Unis. Le *plea bargaining* désigne un accord entre le représentant du *district attorney* (équivalent du procureur de la république) et une personne poursuivie aux termes duquel celle-ci accepte de plaider coupable devant le juge, et dispense par conséquent la partie poursuivante de produire ses preuves de manière convaincante devant un jury, en échange d'une incrimination moins grave et par suite sanctionnée d'une peine plus légère. La conclusion d'un tel accord dépend d'une analyse coût-bénéfice dans le chef des parties. L'accusation trouve son bénéfice dans la certitude de la sanction et le traitement rapide de l'affaire ainsi que dans l'économie des moyens nécessaires à

30. Concept forgé par Lewis qui désigne un savoir mutuel sur les intentions de chacune des parties à un acte de langage (Livet, p. 47-8, 161 et surtout 171-4).

comme dans la théorie classique, les intentions réelles des parties, mais bien en faisant prévaloir la solution économiquement la plus efficace, celle qui maximise l'utilité globale. Pour découvrir celle-ci, il lui suffit en principe, suivant les prémisses du modèle, de retrouver la solution à laquelle une négociation rationnelle aurait normalement abouti. Cette option permettra en outre au juge de jouer son rôle d'incitateur dans la recherche par les parties d'une solution négociée. Toute autre solution, estime Coase, serait en toute hypothèse remise en cause, après le procès, par une nouvelle négociation permettant de retrouver une situation d'équilibre. Les tenants de l'analyse économiste observent d'ailleurs qu'en pratique la jurisprudence favorise effectivement les solutions les plus conformes aux besoins du marché et à l'efficacité économique.

Il faut ici s'arrêter un instant pour constater un net glissement depuis l'approche descriptive de la négociation comme aboutissant normalement à la coopération la plus efficace vers une approche prescriptive imposant à l'interprète un jugement conforme aux exigences de l'efficacité. Ce glissement d'un « est » vers un « doit » constitue une violation manifeste de la loi de Hume³⁴, d'autant plus spectaculaire que toute la philosophie du droit anglo-américaine (*Jurisprudence*) se montre très attachée à cette loi et toujours prompte à dénoncer ce qui s'apparente de près ou de loin à une *naturalistic fallacy*. Les tenants de *Law & Economics*, conscients du problème, assument pourtant clairement les conséquences de leur position, ainsi qu'en atteste cette déclaration de principe de Coleman et Lange³⁵ : « Ceux qui prétendent que l'efficacité économique fournit la meilleure explication d'un ordre juridique sont contraints d'y voir un idéal moral attirant, suffisamment attirant du moins pour que sa mise en œuvre justifie le recours à l'autorité politique. Donc, la distinction pure et dure entre prédiction et prescription, entre une analyse économique du droit descriptive et normative

34. «No 'ought' from an 'is' » notamment in D. Hume, *A Treatise of Human Nature* (1739), III, 1, i.

35. *Law and Economics*, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth 1992, (2 vol.), introduction, p. xxi.

ne peut être maintenue³⁶ ». L'analyse économique du droit rejoint donc ici une philosophie jusnaturaliste et n'est souvent pas loin de plaider pour la reconnaissance d'un nouveau droit naturel économique³⁷.

Révision : la prise en charge des risques

Si un changement de circonstances survient en cours d'exécution, qui bouleverse l'équilibre des prestations, les calculs préalables des parties seront faussés et il est probable que les termes de l'accord ne conduisent plus à une situation d'équilibre, et encore moins à l'équilibre optimal. Il faudra choisir pour la partie perdante entre ne pas exécuter et risquer une condamnation financière et exécuter à perte. Le problème se pose donc en termes de répartition du risque. Les parties à la négociation, raisonnables et prudentes, guidées par l'aversion au risque, seront normalement soucieuses de prévenir ce type de problème en modalisant par avance la prise en charge des risques. Elles pourront le faire soit en insérant dans le mécanisme conventionnel une procédure de révision éventuelle du contrat. De telles stipulations, qualifiées « clauses de *hardship* », sont habituellement insérées dans les contrats internationaux, soit en couvrant les risques par leur transfert sur des tiers, soit par le recours à des mécanismes de garantie ou d'assurance.

Enfin, dans l'hypothèse d'un changement de circonstances tel que l'opération économique à la source du contrat ne présente plus de sens, la convention pourra, suivant l'analyse économique, être déclarée caduque par disparition de

36. « *Those who would claim that economic efficiency provides the best explanation of a body of law are committed to the view that economic efficiency is an attractive moral ideal, sufficiently attractive to justify the use of political authority in implementing it. Thus, the hard and fast distinction between prediction and prescription, between positive and normative law and economics, cannot be sustained* » (Coleman & Lange, *loc. cit.*, notre traduction). — Dans le même sens, Posner « *Utilitarianism, Economics and Legal Theory* », 8, *The Journal of Legal Studies*, 1979, p. 103-140, spéc. p. 107 et *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Little Brown, 1992, p. 23 et s. — Pour une analyse critique de la question : Dworkin « *Is wealth a value?* », 9, *The Journal of Legal Studies*, 1980, p. 191-226, spéc. p. 219).

37. Le concept de « droit naturel économique » est très largement développé dans G. Haarscher et B. Frydman, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1998.

sa cause essentielle, même si l'exécution *stricto sensu* des dispositions contractuelles n'est pas matériellement impossible³⁸. Cette application conséquente de la théorie du «reflet» conduit à un élargissement important de la théorie classique de la force majeure, par la prise en compte de l'utilité actuelle du contrat.

Bilan critique du modèle économiste

L'analyse économique du contrat a le mérite d'adjoindre à la théorie classique un véritable modèle de coopération contractuelle, qui fournit ses meilleurs efforts dans la phase précontractuelle de la négociation. Toutefois, ce modèle, basé sur la rationalité stratégique, s'il offre une base minimale de travail et présente l'avantage d'une remarquable simplicité, suscite des difficultés qui marquent très vite ses limites³⁹ :

1. Le «savoir mutuel» (*common knowledge*) que requiert la bonne fin des opérations de marchandage, tel que supposé dans l'approche économiste, correspond à des conditions exorbitantes, qui ne sont pratiquement jamais réunies dans le contexte empirique de la négociation.
2. Le postulat, aux termes duquel le marchandage conduit normalement à l'allocation optimale des ressources, est beaucoup trop optimiste. Il est contredit par la théorie des jeux elle-même qui, avec le dilemme du prisonnier ou des biens collectifs, nous montre précisément le contraire, à savoir que, dans certaines situations, un comportement exclusivement rationnel et prudent des agents fait obstacle à la découverte par les parties de la solution globalement la plus efficace⁴⁰.
3. L'interprétation par le juge des termes de la convention, en fonction des exigences de l'efficacité économique et sur la base d'un calcul coûts-bénéfices, quoique proche de

38. Sur la jurisprudence récente relative à la caducité des contrats : Dieux, p. 141 et suiv..

39. Les apories des modèles de coopération fondés exclusivement sur la rationalité individuelle stratégique ou maximisatrice sont très bien mises en évidence par Livet (p. 159-178), qui montre en particulier les paradoxes auxquelles conduit son application conséquente.

40. Livet, p. 175 et suiv.

la philosophie utilitariste, viole la loi de Hume. Elle marque en outre un recul de l'analyse économique par rapport à ses propres thèses, dans la mesure où elle conduit à une solution interventionniste de nature finalement identique au *balancing of interests test* du contrat réglementé, en faisant bon marché de l'initiative individuelle que le modèle prétend protéger.

4. Enfin, la vision économiste ne propose guère de solution juridiquement neuve au problème de la révision. L'aménagement contractuel de l'imprévision est déjà permis par la théorie classique, de même que les mécanismes de garantie et d'assurance⁴¹. La théorie de la caducité n'échappe pas plus que la théorie de la force majeure à l'inflexibilité du tout ou rien. Plus généralement, le modèle économiste fonctionne essentiellement dans le cadre normatif de la théorie classique, et, précisément pour cette raison, ne permet pas de rendre compte de certaines innovations jurisprudentielles contemporaines, que nous allons examiner à présent.

Le modèle pragmatique de la coopération indécidable et révisable

En effet le droit positif des contrats, tel qu'on l'applique aujourd'hui, ne correspond plus à la théorie classique puisée aux sources du Code civil. Non que les dispositions du Code qui régissent les obligations conventionnelles aient été abolies ou revues de fond en comble. Mais la jurisprudence et la doctrine ont introduit, sous la pression de la pratique et par touches successives, des innovations dont la portée globale demeure discutée mais qui, de l'aveu des meilleurs spécialistes, rendent la théorie classique périmée.

Nous aborderons, comme annoncé, ces innovations sous l'éclairage du modèle de coopération proposé par Pierre Livet. Il est impossible de rendre compte, dans le cadre restreint de cette étude, du contenu très riche de l'ouvrage *La communauté virtuelle*, à la lecture duquel on ne peut que renvoyer le lecteur attentif. Livet y montre que le libre jeu

41. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté.

des interactions individuelles rationnelles (selon le modèle économiste) ne permet pas d'expliquer de manière satisfaisante la coopération sociale, pas plus que l'idéal d'une communication transparente (mis en avant par Habermas⁴²). Il met dès lors au point un modèle alternatif, dont nous résumons, en quelques lignes forcément sommaires, les notions de base :

1. Le contrat appartient à la famille des *actes de langage* et, plus précisément, à la catégorie des promesses bilatérales.
2. Les *intentions* des parties à un acte de langage sont décidément *indécidables*. On ne peut jamais en être assuré quant bien même les parties prétendraient exécuter fidèlement leurs engagements et agiraient effectivement en ce sens⁴³.
3. Les conventions explicites qui règlent certaines formes de coopération sociale reposent toujours sur un arrière-plan de *conventions implicites*⁴⁴, qui consistent notamment en des *gestes ostensifs*⁴⁵ individuels ou collectifs sur base desquels les coopérants ajustent leurs comportements.
4. Toute coopération organisée (et le contrat constitue une forme élémentaire d'organisation) se déroule non dans une situation idéale de transparence mais ménage au contraire une sphère d'indécidabilité, laquelle rend la coopération possible. Autrement dit, c'est parce que ceux qui participent à un projet doutent des intentions de leurs partenaires et non parce qu'ils les connaissent parfaitement que l'entreprise commune a des chances de progresser et de réussir⁴⁶.
5. La poursuite de la coopération requiert une certaine *tolérance mutuelle* par rapport aux écarts constatés au cours

42. Les règles de l'éthique de la discussion sont déterminées à l'horizon d'une « situation idéale de parole », qui présente un caractère contrefactuel (c'est-à-dire n'est pas réalisée empiriquement) mais néanmoins efficace, car il contribue à forger les attentes des interlocuteurs et dès lors contraint pragmatiquement les modalités de la prise de parole et le déroulement des échanges.

43. Livet, p. 70-89.

44. Livet, p. 234-6.

45. Livet, p. 226-34.

46. Livet, p. 174 et suiv. — Adde : p. 224 et suiv.

de la collaboration. Ces écarts seront interprétés selon les cas tantôt comme de simples erreurs, qui appellent des corrections, tantôt comme de véritables révisions de l'action commune, de son sens ou de ses objectifs⁴⁷.

6. L'action commune (de même que l'action individuelle d'ailleurs) est donc toujours indéfinie quant à sa portée et essentiellement révisable dans le cours de son exécution⁴⁸. L'intention s'analyse adéquatement non comme un préalable qui détermine par avance les modalités de l'action mais comme une construction *a posteriori* de l'observateur-interprète sur la base des révisions intervenues au cours de l'entreprise.

Testons à présent les performances heuristiques de ce modèle sur les données que nous fournit la jurisprudence contemporaine aux trois stades de la négociation, de l'interprétation et de la révision du contrat.

Négociation : le respect des attentes légitimes de l'interlocuteur

La jurisprudence a largement comblé, depuis une vingtaine d'années, le silence de la théorie classique sur la période des « pourparlers préliminaires », en imposant dès ce stade aux futures parties des devoirs particuliers. Dans le même mouvement, elle a délaissé, pour la formation du contrat, l'exigence de la rencontre réelle et complète des consentements exempts de vice et renoncé de plus en plus souvent à plonger dans l'examen du for intérieur de chacune des parties pour percer le mystère de l'intention commune. Par contre, elle accorde une attention déterminante aux « gestes ostensifs » imputables aux parties et en tirent les conséquences de droit que les observateurs-interprètes ont légitimement pu en inférer. Illustrons cette évolution par trois exemples d'innovations jurisprudentielles, qui marquent une distance croissante avec la théorie classique.

47. Livet, p. 209-213.

48. Livet, p. 159 : « Nous avons abandonné l'idée d'une action définie dès son intention, pour étudier une action dont le sens est forgé en cours de route, au gré des corrections de trajectoires que les erreurs et les imprévus nous suggèrent. »

La responsabilité précontractuelle

Dès le moment où des personnes entament la négociation d'un contrat, la jurisprudence leur impose des devoirs spécifiques les unes envers les autres. On peut, en simplifiant à l'extrême, regrouper ces devoirs autour de deux pôles⁴⁹. D'une part, les négociateurs sont tenus d'*informer* leurs interlocuteurs de tous les éléments essentiels du contrat à conclure et de tous les autres éléments dont la discussion a montré qu'ils déterminent le consentement de l'une ou l'autre des parties⁵⁰. D'autre part, les négociateurs doivent faire diligence et *collaborer en vue d'aboutir* à la conclusion d'un contrat valable dans un délai raisonnable.

L'obligation d'information varie en fonction de la qualité des négociateurs. Le particulier, qui revend son véhicule usagé, n'est pas tenu aux mêmes investigations que le vendeur professionnel de voitures d'occasion par exemple. De même, on attendra de ce professionnel une attitude différente suivant qu'il revend le véhicule à un particulier ou à un collègue. Notons au passage que le garagiste sera tenu de garantir le particulier contre les défaillances cachées de la voiture qu'il lui a vendue, non seulement s'il connaît ses défauts, mais même s'il les ignore, dès lors que l'acheteur est en droit d'attendre d'un professionnel avisé qu'il ait révisé la voiture et en ait décelé tous les vices. Le garagiste n'est pas admis à faire la preuve de sa bonne foi. Il est présumé de manière irréfragable⁵¹ avoir connu le vice caché⁵².

Quant à l'obligation de faire diligence en vue de la conclusion d'un contrat valable, elle permet de sanctionner notamment le fait de s'engager dans une négociation sans réelle volonté d'aboutir, de laisser se prolonger indéfiniment les pourparlers sans aviser l'interlocuteur qu'on a changé d'avis, de faire une proposition manifestement inacceptable

49. Pour une analyse plus détaillée de cette jurisprudence, voir: B. Frydman, « Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Publications des Fac. Univ. Saint-Louis, 1996, p. 231-252, spéc. p. 247-250 et les références citées.

50. C'est-à-dire les éléments substantiels: *supra* 1.1.1.

51. Une présomption est dite « irréfragable » lorsqu'elle n'admet pas la preuve contraire qui permettrait de la renverser.

52. Dalloz, *Encyclopédie Dr. Civil*, v° Vente, § 1556.

qui ne peut que faire capoter l'affaire ou de rompre de manière brutale et intempestive une négociation déjà très avancée et dont les parties étaient en droit de croire qu'elle allait aboutir. La sanction classique et limitée de cette attitude consiste en l'indemnisation du préjudice subi, par exemple, la perte de temps subie par la personne induite en erreur ou le fait qu'elle ait laissé échapper d'autres occasions⁵³. Mais il n'est pas normalement question de considérer le contrat comme conclu d'office.

Le fondement juridique de ces obligations a fait l'objet de longues discussions doctrinales. Le principe de la responsabilité contractuelle ne peut être retenu puisque aussi bien, au stade de la négociation, le contrat n'est par définition pas encore conclu et ne peut donc normalement produire des effets juridiques et créer des obligations à la charge des futurs et incertains cocontractants. On a également imaginé la conclusion d'un avant-contrat encadrant les négociations, mais cette hypothèse apparaît à la fois artificielle et formaliste. Par défaut, on a dès lors pris le parti de rattacher la *culpa in contrahendo* (faute commise dans l'acte de contracter) à la responsabilité de droit commun⁵⁴, en l'assimilant à l'obligation générale de diligence et de prudence qui s'impose à tous dans la vie en société, indépendamment de tout contrat. Mais, ici encore, l'explication est insatisfaisante en tant qu'elle néglige le caractère spécifique des obligations mises à charge des parties en négociation.

La responsabilité précontractuelle appelle quant à nous deux premières observations prudentes : (1) le droit actuel reconnaît, contrairement à la théorie classique, qu'une forme de collaboration est engagée entre les parties, dès avant l'établissement d'une convention explicite, dès le moment où elles entrent en pourparlers. (2) Le droit actuel se fonde, pour apprécier les fautes commises, non sur les intentions secrètes des parties (le garagiste connaissait-il ou non le vice ?) mais sur leurs gestes ostensifs (par exemple le statut de professionnel du garagiste) et sur les attentes que

53. Elle découle du régime de la responsabilité quasi-délictuelle et s'analyse, en ce qui concerne l'évaluation du dommage, en la « perte d'une chance ».

54. Art. 1382 et 1383 du Code civil.

ceux-ci ont pu générer chez autrui. Les deux exemples qui suivent vont, comme on va le voir, confirmer et amplifier ce changement de perspective.

L'erreur commune

Le deuxième exemple, plus lourd de conséquences, concerne un aménagement de la théorie des vices de consentement. Il s'appuie sur une jurisprudence relativement ancienne mais qui n'a reçu que tout récemment une explication convaincante. Selon la théorie classique, le contrat est nul quand une des parties a commis une erreur portant sur un élément déterminant de son consentement (*supra* 1.1.4). Par exemple, un particulier a cru de bonne foi mais à tort que tel accessoire informatique qu'il a acquis pourrait fonctionner dans le cadre de son installation existante. En cas d'erreur, les consentements ne se sont pas effectivement rencontrés et le contrat est donc nul. Les juges se montrent toutefois plus exigeants, en ajoutant que l'erreur doit être « commune ». Cela n'implique pas que les deux parties aient versé dans la même erreur, mais bien que le cocontractant de la partie qui s'est trompée connaissait ou aurait dû connaître le caractère essentiel ou substantiel de l'élément sur lequel porte l'erreur. Dans notre exemple, il faudra prouver, pour prétendre à l'annulation, que le vendeur savait ou devait savoir que son client se déterminait en fonction de la compatibilité de l'accessoire avec un environnement déjà installé, preuve qui en pratique ne devrait pas être trop difficile à rapporter, compte tenu du devoir de conseil du professionnel. Comme l'observe finement M. Dieux⁵⁵, cette décision est incompatible avec la théorie de la volonté réelle et de l'intention commune puisque, pour peu que l'erreur ne soit pas entrée dans le « cercle contractuel objectif », le contrat sera valable et obligatoire alors même que les consentements ne se sont jamais véritablement rencontrés. La même remarque vaut à propos de la jurisprudence qui interdit à une partie de se prévaloir de son erreur pour demander l'annulation du contrat lorsque l'erreur en question présente un caractère

55. Dieux, p. 111-113.

« inexcusable »⁵⁶. Ici encore un contrat formé sur un malentendu subsiste et sort tous ses effets.

L'apparence

La jurisprudence n'a pas hésité, sous l'impulsion de la Cour de cassation de France, à aller encore plus loin, en acceptant, dans certaines conditions, la conclusion d'un contrat sur la foi d'une apparence trompeuse, en dehors de toute faute et même en l'absence de tout contact direct entre les parties.

Soit un mandat par lequel une personne charge une autre d'accomplir un acte juridique en son nom et pour son compte, par exemple donner son immeuble en location. Pour une raison quelconque il est mis fin au mandat mais l'ex-mandataire conclut quand même un bail avec un tiers. Le contrat existe-t-il et lie-t-il le propriétaire ? Non, selon la théorie classique dès lors que l'ex-mandataire était sans pouvoir pour engager le propriétaire. Néanmoins, selon les termes d'un arrêt historique de la Cour de cassation du 13 décembre 1962⁵⁷, « le mandant peut être engagé sur le fondement du mandat apparent, non seulement dans le cas où il a fautivement créé l'apparence, mais également en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, *si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime* ». On peut ainsi être tenu vis-à-vis des tiers, selon cette théorie de l'apparence aujourd'hui généralisée, par des conventions auxquelles on a pas consenti et même auxquelles on n'a pas pris part, sans pourtant avoir commis aucune espèce de faute, dès lors que les tiers ont pu se fier légitimement à des gestes ostensifs indiquant le contraire. La théorie de l'apparence marque réellement l'entrée (et l'entrée précoce si on veut bien considérer la date de l'arrêt⁵⁸) du droit français dans le tournant pragmatique. Le sens du message n'est plus défini par référence à l'intention psychologique de l'émetteur mais bien en fonction de l'interprétation par l'observateur-interprète des gestes ostensifs de cet émetteur.

56. Dieux, p. 114-116.

57. D. 1963, J, 227.

58. La Cour de cassation belge a attendu 1988 avant de se rallier expressément à cette jurisprudence.

Interprétation et exécution du contrat : coopération et bonne foi

La même évolution peut être observée au point de vue de l'interprétation des conventions. On se souvient que, selon la théorie classique, le juge doit déterminer les obligations réciproques en fonction de la volonté réelle des parties plutôt que de leur intention déclarée et que cette volonté réelle doit être fixée au moment de la conclusion du contrat. Ici encore, sans que la loi ne change, la jurisprudence a complètement basculé vers une approche pragmatique.

Dans un arrêt rendu en 1987, la Cour de cassation belge ne craint pas d'affirmer qu'« il n'existe pas de principe général de droit consacrant, pour l'interprétation des actes écrits, la prééminence de la volonté réelle des parties sur la volonté déclarée⁵⁹ ». Dans le même sens, Ghestin, grand spécialiste français du droit des contrats, écrivait en 1990 : « Le contrat est l'instrument indispensable des prévisions individuelles. » « Ce n'est pas la valeur que l'intéressé a entendu attribuer à son comportement qui doit être prise en considération, mais la signification objective que les tiers, et spécialement le co-contractant, ont pu légitimement lui attribuer⁶⁰. »

Quant aux difficultés qui surviennent lors de l'exécution, on sait que la théorie classique se borne à édicter le principe de la convention-loi, c'est-à-dire à prescrire l'exécution pure et simple, quelles que soient les circonstances, sauf cas de force majeure, des obligations telles que déterminées au moment de la formation du contrat. À nouveau, la jurisprudence a considérablement complété ce régime. Elle a utilisé pour ce faire un petit bout de phrase du Code civil à partir duquel elle a construit un nouveau pan de droit. Cette phrase, le second alinéa de l'article 1134 du Code civil, prévoit que « [les conventions] s'exécutent de bonne foi ». Les classiques ne lisaient dans cette incidente qu'une répétition inutile de la prédominance de l'esprit sur la lettre. En 1939, la doctrine pouvait encore écrire que la bonne foi « ne présente aucun intérêt. Elle est dépourvue d'effets juridiques propres (...) c'est une notion vide de tout contenu réel dans

59. Cass. B. 19/2/87, Pas. 87, I, 738 (cité par Dieux, p. 44).

60. « La notion de contrat », D. 90, Chron. XXVII, p. 147 (cité par Dieux, p. 97).

notre droit positif». Aujourd'hui, il n'y a guère de litige en matière contractuelle où la bonne foi n'est pas invoquée par au moins une des parties.

Le recours systématique à la bonne foi peut s'analyser de manière générale comme l'acceptation du fait que les modalités de la coopération ne peuvent être complètement définies par les parties avant l'action, c'est-à-dire avant l'exécution du contrat, mais qu'au contraire la réussite de la collaboration suppose une attitude souple des parties, qui doivent s'assister dans l'exécution de leur projet, y compris en aidant l'autre partie à réparer les conséquences de ses erreurs. Contre la rigueur de la convention-loi et en dehors du spectre strictement stratégique du marchandage, le droit contemporain reconnaît dans le contrat, même purement commercial, une entreprise de coopération, qui implique des devoirs spécifiques.

La jurisprudence fait ainsi remplir trois fonctions distinctes au principe de bonne foi⁶¹ :

1. Une fonction *supplétive*, qui complète les clauses de la convention par des obligations que les parties n'ont pas prévues mais que les circonstances qui entourent l'exécution imposent d'ajouter en cours d'exécution. Par exemple, il a été jugé que celui qui vend du bois sur pied doit également donner les moyens à l'acheteur de prendre livraison de son bien et ne peut sans mauvaise foi lui montrer l'accès au terrain.
2. Une fonction *modératrice*, qui vise à empêcher une partie de commettre ce que la jurisprudence nomme un «abus de droit» et qui se définit comme l'exercice d'un droit non seulement dans le seul but de nuire à autrui mais également pour se procurer un avantage sans commune mesure avec le préjudice imposé à son cocontractant. Par exemple, en cas de mutation technologique, la loi autorise l'employeur à licencier, pour motif économique, les travailleurs dont le poste de travail est supprimé. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris invite cependant l'employeur à la modération et lui impose des obligations

61. Selon la brillante classification de Sophie Stijns, «Abus, mais de quels droits?», *Journal des Tribunaux*, 1990, p. 33-44.

complémentaires, en décidant qu'il doit préalablement au licenciement envisager de dispenser aux salariés menacés une formation complémentaire leur permettant de s'adapter à la nouvelle technologie mise en place⁶².

3. Une fonction *correctrice*, qui va jusqu'à imposer la modification des clauses prévues par le contrat pour tenir compte de l'évolution des circonstances et des nécessités de la collaboration contractuelle (*infra* 4.3.).

L'obligation de réviser le contrat

Avec la fonction correctrice de la bonne foi, nous passons à la question de la révision du contrat, d'ailleurs indissociablement liée en droit contemporain à celles de l'exécution et de l'interprétation. En l'absence ici encore de réforme législative et sans même que la Cour de cassation ne soit revenue sur son refus d'accueillir en droit français la théorie de l'imprévision (*supra* 1.3.), une évolution se dessine, de manière prudente mais néanmoins nette, qui substitue, à l'idée classique de la convention-loi immuable, celle de conventions adaptables et révisables en permanence. En voici trois aspects parmi d'autres :

1. D'abord, sur le plan de l'interprétation, la jurisprudence admet, au titre sans doute un peu bancal de l'aveu extrajudiciaire, que l'exécution donnée par les parties elles-mêmes à leur convention *in tempore non suspecto*, c'est-à-dire en clair avant la naissance d'un différent, fait preuve du contenu du contrat. Par exemple, une convention-cadre entre un commerçant et un de ses fournisseurs prévoit le paiement comptant des marchandises livrées, mais le juge constate qu'en pratique le vendeur a progressivement accordé un délai de paiement d'un mois. Le juge admet cette tolérance répétée comme preuve qu'une facilité de paiement a bien été accordée. Cette jurisprudence ouvre un premier espace important à la révision puisque le juge se fondera non plus seulement sur des déclarations d'intention préalables mais aussi sur la mise en œuvre effective et évolutive par les parties de leur collaboration pour en déterminer la portée juridique effective.

62. Paris, 17 septembre 1993, cité in *Encycl. Dalloz*, v° bonne foi, n° 54.

2. Ensuite, dans l'exécution du contrat, aux termes de la théorie dite de la *rechtsverwerking* (réalité juridique), un droit se trouve éteint lorsque le titulaire de ce droit adopte une attitude objectivement inconciliable avec son exercice. Prenons le cas d'un locataire d'une surface commerciale, à qui un congé illicite avait été signifié, qui avait en connaissance de cause quitté les lieux et qui ultérieurement, à l'occasion d'une demande de réparation, exigeait le droit de se maintenir sur place. Le juge rejette sa demande car, s'il pouvait prétendre à un tel droit en vertu du bail commercial, son comportement, à savoir le fait d'avoir quitté les lieux, ne lui permettait plus ultérieurement d'en exiger l'exécution⁶³. Cette théorie d'origine néerlandaise a connu en Belgique des fortunes diverses et, après quelques hésitations, la Cour de cassation a en tout cas refusé d'y reconnaître un principe général de droit. Mais la doctrine ne s'avoue pas vaincue⁶⁴. Notons cependant que les juridictions arbitrales internationales appliquent généralement un principe analogue aux termes duquel « nul ne peut se contredire aux dépens d'autrui » et que le droit international public connaît avec l'*estoppel* une institution équivalente⁶⁵.
3. Enfin, la fameuse « bonne foi », dans sa fonction correctrice, permet dans certains cas de condamner un cocontractant qui se retrancherait derrière le principe de la convention-loi pour se refuser à une opération de révision. Ainsi, dans une affaire qui a donné lieu en 1992 à un arrêt de la Cour de cassation⁶⁶, la société pétrolière BP était assignée par son distributeur agréé, M. Huard, qui lui reprochait de refuser une adaptation de leur convention indispensable à la poursuite de son activité. Le refus de BP avait pour conséquence que Huard devait acheter le carburant à un prix pratiquement équivalent à celui pratiqué à la pompe par les stations exploitées directement par BP, avec les conséquences qu'on imagine sur le chiffre

63. Le cas est cité dans l'article fondateur de P. van Ommeslaghe, « *Rechtsverwerking en afstand van recht* », *Tijdschrift voor Private Recht*, 1980, p. 735-791, spéc. p. 764 et les références, note n° 112.

64. Sur l'état somme toute indécis de la jurisprudence : Dieux, p. 200-2.

65. Pour plus de détails, voyez Dieux, p. 211 et suiv.

66. Cas. 3 novembre 1992 (J.C.P. 93.II.22164 et obs. Virassamy).

d'affaires de Huard. La compagnie pétrolière se retranchait, pour justifier de son refus, non seulement derrière le principe de la convention-loi mais en outre invoquait une réglementation s'imposant à elle en matière de prix. La Cour d'appel de Paris la condamne cependant pour ne pas avoir coopéré avec son distributeur afin de trouver une solution. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt.

Conclusion

Au terme de ce tour d'horizon, nous pouvons constater que le droit positif des contrats, tel qu'il est appliqué chaque jour en France et ailleurs par les cours et tribunaux, semble avoir parfaitement négocié le tournant pragmatique qui caractérise la philosophie de notre époque et bien intégré les conséquences de ce tournant.

Le droit contemporain a décidément rompu avec le psychologisme et le statisme de la théorie du contrat classique, obnubilée par la recherche de l'intention réelle et commune des parties et véritablement bloquée sur l'instant de la formation du contrat, où le mystère de la rencontre des volontés est censé se produire. Cette rupture n'a pas été décidée par la loi. Elle s'est imposée au fil des cas à la jurisprudence et la doctrine, aujourd'hui à la recherche d'une nouvelle théorie générale qui rende compte de manière cohérente des évolutions intervenues.

Nul doute que la philosophie de l'action n'apporte dans cette tâche un éclairage précieux. La théorie de la coopération indécidable et révisable, telle que Pierre Livet l'a formulée, fournit, en particulier, une grille de lecture dont on a pu commencer ici à mesurer la fécondité. Comme on a pu également l'observer, ce modèle colle mieux à l'actualité juridique que le modèle économiste, recourant à une forme de rationalité purement stratégique, qui demeure davantage centré sur la théorie classique des contrats et manque dès lors les innovations jurisprudentielles récentes.



Techniquement, le tournant pragmatique du droit des obligations se caractérise au moins par un triple changement de perspective, qui bouleverse complètement la conception et le régime du contrat :

1. *De l'émetteur au récepteur* : La portée des obligations conventionnelles n'est plus mesurée par référence au critère monologique de la volonté du sujet de droit de s'engager, ni même en fonction d'une hypothétique volonté commune, mais bien déterminée par l'interprétation, dans le contexte de la communication, des attentes légitimes que les comportements des partenaires, et notamment leurs discours, ont pu susciter chez leurs interlocuteurs.
2. *De la convention explicite à l'arrière-plan* : Le rapport contractuel n'est plus réduit à la convention explicite qui en relate les termes mais envisagé dans une perspective beaucoup plus large. D'une part, en amont, avant la conclusion formelle du contrat, les parties sont déjà engagées dans un processus de coopération dès qu'elles envisagent la possibilité de celle-ci dans le cadre d'une négociation. L'engagement de pourparlers dits précontractuels fait naître de part et d'autre des attentes qui sont reconnues et juridiquement protégées. D'autre part, en aval, le droit tient compte de l'exécution ultérieure donnée par les parties à leur engagement, du contexte dans lequel se déroule la coopération et des obstacles qu'elle rencontre, pour préciser, voire corriger leurs droits et obligations respectifs. En d'autres termes, la convention explicite ne constitue plus qu'un des moyens de définir les modalités de la collaboration, mais elle doit être interprétée en fonction d'un arrière-plan de conventions implicites et de gestes ostensifs, qui en complètent ou en amendent la signification.
3. *De la cristallisation à la révision* : Le contenu et la portée juridique du contrat ne sont plus dès lors définis de manière statique, une fois pour toutes au moment de la conclusion du contrat, mais envisagés de manière dynamique. Le contrat évolue et subit des révisions répétées en fonction des difficultés rencontrées lors de la phase de réalisation, du contexte, des circonstances ou des erreurs commises, ou bien encore de l'évolution du sens donné par les parties à leur entreprise et de l'adaptation des objectifs assignés à la

collaboration. Le droit positif a donc bien saisi les aménagements permanents qu'appelle la prolongation de toute action commune dans la durée. Il met à la charge des parties une obligation étendue de collaboration et de tolérance mutuelle afin de régler les difficultés qui surgissent au fur et à mesure de la réalisation du projet.

Ces quelques réflexions incitent à apprécier la portée des obligations conventionnelles, au-delà de l'interprétation du texte de la convention, dans le cadre élargi d'une théorie de l'action contractuelle.