

Thèmes  
Commentaires & Actes

# DROIT ET LOYAUTÉ

Sous la direction de Franck Petit



DALLOZ

# Loyauté et droit des contrats de droit privé

Daniel Mainguy

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

1.- La question de la loyauté en droit des contrats est une question qui s'impose en pratique et qui divise la doctrine depuis la fin des années 1980. Aucun texte ne prévoit en effet une quelconque exigence claire et déterminée d'une loyauté dont les contours seraient eux-mêmes clairs et déterminés, pas même l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, dont la signification ne force pas l'évidence. Cette incertitude suscite des interprétations doctrinales multiples comme autant de propositions plus ou moins engagées proposant la « bonne » interprétation de ce texte, au point de provoquer des dizaines de travaux, colloques, thèses, articles de doctrine<sup>1</sup> que l'on peut résumer, *a priori*, en deux catégories, pas toujours nettement qualifiées, dont une l'est plus nettement, celle du « solidarisme contractuel » quoique ses détracteurs divisent ses contempteurs entre les « solidaristes sociaux » et les « solidaristes moraux », division que réfutent avec justesse Denis Mazeaud et Christophe Jamin, à l'origine de cette appellation, et les autres, favorables à une considération plus « classique », entendons moins volontariste, de la loyauté.

2.- L'ensemble repose sur l'interprétation de l'article 1134, dont la formule continue de marquer les esprits par la puissance des termes et des notions qu'il dégage :

---

1. Not. (et v. *infra*, note 22) : C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle. Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 442 ; Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé. Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 247 ; D. Mazeaud, « La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Juris-Classique, 1999, p. 603 ; « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905.

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

On ne compte plus les interprétations et interrogations suscitées par ce texte qui reprend, en plus long, la formule médiévale *pacta sunt servanda* : les conventions sont-elles des « normes » par-delà la considération qu'elles « tiennent lieu de loi », s'imposent-elles aux tiers et dans quelles conditions, peuvent-elles être révoquées, que signifie donc cette « bonne foi » dans l'exécution ainsi mise en valeur, etc.

Les principales difficultés d'interprétation et de résolution des cas complexes posées en droit des contrats sont ici résumées : la circonférence de la norme contractuelle dans les rapports entre les parties d'une part et dans ceux entre les parties et les tiers ensuite pose la question de la violation, par un tiers, du contenu d'un contrat, comme c'est le cas de la vente par un contractant non autorisé de produits réservés contractuellement à un réseau de distributeurs ; la question de la possibilité pour une partie de mettre fin à un contrat, de le résilier, qui semble contrariée par l'alinéa 2 de l'article 1134, quand bien même une partie n'aurait plus d'intérêt à son exécution.

Enfin la « bonne foi » ainsi exigée dans l'exécution du contrat pose une question redoutable : être de « bonne foi », est-ce, à l'anglaise, exécuter le contrat à la lettre sans rien y retrancher ou surtout ajouter à ce que les parties ont décidé, ou au contraire, est-ce se soumettre à des obligations « inhérentes » au contrat, celles-là même qu'une conception judiciaire et indéterminée, pour ne pas dire aléatoire, de la bonne foi imposerait ? Nul ne songera à limiter la portée de ces propos qui ont une importance capitale depuis une trentaine d'années, par la promotion d'obligations de sécurité ou d'information que les parties n'auraient pas songé à insérer et auxquelles pourtant elles doivent se soumettre voire pour la résolution du problème majeur dit de « l'imprévision » ou de la gestion du changement de circonstances économiques.

3.- Cette question de loyauté est parfois mal comprise, comme s'il existait une « obligation » de bonne foi ou de loyauté. Or, il s'agit d'une « exigence », d'un « standard » juridique à la mesure duquel est apprécié un comportement, selon qu'il est loyal ou déloyal ou le contenu d'un contrat en tant qu'il correspond, ou non, à ce standard. Or, c'est au juge de caractériser un comportement comme loyal ou non, ou bien d'identifier une obligation qui s'imposerait, ou non, dans un contrat en conformité avec cette exigence de bonne foi. En d'autres termes, la « loyauté » n'est pas une incantation mais une invitation à des déclinaisons techniques et aux discours les produisant.

En outre la question de la « loyauté » dans les contrats de droit privé n'est pas résumée à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil. La question de la cause, étendue à des notions dérivées comme celle de l'économie du contrat, du contrôle des clauses disproportionnées, exagérées ou « abusives », bien au-delà des contrats de consommation, mais par exemple les clauses limitatives de responsabilité, les clauses

pénales, les clauses de non-concurrence, les clauses d'exclusivité, etc., la question du dol, par la notion de réticence dolosive ou mieux du « dol de l'acheteur » participent largement de la réponse à la question de savoir ce que recouvre la notion de loyauté.

Par ailleurs, la question de savoir si la « loyauté » prédomine dans les contrats de droit privé s'impose à tous les stades du contrat, et pas seulement à celui de l'exécution. Le temps de la formation du contrat est très largement subjectivé, par la surestimation de la notion de vice du consentement ou de cause, dans le Code civil et dans les interprétations subséquentes, à commencer par l'exigence de « bonne foi » dans la négociation des contrats. Elle s'impose largement à tous les stades de l'exécution du contrat et notamment depuis l'arrêt fondateur du 3 novembre 1992, l'arrêt *Huard*, désormais fameux et même érigé au rang de grand arrêt du droit civil, dans l'ouvrage éponyme, mais également la question, voisine, de la gestion du contrôle du comportement du contractant, par exemple en cas de changement de circonstances économiques dans l'exécution du contrat, dite « imprévision ». C'est encore le cas au stade de la rupture du contrat, à travers les exigences de préavis *raisonnable*, de motif *légitime* ou de l'appréciation des suites d'un contrat.

Cette notion de loyauté, à la supposer établie, prend en outre des formes variables dont celle de *raisonnable*, *bonne foi*, *légitime*, *excessif*, *dérisoire*, *utile*, etc.

4.- L'ensemble illustre la difficulté plus large consistant à interpréter un contrat, ses clauses, ses effets, sa formation ou sa rupture, à l'aune de dispositions du Code civil dont la marge d'interprétation, pour le juge, est totale.

L'objet de cette intervention n'est pas, en effet, de tracer les contours ou les manifestations d'une « exigence » de loyauté dans le contrat (et d'une quelconque « obligation » de loyauté), toujours à la supposer établie, ou de livrer une nouvelle proposition d'interprétation, forte ou faible, de cette exigence, et qui pourrait se résumer en des formules du type « *il faut* interpréter le contrat en respectant une exigence minimale de loyauté » ou au contraire « *il faut* interpréter le contrat en respectant une exigence maximale de loyauté » ou encore « *il faut* que telle obligation soit considérée comme inhérente au contrat pour respecter telle exigence de loyauté ». Dans tous les cas, le problème repose sur le commandement qui est ainsi posé, de sa source et de sa force, c'est-à-dire que l'on peut poser le problème de la loyauté dans les contrats de droit privé sur le plan de la méthode de l'interprétation des normes juridiques applicables aux contrats de droit privé, sous l'angle de la question de la loyauté dans les contrats. La question se pose en effet de savoir qui, c'est-à-dire quelle institution juridique, détermine les contours de la loyauté dans les contrats de droit privé. Est-ce le législateur, par exemple dans le cas de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil ? Est-ce la doctrine, ce qui supposerait que le discours de la « doctrine » soit d'une part mesurable et d'autre part normatif ? Est-ce une coutume ? Est-ce, plus sûrement, le juge, c'est-à-dire le juge souverain ? Ou encore, existe-t-il une métanorme qui imposerait au juriste d'interpréter les normes en général, l'article 1134, alinéa 3 en particulier, d'une certaine manière ?

L'apport de la théorie du droit, qui ne sera pas détaillée ici, consiste à considérer d'une part que la considération des normes s'effectue de manière axiologiquement neutre, c'est-à-dire indépendamment de toute référence à une valeur quelconque pour apprécier sa validité. Ce n'est pas parce que telle règle se conforme à une valeur, ou une référence morale ou de justice, par nature inconnues et discutables, que cette règle est valide, mais parce qu'elle est conforme à une norme juridique valide supérieure. Ainsi, les décisions de la Cour de cassation produisent des normes valides parce qu'elles s'effectuent en application d'une loi de procédure elle-même valide. D'autre part, les textes à interpréter, par exemple les textes de loi, sont de sens indéterminé. L'article 1134 alinéa 3 du Code civil, par exemple, et sa jolie formule « Elles [les conventions] s'exécutent de bonne foi », n'a pas de sens déterminé en lui-même. Pour un juriste anglais, il devrait en résulter que le contrat doit être exécuté à la lettre et que toute demande visant à s'écarter du texte du contrat, notamment qu'il existerait des obligations inhérentes au contrat autres que légales, serait une exigence, un comportement, de mauvaise foi. À l'inverse, un juriste français s'interroge sur le point de savoir s'il n'en résulte pas la considération exactement inverse.

La détermination du sens de ce texte est alors donnée par l'interprète, le juge souverain, la Cour de cassation (en principe), et cette interprétation s'effectue de manière libre, sous la réserve de quelques contraintes. Dans le vocabulaire de la théorie du droit de Troper, l'énoncé, au sens indéterminé, est une *norme applicable*, sujette à des interprétations scientifiques (des commentaires de doctrine par exemple) et des opinions qui sont autant de *propositions de norme*, tandis que le texte interprété produit une *norme en vigueur*. Disons que la norme à interpréter est une norme hypothétique et que la norme interprétée est la norme réelle (mais changeante, au gré des interprétations).

5.- Une chose semble alors certaine, en termes de fondement du droit des contrats, quoi qu'il n'en soit pas explicitement disposé dans le Code civil : le contrat s'exprime sous les auspices de la liberté, la fameuse liberté contractuelle qui se décline en une liberté de conclure un contrat, la liberté de ne pas conclure un contrat et la liberté de déterminer le contenu du contrat à conclure, l'ensemble étant, depuis le début du xx<sup>e</sup> siècle, soumis à une somme de contraintes légales croissante comme autant d'exceptions ou de limites, justifiées ici par la protection du salarié, du consommateur, du concurrent, du patient, de l'environnement, etc., ou bien là par des exigences propres au décideur public, comme c'est le cas, par exemple des règles du droit pénal, dit « des affaires », du droit de la concurrence ou encore du droit de l'urbanisme.

Liberté/contrainte, le couple est trop classique pour n'être point ignoré et repose intégralement sur la permission ou l'interdiction posées par la loi. Les choses seraient ainsi très simples, voire simplistes, à n'envisager que la contemplation lascive et hétéro de la loi considérée alors comme complète, finie, et surtout de sens clair et déterminé.

Or le *besoin de droit* s'exprime difficilement en amont : il est très difficile pour ne pas dire utopique d'imaginer un législateur capable d'envisager des règles qui

seraient capables de traiter, à coup sûr et sans omission, toutes les situations qui pourront, ensuite, se présenter. C'est d'ailleurs pour cette raison que la loi fait autant usage de standards juridiques. Le besoin de droit s'exprime en revanche pleinement en aval de la législation, sur le fondement de questions qui émergent aléatoirement et de manière imprévisible en pratique et qui justifient un contentieux ou un besoin de règles ou du fait des règles existantes qui emportent soit des effets pervers de la norme soit un contournement de celles-ci.

Par ailleurs toutes les règles juridiques, simples *énoncés normatifs*, dont celles des contrats, mais surtout celles des contrats pour ce qu'elles sont ordinairement usitées, sont obscures, incomplètes ou absentes et susceptibles d'interprétation.

En outre, si le droit des contrats (et le droit français en général) était fondé sur le principe selon lequel « *tout ce qui n'est pas interdit est autorisé* », il en résulterait que la dimension simple du couple liberté/contrainte s'imposerait. Il suffirait donc d'observer les règles légiférées et noter si une telle contrainte existe, sachant qu'à défaut la liberté s'impose. Cela supposerait que le droit français soit fondé sur une loi générale de validation : il existerait ainsi un ordre public légal clos, comme tempérament à la liberté contractuelle où on pourrait considérer que seuls les interdits explicites identifieraient ses limites. Or il n'en est rien : à côté de l'ordre public légal existe ce qu'on désigne imparfaitement comme un ordre public *virtuel*, qui dépend des interprétations jurisprudentielles et qui signifie surtout que le juge dispose de la faculté de créer des éléments de cet ordre public. Les cas sont bien connus : la censure des clauses de non-concurrence par exemple identifie un bloc d'ordre public inconnu de la loi.

6.- L'exercice d'interprétation des énoncés (indéterminés) s'effectue dans au moins trois directions ou par au moins trois types de personnes.

a) Les contractants en premier, dont on supposera ici qu'ils sont normalement avisés du droit des contrats ou bien conseillés par un juriste connaisseur de ces règles, utilisent la liberté contractuelle qui leur est assurée par la rédaction du contrat ou de morceaux d'un contrat par des clauses qu'ils auront négociées. Certaines de ces clauses sont bien connues des spécialistes<sup>2</sup>, d'autres sont même envisagées ou réglementées par la loi, comme les clauses limitatives de responsabilité, mais d'autres sont d'une sophistication extrême et/ou tout à fait inconnues du législateur. Or, le contractant, à l'aube de la signature d'un contrat d'affaires, et qui donc revêt une importance particulière pour lui, réalise un « test de validité », éprouvant la validité de la clause susceptible de prêter à discussion et peut-être commandera-t-il une « opinion juridique » sur cette clause pour s'assurer plus encore de cette validité.

La principale difficulté est que le « test de validité » ainsi réalisé, et en admettant qu'il soit réalisé par un juriste omniscient capable d'émettre un jugement cer-

---

2. J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, 5<sup>e</sup> éd. par J. Raynard, P. Mousseron et J.-B. Scube, Francis Lefebvre, 2011 ; W. Dross, *Clausier*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2012 ; J. Mestre et J.-C. Roda (dir.), *Principales clauses des contrats d'affaires*, PUAM, 2010.

tain sur cette validité (à supposer même que le droit *en vigueur* réel soit connaissable), s'effectue sur la base du droit actuel c'est-à-dire sur la base de l'interprétation existante, sur les normes applicables réellement, tandis que la clause sera jugée sur la base du droit futur, celui qui sera le résultat de l'interprétation actuelle du jour de l'appréciation judiciaire de la clause.

Or l'histoire du droit des contrats pullule d'exemples d'interprétations mouvantes, voire contradictoires, de clauses, de contrats, d'institutions contractuelles, comme l'exemple fameux des clauses de non-concurrence l'a montré. Le contractant qui prévoit, aujourd'hui, une clause de non-concurrence dans un contrat la validera au regard des critères actuels du droit de la concurrence, du droit social ou du droit des contrats et s'interrogera par exemple sur l'exigence d'une contrepartie financière dans cette clause (dans un contrat d'affaires), et répondra sans doute par la négative, alors que la clause, pour sa validité même, sera jugée valide sur le fondement du droit applicable au jour du jugement, jour qui peut être très lointain et pour lequel la question de savoir si la rémunération de cette clause sera exigée est inconnaissable. Or, cette norme future potentielle, sans doute jurisprudentielle, sera par nature une norme impérative et donc applicable immédiatement, même aux contrats en cours.

Le « test de validité », qui paraissait si imparable se heurte ainsi aux réalités de l'évolution dans le temps des normes juridiques. Le besoin de droit par cet interprète sera donc soit la fixité du droit à ce qu'il était au temps de sa formation ou, à défaut, la prévisibilité de la norme juridique interprétée à venir.

b) Les « commentateurs », en second, disons la doctrine, livrent une interprétation des énoncés législatifs ou judiciaires, par la voie de traités, manuels, articles ou commentaires de décisions de justice ou de lois nouvelles et il n'est que de feuilleter ces documents majeurs pour identifier des différences, sensibles, offertes par ces interprétations scientifiques.

La tendance, depuis plus d'un siècle, en droit français, est de se rattacher à l'existence d'une *théorie générale du contrat, ou des obligations*, laquelle contiendrait tous les principes nécessaires à l'interprétation, voire à la réglementation, du contrat et donc toutes les potentialités d'évolution du droit, ici des contrats, alors conçu non comme un droit *théorique* mais comme un droit *abstrait*, ce qui est son principal défaut d'utilité.

À y regarder de plus près, d'un point de vue normatif, il y a lieu de douter de la normativité de cette « théorie ». En effet, le cadre normatif du droit des contrats se situe dans la loi, qui propose des *énoncés normatifs*, et dans la jurisprudence qui détermine le sens actuel de ces énoncés, par des *interprétations* qui forment, réellement et en attendant une autre interprétation, les normes applicables au droit des contrats.

Or, la théorie générale des contrats, à supposer qu'elle existe, n'est pas d'origine légale pas plus qu'elle n'est posée par le juge : il s'agit d'un ensemble de postulats et d'interprétations possibles, disons *scientifiques*, dans tous les cas, forts nombreux, où un doute quant à l'interprétation d'une norme demeure. Poser donc que

la théorie générale des contrats règle de manière cohérente le droit des contrats est, du point de vue de la normativité des règles, insensé<sup>3</sup>. Tout juste peut-on considérer qu'il s'agit d'une proposition ou d'un ensemble de propositions d'interprétations, aux contours vagues ou précis selon les cas, et visant à assurer les « consommateurs de droit des contrats » de la relative stabilité et prévisibilité du droit des contrats dans le temps.

Or, il apparaît que la prétention de la doctrine à baliser le droit des contrats n'est pas normativement fondée, celle-ci relevant de la loi, d'une part, et du juge, troisième acteur, d'autre part.

c) Ce troisième acteur, de loin le plus important encore que son action ne puisse ignorer, d'une manière immesurable, l'action des deux premiers, est en effet le juge ou plus exactement l'ensemble des juges divisés en *juges du fond*, ceux qui traitent le fond du litige, arbitres ou juges étatiques, et le *juge souverain*, celui dont les décisions, et donc dont l'interprétation ne peut pas être remise en cause par un juge supérieur, assimilé, pour l'essentiel, à la Cour de cassation. Cette distinction ne recoupe qu'apparemment la distinction processuelle entre *juge du fond* et *Cour de cassation*. Par exemple, la cour d'appel est considérée comme en charge de l'*interprétation souveraine* d'un grand nombre de situations, les faits, le quantum de l'indemnisation, etc., ce qui pourrait en faire, du point de vue de la théorie du droit, un *juge souverain* ou un ensemble de cours souveraines concurrentes de la Cour de cassation, mais encore de la Cour de justice de l'Union européenne, voire du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel sauf, d'une part, à considérer que ces questions laissées à l'interprétation souveraine des juges du fond ne font pas une norme juridique et, d'autre part, à ce que la Cour de cassation reprenne le contrôle de tel ou tel point.

Or, dans toutes les situations de litiges, le juge est confronté à deux contraintes. La première est l'exigence d'un choix entre les propositions de solutions émanant des parties, par hypothèse totalement distinctes. La seconde est l'exigence d'une décision motivée, qui implique donc que ce choix soit juridiquement fondé.

Il s'ensuit, selon des critères propres au juge du fond, une tendance soit à suivre les propositions existant de la Cour de cassation, soit celles de la doctrine, soit d'emprunter des chemins nouveaux : le juge peut être fidèle ou rebelle à la règle préexistante sur laquelle il s'appuie. L'interprétation rendue ne sera cependant une norme juridique qu'en bout de chaîne, lorsque le juge souverain aura rendu une décision susceptible d'aucun recours : il livre alors une interprétation *authentique* (selon le vocabulaire de Kelsen) ou une *norme en vigueur* (selon celui de Michel Troper) ; celle-ci est la norme juridique réelle, applicable au cas particulier<sup>4</sup>. Si l'on reprend l'exemple de la clause de non-concurrence, il en résulte que le test de validité réalisé par les parties sera lui-même validé ou invalidé en fonction de la norme

3. E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, 1998 ; comp. cependant, E.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2012, n° 00.03.

4. V., D. Mainguy, « L'interprétation de l'interprétation », JCP 2011, n° 603.



juridique du jour de la décision, ce qui est parfois confondu avec une question de rétroactivité de la norme jurisprudentielle<sup>5</sup>.

Nous dirons donc, pour déterminer le contenu de la norme applicable au droit des contrats, que celle-ci est la norme existant au jour où un juge doit se prononcer sur le contrat; que cette norme juridique est la norme interprétée résultant des décisions de la Cour de cassation.

Ce dont il résulte que la norme juridique de droit des contrats est la norme interprétée, c'est-à-dire, pour résumer, la jurisprudence de la Cour de cassation (dont les décisions supposent elles-mêmes de nouvelles interprétations); que cette norme est elle-même le résultat d'une interprétation, libre, par le juge, des énoncés à sa disposition, textes de lois, jurisprudence antérieure, etc.

Il est clair que cette présentation s'inscrit dans une description *réaliste* du droit<sup>6</sup> et « s'oppose » ce faisant à la conception jusnaturaliste de validité des normes. Comme elle est le plus souvent celle, revendiquée ou subsumée, des juristes de droit privé, une explication s'impose, dans la mesure où cette opposition n'est pas une querelle, mais une opposition de méthode: il n'y a pas d'un côté les jusnaturalistes et de l'autre les positivistes; tout le monde est jusnaturaliste, mais tout le monde ne part pas du même constat descriptif du droit. La *description* positiviste propose de qualifier les normes de manière certaine, et, contrairement, à la méthode jusnaturaliste, sans aucune référence à des valeurs comme technique de qualification de ces normes. La méthode jusnaturaliste procède un peu de la même manière d'ailleurs, à travers un autre type de jugement de validité: mais où les positivistes considèrent qu'une norme juridique est telle si elle est conforme à une norme juridique supérieure valide (la loi et la Constitution par exemple), la méthode naturaliste considère qu'une norme est juridique si elle est conforme à une règle naturelle supérieure, ce qui permet de qualifier et disqualifier normes celles qui répondent ou méconnaissent les commandements naturels. Outre la difficulté à cerner ces droits naturels, s'ajoute celle d'y dénicher des *règles* précises. On voit bien le lien entre le commandement divin « tu ne tueras point » et le droit pénal par exemple, mais dans bien des domaines, celui des contrats par exemple, le lien entre la règle naturelle et la norme juridique est plus difficile, les directives générales du type *équité, morale* ou *justice* étant insuffisantes. Il faut donc en passer par un intercesseur qualifié, un moderne *aruspice* qui est capable de décrypter la loi divine, la *doctrine sociale de l'Église* par exemple. En outre, il n'existe pas un droit naturel mais des *droits naturels*, concurrents et irréductibles, le droit de la Nature, le(s) droit(s) Divin(s), le droit de la Raison, le droit tiré du comportement général ou encore les lois du marché.

5. D. Mainguy, « L'interprétation de l'interprétation », préc.

6. Pour une rapide bibliographie: M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 143; « Une théorie réaliste de l'interprétation », in P. Amselck (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 241; « Propositions pour une théorie des contraintes juridiques », in V. Champcil-Desplats, M. Troper et G. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 11; *La théorie du droit, le droit, l'état*, PUF, 2001; *Le droit une nécessité*, PUF, 2002.

Ce dont il résulte que le jusnaturaliste qui invoque le droit naturel doit, d'une part, établir celui auquel il se réfère et, d'autre part, expliquer le lien réalisé entre le commandement supérieur et la norme juridique souhaitée. Ce dont il résulte aussi que le jusnaturaliste ne peut, en droit, fonder une norme juridique applicable, sauf à ce qu'elle corresponde ou soit reprise par une cour souveraine.

La confusion entre les deux méthodes, positiviste et naturaliste, peut très largement être démêlée. La méthode positiviste se contente de *décrire* le champ des normes juridiques : elle ne prétend aucunement *prescrire* un comportement ou une règle. N'a aucun sens, par exemple, le fait de commander une solution parce que celle-ci a toujours existé ou de considérer qu'une règle est *juste* parce qu'elle existe, ce qui est la formulation du légalisme, qui est un jusnaturalisme naïf et pauvre. Autre est la situation dans laquelle le juriste se situe dans l'action, celle de conseiller, de défendre, de légiférer, de commenter ou de juger. En ce cas, le juriste (qu'il s'estime positiviste ou naturaliste) doit formuler des propositions concrètes et, éventuellement, les soutenir par référence à une conception morale ou naturelle. Par exemple, le fait de soumettre, ou non, la validité d'une clause de non-concurrence à une contrepartie financière dépendra, le jour où la question se (re)posera, ou bien d'une conception morale visant à assurer une compensation au débiteur de l'obligation, ou bien encore à organiser un nouvel équilibre dans les relations entre les parties, souvent un fournisseur et un distributeur, ou bien d'une conception économique faisant par exemple de la clause le prolongement d'un contrat qui la prenait déjà en compte, ou bien encore d'une conception morale inverse selon laquelle celui qui s'est engagé l'a fait en connaissance de cause. On pourrait multiplier les exemples à l'infini, par exemple sur le terrain de l'obligation d'information<sup>7</sup> ou mieux encore sur celui de la compréhension de la loyauté dans les contrats qui se prête de manière systématique à ce type d'appréciation. Or, le juge (souverain) qui tranchera le fera certainement en fonction des arguments présentés et en fonction de ses propres opinions pour proposer une décision qui *sera la norme*. C'est en cela que la norme juridique tient compte de la morale ou de la justice, et donc que la discussion en droit, et notamment en droit des contrats, voit s'affronter des courants majeurs, soit moraux, soit sociaux, soit économiques, mais que la description de ce qu'est la norme ne peut en aucun cas en tenir compte : elle peut être juste ou injuste selon les uns ou les autres sans cesser d'être une norme<sup>8</sup>.

7.- Poser le problème ainsi, par exemple sur la compréhension de la notion de loyauté en droit des contrats, dans son résultat et surtout dans son principe, et ce faisant tenter d'approcher la question des « fondements » du droit français des contrats affaires, permet en général d'envisager deux questions, celle de savoir pourquoi, c'est-à-dire pour quelles raisons juridiques, un contrat est obligatoire, et celle

7. V. M. Fabre-Magnan, *L'obligation d'information*, LGDJ, 1991.

8. « La justice est une propriété possible, mais non nécessaire, d'un ordre social » : H. Kelsen, *Qu'est-ce que la justice ?*, préf. V. Lasserre, éd. Markus Haller, 2012. Adde D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, 6<sup>e</sup> éd., 2013, Litec, n° 81.

de mesurer, si c'est possible, les fondements politiques et philosophiques du droit des contrats.

8.- a) La première question consiste à savoir *pourquoi les contractants doivent respecter un contrat* ou plus exactement, *quel est le fondement juridique du caractère obligatoire du contrat* et les réponses qu'on peut lui fournir : deux réponses s'opposent, la doctrine de l'autonomie de la volonté, qui place la volonté en fait autonome, et le respect de la loi qui assujetti au contraire la volonté aux normes que le contrat doit respecter.

i) *La doctrine de l'autonomie de la volonté*<sup>9</sup> a longtemps été privilégiée comme fondement majeur sinon unique du caractère obligatoire d'un contrat, comme si l'idée fondatrice de la modernité en politique, selon laquelle l'homme, libre par lui-même, égal à l'autre et autonome, est légitime pour conférer, par la seule expression abstraite de sa volonté de conclure un *contrat social*, un caractère obligatoire à un contrat pris comme simple objet d'échanges économiques.

Le principe de l'autonomie de la volonté est en effet un principe politique libéral fondateur des grands mouvements de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle dont le Code civil. *L'auto-nomos* est la possibilité pour toute personne de se donner des règles à elle-même. Elle dépasse alors la logique pré-moderne selon laquelle la norme qu'une personne subit dépend d'un autre, Dieu, la Nature, le Roi, avec des liaisons bien entendu, le roi de droit divin est un droit *juste* qui dispose *justement* de ses sujets<sup>10</sup>. Au contraire, la modernité politique propose de délier la soumission aux lois de l'autorité divine du chef pour renverser la perspective : le chef, roi, empereur, président, représentant, ne l'est que par délégation de la communauté des hommes libres et autonomes qui lui donnent mandat de formuler les règles qui sont *justes* pour cette raison. Le principe de l'autonomie de la volonté était donc une reformulation du principe de justice ou de légitimité de la norme, ici contractuelle, au sens politique du terme, et non en un quelconque sens technique.

L'idée a cependant longtemps prévalu, notamment grâce à — ou à cause de — la thèse d'Émile Gounot, en 1912, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*<sup>11</sup>, supposément comme héritage kantien, Kant n'ayant jamais eu l'idée de s'intéresser au droit sans son aspect technique d'une quelconque façon et encore moins au droit des contrats<sup>12</sup>. Sa déclinaison, très pauvre<sup>13</sup>, dans le droit des contrats s'explique par l'engouement généralisé pour les idées de la Révolution française

9. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2009, n° 56.

10. Par exemple pour des juristes comme Domat, prémoderne, « Être libre c'est se conformer aux commandements de Dieu, qui se sont substitués, dans la doctrine chrétienne, à l'ordre de la nature » (J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1<sup>er</sup> du Code civil », *RTD civ.* 2001. 265, spéc. n° 4).

11. V. aujourd'hui V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, *Trav. univ. Paris 2*, 1980 ; D. Terré-Fornacciarì, « L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. morales et pol.* 1995. 255 ; E. Putman, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ* 1996. 685.

12. Comp. E. Kant, *Métaphysique des mœurs, 1<sup>re</sup> partie, Doctrine du droit*, Vrin, 1993.

13. V. C. Jamín, « Une brève histoire politique de l'interprétation de l'article 1134 du Code civil », *RTD civ.* 2002. 901.

exprimées dans le Code civil, d'autant que l'ordre juridique qu'il créait n'avait rien de terriblement subversif, bien au contraire. Dès lors, l'autonomie de la volonté comme explication rationnelle et technique de légitimation du caractère obligatoire du contrat convenait parfaitement, notamment en ce qu'il justifie que le contrat soit, par nature en quelque sorte, un outil de justice sociale et économique, mieux une technique d'agencement optimale des règles de droit, notamment en droit des contrats alors que les zones de turbulences, dans les relations de travail, entre assureur et assurés, entre producteurs et agents, commençaient à poindre. Ce faisant le libéralisme politique qu'organisait le principe politique de l'autonomie de la volonté se transformait en un libéralisme économique fondé sur un principe juridique de l'autonomie de la volonté.

Les logiques politiques sont bien connues : « tout ce qui est contractuel est juste » selon le mot du philosophe libéral Fouillée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et Loisel écrivait également : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit romain. » Mais, « entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère » ajoutait cependant Lacordaire, comme prémisses à l'interventionnisme juridique du XX<sup>e</sup> siècle.

La « doctrine de l'autonomie de la volonté » repose en effet sur plusieurs postulats fondamentaux, directement projetés des préceptes de base de la philosophie individualiste : « Tous les contractants sont égaux entre eux » parce que l'homme, sujet de l'activité juridique, est considéré comme un personnage abstrait, un *homo juridicus* à l'instar du *Reasonable Man* américain. Montrant bien les idées de l'époque, le philosophe libéral Fouillée écrivait dans *L'idée moderne du droit* : « La philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle tendit à faire descendre le principe divin dans l'homme, considéré comme divin en lui-même et par lui-même » : idéalisme inverse de celui de Platon, donc. Deux idées découlaient de ce point de départ. En premier, une conception abstraite des relations sociales, fondée sur l'idée de pleine égalité des individus : tout individu est un souverain et les souverains sont, par définition, égaux entre eux. Il suit que toute obligation ne peut reposer que sur la volonté de l'obligé et que cette volonté de l'obligé souverain est une volonté indépendante et libre. Au plan politique cela donne, en suivant les pas de John Locke : « Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable et puisque la force ne produit aucun droit, restent les conventions pour base de toute autorité parmi les hommes. » Ensuite, une conception optimiste des relations sociales : présentant le résultat de ces relations, Rousseau écrivait que « le souverain par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être ». Il en découle une croyance en l'automatisme des agencements optimaux découlant de cette conception abstraite et optimiste des relations interindividuelles. Le libéralisme traditionnel se développe à partir de l'idée que l'accord optimal est obtenu par la confrontation de volontés d'égales puissances en toute liberté, en dehors, surtout, de toute intervention du groupe, de l'organisation collective. Au plan économique, cela donne les thèses du libéralisme économique, *lato sensu*, fondées sur l'ajustement automatique de l'offre et de la

demande, hostiles à toute intervention des pouvoirs publics dans les relations économiques: «laisser faire, laisser passer...», laisser contracter: la «main invisible» d'Adam Smith ici contractualisée. L'ensemble fonde un système juridique composé d'institutions considérées comme justes, au sens politique ou macrojuridique, mais tout cela est très éloigné des principes fondant le droit des contrats.

Définitivement, ce que les juristes nomment «doctrine juridique de l'autonomie de la volonté» synthétise un concept très simple qui peut se rattacher au positivisme, à la sociologie, à un certain idéalisme, et de ce point de vue peut sembler un dénominateur commun: le respect de la parole donnée, *pacta sunt servanda* et dont résulte quelques «principes» du droit des contrats, dits parfois «principes directeurs» du droit des contrats: le principe de la liberté contractuelle, le principe du consensualisme, le principe de la force obligatoire du contrat, le principe de l'effet relatif du contrat, etc., principes tout à la fois directeurs et techniques qui pourraient même laisser penser qu'ils sont des règles en quelque sorte inhérentes au contrat lui-même. Ainsi un «contrat», de tout temps et en tout lieu, comprendrait ces règles ou principes. À s'en tenir à une lecture rapide des textes du Code civil, ce dernier paraît avoir intégré sans réserve la doctrine de l'autonomie de la volonté: les articles 1134 et 1135, 1165, 1156 et suivants semblent en effet décliner ses préceptes.

À y regarder de plus près, cependant, les rédacteurs du Code civil se sont montrés plus prudents qu'il n'y semble. C'est ainsi que l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> ne confère pas la primauté à la volonté: les conventions *légalement formées* tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, de sorte que la volonté n'est productive d'obligation que pour autant que la loi l'autorise. Le contrat n'est donc pas obligatoire par les seules vertus de la rencontre des volontés qui le forme, mais par l'effet de la norme: la force obligatoire naît donc de la loi, du droit, qui lui accorde suffisamment de valeur pour quelle résulte, *en principe*, de la volonté.

Par ailleurs, le Code civil a envisagé toute une série de garde-fous: la théorie des vices du consentement (art. 1109 s. C. civ.), de l'objet ou de la cause pour «désabstraire» le consentement et les volontés qui le forment et assurer un contrôle de la conformité à l'ordre public, et peut-être surtout, l'application de la *bonne foi* dans les contrats, posée par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, pourtant très récemment exhumé.

D'ailleurs, comment pourrait-on concilier, à défaut, les deux affirmations traditionnelles en matière de droit des obligations?: le droit des obligations doit tout entier au droit romain, qui ignore l'autonomie de la volonté, et le droit des obligations repose sur l'autonomie de la volonté. Le Code civil a, en réalité, réussi une synthèse de toutes ces influences.

9.- Or les critiques au règne de la liberté contractuelle s'accumulant, et les réponses parvenant par voie d'autorité, sous les coups de boutoir du législateur, permettraient de douter que la *justice*, contractuelle à tout le moins, ne s'incarne simplement dans le principe de liberté contractuelle, avec ou sans contrainte. La philosophie individualiste du XVIII<sup>e</sup> siècle a en effet été contestée sur le fondement des

évolutions résultant de la conscience de contraintes sociales, économiques, financières, etc., tout aussi importantes que la liberté première. Les concepts fondamentaux sur lesquels elle avait été construite se sont révélés à certains égards inexacts et insuffisants. À l'homme abstrait, défini par le seul raisonnement ou la pure imagination, au Robinson, à l'*homo economicus*, à l'*homo juridicus* des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, se substitue la vision d'un homme réel, dans un contexte social, économique, familial qui lui est propre. L'optimisme des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles se nuance et meurt entre 1940 et 1945. Malgré l'intrusion récente de schémas philosophiques propres à convaincre de l'aggravation de notre condition humaine (la fin de l'histoire, la condition humaine face aux neurosciences, la question de la destruction potentielle de notre milieu naturel, le transhumanisme, etc.), la mentalité collective reste marquée par la croyance en un monde terrestre meilleur, la croyance en un progrès sans fin (à tous les sens du terme, d'ailleurs). Toutefois, un doute s'installe sur l'automatisme et la qualité des ajustements optimaux. La faveur pour un certain interventionnisme succède à la révérence des automatismes naturels<sup>14</sup>. Au plan économique, on ne croit plus à l'automatisme parfait des équilibres économiques et le schéma concurrentiel pur apparaît comme une représentation idéale et abstraite, sans lien direct avec la réalité. L'interventionnisme pesant de l'État et ses résultats éloquents liés au totalitarisme communiste ont certes provoqué un retour au libéralisme, mais à un libéralisme réaliste fort éloigné du « laissez-faire, laissez-passer ». Le clivage passe entre libéraux qui, fidèles à une certaine filiation rousseauiste, considèrent que la liberté dépend des individus de sorte que l'ordre juridique est par nature spontané, et ceux qui considèrent que l'État est le garant des libertés publiques: il les construit, les proclame et les met en œuvre, par l'intervention des lois, elles-mêmes constitutionnellement contrôlées, et des juges: le système français repose tout entier sur cette logique.

Les postulats sur lesquels était construite la « doctrine de l'autonomie de la volonté » se sont affaiblis sous des considérations bien connues: le droit du travail nie la liberté contractuelle plus qu'il la valorise, les contrats de masse révèlent l'inégalité économique entre les parties, et les dangers liés à certains produits, les nouvelles technologies, des machines à l'ordinateur, montrent les gouffres d'ignorance de certains contractants, etc. Qu'on ne s'y trompe cependant pas: l'existence de ces contraintes légales conserve au fondement son caractère libéral, plus évolué que le libéralisme du XVIII<sup>e</sup> siècle, plus équilibré et démocratique, voire le renforce si on admet que la justification libérale de l'État et de la justice n'est pas la force brute, mais au contraire l'équilibre, la concurrence, etc.

10.- ii) *La conformité à la norme juridique*. Contre le principe supposé de l'autonomie de la volonté, devenu de *droit naturel*, et soit dépassé soit trop pauvre pour expliquer les ressorts des évolutions sociales et économiques impliquant celle du droit des contrats, apparaissaient d'autres explications, dont la critique positiviste reposant simplement sur le critère de *l'obéissance à la loi*, ou plus exactement de

14. Comp. cependant, F. Hayek, *Droit, législation, liberté*, PUF, coll. « Quadrige ».

*l'obéissance à la norme*, entendons alors de la norme nouvelle, la norme sociale, la norme impérative. Ainsi ce n'est pas la volonté, en tant qu'elle pourrait être autonome des normes étatiques, qui justifie l'obéissance au contrat, mais la loi qui confie à la volonté le pouvoir de former un contrat. La norme juridique de l'article 1134 du Code civil et de toutes les normes qui permettent d'obtenir l'exécution, en nature ou par équivalent peu importe, d'un contrat, justifient, à elles seules, le caractère obligatoire du contrat, norme dérivée, privée et relative<sup>15</sup>. Dans la conception kelsénienne de l'État de droit, c'est la norme valide et elle seule qui *prescrit* et confère une autorité à une norme dérivée sa propre normativité. Si le contrat est obligatoire, ce n'est donc pas parce qu'il est l'expression d'une liberté utopique, mais bien parce qu'une norme, l'article 1134 du Code civil tel qu'appliqué et interprété par les juges, lui confère cette autorité, laquelle est elle-même une norme valide au regard d'une norme supérieure, la Constitution, etc. Une critique de cette position est souvent réalisée par les jusnaturalistes qui limitent la « loi » de l'article 1134 du Code civil à l'idée de contrainte, et l'opposent à toute idée de progrès, de justice ou de morale<sup>16</sup>, par une confusion entre la « loi » et la « norme juridique ». Or, la méthode normativiste n'ignore pas la morale ; elle tient simplement que les normes sont qualifiées telles indépendamment de tout jugement moral. Une norme est norme parce qu'elle est valide, peu important (pour qu'elle soit norme) qu'elle soit morale ou non. On peut constater par exemple que l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil est interprété, avec comme contrepoint une interprétation de l'article 1134, alinéa 3 (« [les conventions] s'exécutent de bonne foi »), d'une manière que certains considèrent comme « morale », tandis que leurs adversaires se considèrent comme les tenants de cette « morale » que les interprètes devraient respecter. La « loi » de l'article 1134 du Code civil serait donc la contrainte du contrat, sa lettre, mais également l'esprit du contrat tel qu'il se dégage de l'interprétation de l'alinéa 3, jusqu'à ce que la norme change : il convient de lire l'article 1134 de la manière suivante, « les conventions légalement formées tiennent lieu de norme à ceux qui les ont faites ».

La difficulté réelle de ce fondement tient au fait que les normes contractuelles reposent pour beaucoup sur des habitudes, des standards juridiques, comme la faute, la bonne foi, le caractère raisonnable ou légitime ou loyal ou encore proportionné, etc., de tel mécanisme. Or ces standards, dont les caractères généraux sont interprétés par les juges et au final par la Cour de cassation laissent une grande part à une certaine liberté d'appréciation du juge du fond, ce qui ferait ainsi échapper des notions fondamentales à la logique normativiste d'obligatoirement et de validité des normes juridiques et surtout participerait d'un flou qui serait néfaste à l'efficacité de

15. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse droit, Paris 1, 1965 ; « La force obligatoire du contrat », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27. Adde H. Battifol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 359, pour qui les contractants sont « hissés à la dignité de législateurs ».

16. V. pour une considération à la fois jusnaturaliste et historique : J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1<sup>er</sup> du Code civil », *RTD civ.* 2001. 265.

la norme. Cette critique est sans doute fondée si on considère que le modèle moteur des normes est la loi, alors parée de toutes sortes de vertus, dont la clarté, l'intelligibilité, la complétude, la logique, etc. Toutefois c'est bien le législateur qui pose les standards juridiques, en parfaite connaissance de cause, de telle manière qu'il se décharge volontairement de la difficulté ou de la rigidité propre à la définition d'un comportement particulier, permettant son adaptation au cas concret à l'écoulement du temps.

11.- L'opposition entre ces deux fondements est radicale. L'idée de l'autonomie de la volonté réalise pleinement la conception selon laquelle la liberté des hommes, par exemple de contracter, est naturelle et qu'elle est supérieure aux lois, de sorte que les limitations à cette liberté sont soit impossibles soit très restreintes et c'est cette supériorité, associée au principe de l'effet obligatoire qui résulte de l'engagement librement consenti, qui réalisent l'idéal de Justice. On aurait d'ailleurs tort de penser que cette conception est ancienne, voire dépassée, dans la mesure où elle correspond au contraire à l'idée assez moderne et présente du libéralisme maximaliste qui considère que les lois contraignantes ne se justifient que dans des situations exceptionnelles, le contrat, la coopération, la concurrence assurant une forme d'autorégulation *naturelle* des marchés.

L'idée selon laquelle le contrat est obligatoire parce qu'il est conforme à la loi est au contraire le résultat d'une conception libérale distincte, selon laquelle les libertés n'existent pas simplement à l'état naturel, ou comme idée, mais parce qu'une loi, une norme juridique plus largement, la proclame et en garantit l'exercice.

Entre ces deux fondements, celui de l'autonomie de la volonté *a priori* indépendante de toute norme supérieure, et la soumission à la norme supérieure, le droit français se rattache, par tradition philosophique mais également par conviction, à la seconde, quand bien même un certain nombre de situations juridiques assurent la discussion de la plénitude de ce fondement.

C'est le cas par exemple dans le champ international, où l'on observe, certes des contraintes, mais souvent trop complexes ou trop longues pour sérieusement et utilement expliquer le caractère obligatoire ou spontané de la norme contractuelle. Dans le champ international en effet, les normes juridiques applicables, outre les règles nationales ou internationales ordinaires organisant la solution des conflits de lois ou de juridictions, coexistent avec des normes « douces » et des méthodes de régulation alternatives. Les « Principes généraux du commerce international », les « Principes Unidroit », ou les « Principes pour un droit européen des contrats » formulent des « règles » de source privée souvent respectées, notamment par les arbitres internationaux.

De même, les contrats internationaux sont soumis à un système juridique qui peut être une loi nationale. Toutefois, les parties sont libres de choisir n'importe quelle loi nationale à leur contrat international, même sans aucun rapport avec les parties ou l'objet du contrat. De même, les parties peuvent choisir que le contrat ne sera rattaché à aucune loi nationale mais à un système non étatique comme les



Principes Unidroit, voire les Principes généraux du droit du commerce international, informulés, ou la mythique *Lex mercatoria*. Enfin, les parties peuvent choisir de soumettre le litige éventuel qui pourrait survenir à une juridiction non étatique, un tribunal arbitral qui dans l'arbitrage international est considéré comme ne disposant pas de « for », c'est-à-dire de système juridique national de rattachement.

Cette situation, moins exceptionnelle qu'on pourrait le penser, surtout face au développement des échanges internationaux, fonde l'idée que le contrat, international au moins, ou l'arbitrage international (qui repose sur un fondement contractuel) échappent à la contrainte étatique ou nationale et donc au fondement positiviste : ce serait donc bien la puissance de la volonté, son autonomie de toute règle étatique, qui fonderait le caractère obligatoire du contrat international ou de la convention d'arbitrage. Si tel était le cas en droit français des contrats, il devrait en résulter que le caractère obligatoire du contrat ne s'explique pas, ou en tout cas entièrement, et il faudrait alors délimiter les frontières de cette exception autonomiste, par la soumission du contrat à la norme juridique étatique, ou bien au contraire que le principe de l'autonomie de la volonté, universel, connaît une ou des exceptions nationales, voire qu'existe un autre fondement.

L'idée de la *confiance légitime* qui animerait les contractants pourrait ainsi expliquer ou « co-expliquer » la raison du respect des contrats et de la soumission aux règles du commerce international. Cela pourrait se concevoir entre « grands commerçants », peu nombreux et finalement très liés par des intérêts voisins sinon communs, à supposer cependant que tous respectent les conditions pour qu'une telle confiance légitime prospère, mais sans doute moins dans une logique de prolifération des acteurs du commerce international.

En toute hypothèse, la conception positiviste permet d'expliquer l'impression de liberté naturelle qu'inspire le fonctionnement du droit des contrats internationaux. Si en effet on admet qu'est valide un contrat soumis aux Principes Unidroit ou aux Principes généraux du commerce international, ce n'est pas parce que les parties se vouent une confiance légitime (réelle ou feinte), ni parce que les contractants disposent d'une liberté totale et autonome qui leur permet ainsi de s'abstraire de toute référence à une loi nationale quelconque, mais bien parce qu'une norme de rattachement, la norme française par exemple valide cette possibilité, ce qui avait été admis dans l'arrêt *Valenciana* de la Cour de cassation en 1980. De même, si les arbitres internationaux peuvent se référer à ces mêmes principes, plutôt qu'à telle ou telle loi nationale, ce n'est pas en raison du caractère anational ou suprational de l'institution arbitrale mais bien parce qu'au cas où l'une des parties à l'arbitrage ne se soumettrait pas spontanément à la sentence arbitrale ou qu'elle considérerait que la sentence est affectée d'un vice quelconque, elle dispose de la possibilité d'obtenir l'exequatur de la sentence ou de son annulation et parce que la décision d'exequatur ou le rejet de l'annulation dans ces conditions valide, ou habilitée, le choix réalisé par les parties. Il suffirait donc qu'une loi nationale ne retienne pas la possibilité de se référer à une loi autre que nationale pour que la liberté, tout du moins à l'égard de cette loi nationale, s'évanouisse, et il suffirait que toutes les lois

nationales le rejettent pour qu'elle disparaisse : c'est donc bien par rattachement, par conformité, à un système normatif national qui proclame cette liberté que celle-ci existe.

12.- b) Autre est la question des raisons, des logiques politiques, des *fondements qui animent les règles du droit des contrats*.

Il est bien entendu très difficile de les débusquer, sauf à s'en tenir à quelques généralités ou quelques grandes logiques en concurrence et rares, d'ailleurs, sont ceux qui se risquent à réaliser cette description<sup>17</sup> très difficile et sans doute présentée ici de manière caricaturale.

Deux logiques principales se confrontent, lesquelles ne sont d'ailleurs ni univoques ni univoques.

13.- i) Le premier de ces fondements, familier des juristes français, est le *fondement moral* qui se dégage des règles du droit des contrats.

Les exemples sont considérables à travers des institutions juridiques comme celle de *bonne foi*, de *faute*, d'adjectifs utilisés à foison : *légitime*, *loyal*, *abusif*, *proportionné*, *raisonnable*, *dérisoire*, etc., mais encore des mécanismes juridiques, comme les vices du consentement, la cause, la technique de la résolution judiciaire, l'extension de la responsabilité contractuelle, etc., marquent les éléments relevant d'une *analyse morale minimaliste*, et selon laquelle à l'instar de l'un des livres phare de Ripert, *La règle morale en droit civil*, l'ensemble des règles, entendons des règles légiférées, des règles du Code civil et notamment des règles du droit des contrats, est déjà imprégné de morale, par référence à la tradition chrétienne qui a confectionné ces règles au cours du temps, reprise par la modernité de la Raison. Dès lors, point n'est besoin d'ajouter de la morale dans l'interprétation et surtout de « surmoraliser » l'interprétation des règles déjà morales du Code civil. Il n'est donc pas besoin d'assurer le contrôle des clauses déséquilibrées, ou de permettre au juge l'identification d'obligations « inhérentes » au contrat et non prévue par la lettre de celui-ci, par une interprétation volontariste et alors considérée comme exagérée, de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil notamment.

Or, cette conception est confrontée à une autre analyse morale qui considère que, au contraire, le fondement du droit des contrats repose sur une morale adaptée à son temps, par exemple à celui des contrats issus de rapports de force déséquilibrés, dans les rapports de droit du droit, de consommation, d'affaires parfois, et les derniers développements du *solidarisme contractuel* initié depuis le début des années 1990<sup>18</sup> sont une illustration brillante et plutôt efficace d'une telle analyse morale, que nous dirons *analyse morale maximaliste*.

L'opposition entre les deux est très forte. Les tenants de l'analyse morale minimaliste tiennent les seconds pour les zéloteurs d'une conception larmoyante du contrat, d'une conception sociale, voire socialiste du contrat, tandis que ceux-ci

17. V., T. Génicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? », in *La place du juriste face à la norme*, Dalloz-Assoc. Henri Capitant, coll. « Thèmes & commentaires », 2012, p. 85.

18. V., D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2009, n° 66.

tiennent les premiers pour les tenants d'une conception individualiste, économique voire « libérale » du contrat, ce sens libéral étant alors associé à sa caricature, la figure d'un ultralibéralisme pourtant assez absent dans la pensée juridique française.

Or la question du fondement libéral du droit des contrats ne fait pas de doute et correspond d'ailleurs à la réponse à la première question : le droit français, libéral, fonde l'obligatorité du contrat sur la norme, libérale, qui le régit.

On peut penser en outre que l'analyse économique du droit ou des contrats est d'une part très peu usitée en France ou plus exactement chez les juristes français et surtout que l'analyse ici présentée comme *morale minimaliste* est très éloignée des méthodes et des concepts utilisés par l'analyse économique, de sorte que l'adjectif « individualiste », qui demeure moral, est préférable, ou à tout le moins celui ici présenté, d'*analyse morale minimaliste*. D'ailleurs les tenants de l'*analyse morale minimaliste* ne réclament pas la suppression de la notion de « faute », de « bonne foi », d'abus, de la théorie des vices du consentement ou encore de la cause, mais une interprétation de ces concepts selon l'analyse « classique » de ceux-ci.

Quant à l'autre, l'*analyse morale maximaliste* n'est qu'apparemment sociale. En effet, ce n'est pas pour un contractant pris en tant que membre d'un groupe déterminé, ou d'une classe sociale, sauf pour ce qui relève du droit du travail, que cette analyse propose des solutions particulières, mais pour un contractant, au singulier. Ces solutions sont fondées sur un renforcement des concepts classiques voire sur le développement de concepts nouveaux, le renforcement des pouvoirs du juge, etc., et qui s'inscrivent aujourd'hui derrière une perspective, celle dite du solidarisme contractuel<sup>19</sup> et est une résurgence d'une analyse morale maximaliste.

Ce dernier, ouvertement fondé sur un concept d'équilibre dans le contrat, voire de justice morale, sans toutefois que les ressorts profonds, véritable engagement pieux ou vague notion moraliste, en soient véritablement révélés, ou plus exactement de redécouverte d'un équilibre qui aurait été perdu. Question de cycle sans doute, largement promu ou critiqué sous l'Ancien Régime, au début du xx<sup>e</sup> siècle<sup>20</sup> et retrouvé dans le courant des années 1990 et 2000, qui correspond et accompagne la montée en puissance des contrats d'affaires et les transformations que cela emporte<sup>21</sup> où le sens de la « coopération » dans le contrat interroge la compréhension des juristes<sup>22</sup>. Au-delà de la signification politique du « mouvement solida-

19. V., D. Mazeaud, « La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 603.

20. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, 1932, p. 3. Sa formule a fait florès : « les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme la société civile ou commerciale. Alors l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer à une certaine union ».

21. C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997. 357.

22. « Le solidarisme contractuel consiste en une exigence de civisme, qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération des intérêts légitimes de son cocontractant et qui repose sur les idées d'altruisme, de décence, de cohérence et de coopération. Ce devoir imposé aux contractants d'exercer les droits et les pouvoirs que leur confère la loi ou le contrat dans le respect de l'intérêt légi-

riste », dont on a pu dire qu'il était d'inspiration tantôt morale, tantôt sociale, il révèle que les modifications du droit des contrats, sous l'influence de celles du droit des contrats d'affaires, inspirent une analyse morale<sup>23</sup> ou éthique<sup>24</sup> faisant naître des notions comme celles de proportionnalité<sup>25</sup>, d'économie du contrat<sup>26</sup>, de déséquilibre contractuel<sup>27</sup>, de cohérence contractuelle<sup>28</sup>, etc.

Il n'en résulte pas que le droit des contrats soit une sorte de catéchisme efficace, mais simplement que, en droit des contrats, le fondement moral peut être considéré comme une explication majeure de ses règles sans toutefois que ce fonde-

time d'autrui a, essentiellement, vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au contractant dominant de fixer unilatéralement le contenu du contrat, qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent dans une clause d'exclusivité. Même si le bras armé du solidarisme contractuel est le juge, il n'en résulte pas inéluctablement une instabilité contractuelle fatale; simplement, se dessine un droit plus flexible, moins désincarné, un droit social des contrats dans lequel les profits de l'un ne doivent pas s'accumuler au mépris de la survie économique de l'autre »: D. Mazeaud, note sous Com. 15 janv. 2002, D. 2002. 2841. *Aide* D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003. 285; « La nouvelle devise contractuelle: loyauté, solidarité, fraternité », in *Mélanges F. Terré, op. cit.*, 1999, p. 603; « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. « Études juridiques », 2004, p. 57; « Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235; « La politique contractuelle de la cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 371; C. Jamin, « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'art. 1134 C. civ. », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? », *Dr. et patr.*, mars 1998, p. 46; « Henri Capitant et René Demogue: notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *Mélanges F. Terré, op. cit.*, 1999, p. 125; « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle. Études offertes à J. Ghesuin*, LGDJ, 2001, p. 442; « Une brève histoire politique des interprétations de l'art. 1134 C. civ. », D. 2002. Chron. 901; « Quelle nouvelle crise du contrat », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, p. 7; « Le procès du solidarisme contractuel, brève réplique », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 160. Et enfin, pour clore le débat, Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé. Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 247 et D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel: du feu, des cendres, des braises », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905.

23. Comp. P. le Tourneau visant une « obligation de se soucier de la situation de l'autre partie » (P. le Tourneau, « La bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, 1995, n° 44; *aide* C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997. 357) ou A. Sériaux vantant le contrat comme un « haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre justice à l'autre », [...] « la bonne foi de l'article 1134 c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère » (A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Droit fondamental », n° 55). Ou un « Aidez-vous les uns les autres » (D. Mazeaud, « Rapport de synthèse au 94<sup>e</sup> congrès des notaires », in *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*, Defrénois 1998, art. 36874).

24. T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in J.-Y. Naudet, (dir.), *Éthique des affaires: de l'éthique des entrepreneurs au droit des affaires*, PUAM, 1997, p. 207.

25. S. Pech-Le Gac, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

26. S. Pimont, *L'économie du contrat*, Dalloz, 2003.

27. V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000; L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.

28. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

ment soit unique. À défaut, on n'expliquerait difficilement l'application stricte de la force obligatoire du contrat, la théorie de l'imprévision, etc.

14.- ii) L'autre fondement possible, plus anglo-américain, voire très américain, est le fondement *économique* du contrat, envisagé comme concurrent d'un fondement moral.

Il s'agit ici d'une logique envisagée du point de vue de l'*efficacité* de la norme contractuelle, substituée à l'analyse morale envisagée du point de vue de la *justice* de la norme. Or, l'analyse économique du contrat — même si le pluriel s'imposerait — se présente comme un concurrent de l'analyse morale, présentée comme l'analyse « juridique », où le critère de l'efficacité devient la technique de validation de la norme juridique.

L'analyse économique se fonde en effet sur un traitement de la crise de l'interprétation mais à travers une grille d'explication propre, celle de la méthode économique qui, depuis les années 1960, s'inscrit dans le mouvement de l'*Analyse économique du droit*, le mouvement *Law and Economics*.

Celui-ci aboutit à considérer que le système de *common law* et plus spécifiquement le droit américain est un système juridique efficace, à la différence des systèmes de *civil law* (dont le modèle est le modèle français). Principalement posée par Posner<sup>29</sup>, la formule selon laquelle le droit américain de *common law* est efficace se fonde sur l'observation de décisions judiciaires, à la suite de l'article fameux de Ronald Coase<sup>30</sup>, qui chercheraient à identifier des solutions économiquement efficaces, et non des solutions juridiquement assises, ou plus exactement de la méthode juridique, laquelle serait essentiellement formelle, déductive et autocentrée, une méthode digne du « néolithique » pour reprendre le mot clef d'une très vieille controverse<sup>31</sup>. La critique se fonde notamment sur la méthode du *syllogisme juridique* et de la déduction permettant, à partir de faits identifiés et d'une règle de droit supposée claire et complète, d'en tirer une conséquence prévisible. Il en résulterait le fait que la méthode juridique permettrait en toutes circonstances de déterminer une solution « vraie ». Au-delà de la caricature, la méthode juridique serait ainsi systématiquement moins cohérente, moins réaliste, moins rationnelle, que la méthode économique<sup>32</sup>. On retrouve là une querelle, de doctrine américaine, entre la méthode du *Law in books* qui serait la nôtre ou pire celle des Allemands ou des

29. R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 1992.

30. R. H. Coase, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, oct. 1960, p. 44, E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, p. 183 s. Comp. D. Mainguy, « Le problème posé par le théorème de Coase. Le droit de l'environnement et l'intérêt général environnemental », in E. de Mari et D. Taurisson-Mouret (dir.), *L'impact de la norme environnementale en milieu contraint. Exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, Victoire Éditions, 2012, p. 108.

31. A. Tunc, « Sortir du néolithique », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1956, n° 4, D. 1957. Chron. 71 et in A. Tunc, *Jalons. Dits et écrits d'André Tunc*, SLC, 1991, p. 65. Il écrivait par exemple : « Quand les problèmes politiques et sociaux menacent le monde et la France, nous ne pouvons plus cantonner nos étudiants dans "le droit des juristes". Si un doute était possible d'ailleurs, il serait de notre devoir d'éducateurs de donner à nos étudiants une formation trop large plutôt que trop étroite. »

32. V., B. Deffains et E. Langlais, *Analyse économique du droit*, De Boeck, 2009, p. 24 s.

Suisses, et celle du *Law in action*, de la sociologie, du réalisme américain, dont procède par exemple le mouvement *Law and Economics*. Mais à bien des égards, c'est également celle qui opposa, au « moment 1900 », la méthode dite traditionnelle et ensuite considérée comme exégétique, et la méthode dite moderne, vite muselée cependant. Un exemple souvent cité par les économistes du droit est celui de la méthode du juge Hand dite « test de Hand »<sup>33</sup> qui compare dommage et prévention avec celle des coûts respectifs des dommages en fonction des mesures de prévention et du coût total des mesures de prévention, par exemple pour en expliquer une, dans un litige dans lequel un bateau s'était détaché et avait causé des dommages. Le juge avait pris en considération la probabilité que le bateau se détache (P), la gravité du préjudice (L) et le coût des précautions possibles (B) : il y a faute si les mesures préventives B effectivement prises sont inférieures au produit  $P \times L$ , système très simple à mettre en œuvre mais détaché de considérations fondées sur un standard moral.

Le droit américain de *common law* est donc efficace, selon Posner, en tant qu'il mime le marché et ne cherche pas à le contraindre, par des références qui seraient, alors, inefficaces. On reconnaît là les éléments de base de la démonstration de la philosophie économique libérale, dite parfois ultralibérale. Notons également que les références efficaces de l'analyse économique du droit sont bien entendu distinctes des références inefficaces de l'analyse concurrente et qui est l'analyse continentale, alors résumée en une *analyse morale* du droit, la morale pouvant être ici tout ce qu'on veut, la morale sociale, la morale chrétienne, la morale républicaine, mais pas la référence à l'efficacité économique — la « morale économique » étant alors un oxymore.

Ce libéralisme de référence de l'analyse économique correspond à une considération élémentaire, celle selon laquelle le bonheur est à identifier dans le bien-être économique, la satisfaction des besoins à partir de ressources rares, de sorte que l'agent économique est conduit à réaliser toute une série de choix, guidés par la *maximisation de ses richesses*. Il en résulte que le contrat social, de nature constitutionnelle, qui fonde cette relation entre les hommes sur la base des principes de liberté, ne saurait être affecté par des contraintes quelconques, et certainement pas par une simple loi qui viendrait, pour des raisons *morales* et non fondée sur une logique d'efficacité, modifier l'équilibre naturel que le contrat promet.

Le libéralisme de type continental, ou français, à l'inverse, établit une considération bien plus sceptique à l'endroit de la liberté, en sorte que les droits et libertés n'existent pas de manière « naturelle » ou spontanée, mais à partir du moment où ils sont posés par la loi. C'est la loi qui établit les droits et liberté, garantit leur exercice, et établit une sorte de « défenseur universel » de ces droits, par le biais d'un fonctionnaire d'autorité, préfet, recteur, procureur. Dès lors, ces droits et libertés sont par nature réglementés et lourdement réglementés. D'ailleurs le droit de

33. *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169, 173.

l'Union européenne, dont nul ne songerait à discuter le caractère libéral, est un droit archi-réglémenté.

15.- Si, alors, la différence repose sur deux conceptions philosophiques du libéralisme, qu'en tirer pour l'affirmation selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » ?

(a) Dans l'esprit des spécialistes d'analyse économique du droit, cette formule est un constat, une description. Elle signifie simplement que les scientifiques ont constaté et souvent vérifié que le droit américain de *common law* est efficace, dans la tradition *réaliste* américaine presque séculaire. Elle s'oppose ce faisant à la dogmatique juridique, de type continental ou américain d'ailleurs, et notamment française, qui supposerait que les normes juridiques pourraient toujours être identifiées sur la base d'une déduction fondée sur les principes de la logique formelle. La formule selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » tracerait donc une frontière entre le droit américain de *common law* et le reste, le droit américain qui ne serait pas de *common law* et surtout la cible, le droit continental, français, de *civil law*, qui ne serait pas efficace, discours entendu par exemple dans les universités québécoises. Il faudrait cependant vérifier que les règles françaises sont fondées sur une telle méthode décrite comme « juridique » mais c'est ainsi que l'analyse économique du droit l'identifie pour la décrire, la caricaturer et au final l'écartier, et vérifier, empiriquement, s'il est vrai, ou non, que *tout* le droit américain de *common law* est efficace et que tout le droit français de droit civil n'est pas efficace. On peut surtout observer que cette méthode propose une confusion majeure entre la description positiviste des normes, qui sont normes indépendamment de toute valeur et qui est pourtant le postulat de départ de l'analyse économique, et la description jusnaturaliste des normes qu'elle promeut finalement, par recours à une valeur, celle de l'efficacité, quand bien même elle se serait substituée à celle de morale.

(b) Si cependant la formule selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » repose sur une considération de type philosophique, et donc non scientifique, elle pourrait être considérée comme signifiant que le droit américain de *common law* doit être efficace, c'est-à-dire que, constatant qu'il est possible que le droit américain de *common law* soit efficace lorsqu'il correspond aux principes de l'analyse économique du droit, telle doit être la direction et la méthode suivie. La formule bascule alors du domaine de la simple description du droit positif, vers une logique de prescription.

(c) On pourrait même considérer que la formule selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » présente une plus grande vigueur dans la logique de prescription et qu'elle signifie « le droit américain de *common law* doit être efficace pour être juste », en sorte que le modèle de l'efficacité économique ainsi promu masque en réalité un standard de légitimité, de Justice, concurrent d'autres référents, d'autres valeurs, et notamment celles promues par le droit français de droit civil, à supposer que ce soit d'ailleurs exact, et que le meilleur moyen de parvenir à contourner l'inéluctable conflit de valeurs qui résulterait d'une présentation du droit américain de *common law* en termes de valeurs, est précisément de s'affranchir

des valeurs et de l'analyse axiologique, plus exactement l'analyse morale, vers une logique d'efficacité, fondée sur des considérations de calcul mathématique, dont on se rend compte de la portée ésotérique en ouvrant n'importe quel ouvrage d'économie ou d'analyse économique du droit.

16.- En conclusion, la question de la loyauté en droit des contrats peut être considérée comme une notion technique, fondée sur l'interprétation des règles, légales ou jurisprudentielles, qui instaurent un commandement clair qu'il s'établisse en termes d'identification aux règles choisies par les contractants ou imposant des comportements particuliers ou des obligations que le contrat n'aurait pas prévus, obligation d'information, de conseil, de mise en garde, de permettre de pratiquer des prix concurrentiels, de renégocier un contrat soumis à un changement de circonstances économiques, de motivation, etc. Ces règles sont posées, par le législateur et plus sûrement par l'interprétation souveraine de la Cour de cassation. L'ensemble détermine les raisons juridiques qui établissent les normes applicables au contrat, la « norme », à laquelle les contractants se soumettent. Autre cependant est la recherche d'une explication de ces règles ou bien de propositions de règles alternatives, lesquelles oscillent entre les méthodes de l'analyse morale, et celles de l'analyse économique. Or ces deux méthodes sont distinctes et souvent, mais pas toujours, incompatibles comme sur la détermination de la solution au problème du « dol de l'acheteur », du changement de circonstances économiques, des conditions de la rupture d'un contrat, etc. La question de la loyauté dans les contrats n'est donc ni une dogmatique ni surtout une sorte d'impératif catégorique inhérent à l'expression légale d'une exigence de loyauté, comme dans l'article 1134, alinéa 3 du Code civil. Par conséquent, le juriste peut constater qu'à tel instant et en tel lieu l'expression de la loyauté en droit des contrats s'exprime de telle ou telle manière, comme résultat de l'ensemble d'analyses complexes et mélangées, en positiviste. Mais en positiviste également, il peut observer que la loyauté est une valeur, composée d'un ensemble de valeurs autres dont l'influence réelle sur la norme est à identifier chez le normateur, le législateur sans doute, mais plus sûrement chez le juge. La question de la loyauté dans le contrat est donc à dénicher à travers les valeurs que le juge s'autorise à extérioriser pour maximiser ou, au contraire, minimiser, l'étendue des effets dérivés de la loyauté dans les contrats.

Comme l'analyse économique du contrat le suggère d'ailleurs, la question essentielle posée par le problème de la loyauté dans les contrats n'est pas de savoir s'il existerait une signification immanente de la loyauté telle que l'article 1134 l'envisage, ni si et comment une expression de la loyauté a été formulée par la jurisprudence, mais de mesurer l'avenir de la question : peut-on identifier des outils permettant de prévoir que le juge généralisera ou au contraire limitera telle forme d'interprétation de la règle ? C'est ce problème que les diverses écoles de l'analyse économique américaine tentent de résoudre, à travers le critère de l'efficacité et de la mesure « comptable » du contrat, supposé plus objectif que la méthode des juristes continentaux et la logique juridique qu'ils lui associent. Or si on admet que la contemplation précise du droit suppose, dans l'ordre de décrire, puis, éventuelle-



ment, de prescrire, dans une logique de « description », et non de manière inverse, de prescrire puis de considérer que le droit ensuite décrit n'est une norme valable s'il s'en distingue. La deuxième méthode relève d'une étonnante et très présente surconsidération du pouvoir de la doctrine juridique qui ne correspond pas à la réalité de l'écriture des normes ; or c'est bien ce problème que les juristes français, avec leur tropisme, auront à affronter, à nouveau, comme ils avaient eu à l'affronter au tournant du xx<sup>e</sup> siècle : comment proposer une technique renouvelée de prévision des normes à venir et, ce faisant, de description réelle.