

Leçon n°10

# LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités

[mafr@mafr.fr](mailto:mafr@mafr.fr)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

Leçon<sup>o</sup>10 : La définition de la personne à  
travers son aptitude à s'engager (concepts  
et définitions)

## Section II : L'aptitude de la personne à s'engager

Plan :

- A. La naturelle définition subjective du contrat : le contrat comme rencontre de deux volontés
- B. L'influence de l'économie : la définition objective du contrat comme instrument neutre et nécessaire d'un échange économique atomisé
- C. La question du contrat automatiquement parfait (complet et juste)
- D. Le renforcement actuel des théories subjective et objective

## A. La naturelle définition subjective du contrat : le contrat comme rencontre de deux volontés

### 1. Lecture kantienne et rousseauiste de l'article 1101 du Code civil

**Article 1101 du Code civil :** *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*

- Théorie de l'autonomie de la volonté
  - Liberté de ne pas contacter
  - Liberté de contracter
  - Liberté de choisir ses obligations
  - Force obligatoire du contrat et effet relatif à l'égard des tiers

## A. La naturelle définition subjective du contrat : le contrat comme rencontre de deux volontés (suite)

### 1. Lecture kantienne et rousseauiste des articles 1101 et suivants du Code civil (suite)

- Assiste textuelle
  - Art. 1101 du Code Civil « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».
  - Article 1109 : « il n'y a point de consentement valable, si le consentement a été donné par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».
  - Art. 1134 al.1 : « les conventions tiennent de loi à ceux qui les ont faites ».
  - Article 1165 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent pas au tiers ... »

## A. La naturelle définition subjective du contrat : le contrat comme rencontre de deux volontés (suite)

### 2. Le développement à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle de la théorie de l'autonomie de la volonté : la source du contrat juste

- Le caractère essentiel de la définition négative de la liberté contractuelle : la liberté de ne pas contracter
- « Qui dit contractuel dit juste »
- Coïncidence avec la théorie du marché concurrentiel

## A. La naturelle définition subjective du contrat : le contrat comme rencontre de deux volontés (suite)

### 3. Les quatre conséquences fondamentales de la théorie : le contrat, espace autonome, clos et intangible

- Le contrat comme un ilot normatif indifférent à son contenu (le contrat comme « petite loi »)
- Le contrat hors du temps (Civ., 6 mars 1878, *commune de Pélissanne c./ marquis de Galliffet dit Canal de Craponne*)
- Dureté de la force obligatoire pour ceux qui se sont engagés v/ « inexistence » du contrat pour ceux qui ne se sont pas engagés (tiers) : article 1134 et 1165, deux faces de la même médaille

## A. La naturelle définition subjective du contrat : le contrat comme rencontre de deux volontés (suite)

### 4. La formation, centre de gravité du contrat

- Prévalence probatoire de l'échange des consentements (offre et acceptation)
- Indifférence de la jurisprudence pour l'effectivité de l'exécution contractuelle
- Prévalence de l'exigence d'un consentement pur, libre et éclairé
- Mise en lumière doctrinale des sources des obligations au détriment du régime des obligations.

B. L'influence de la perspective économique : la définition objective du contrat comme préalable neutre et nécessaire d'un échange économique atomisé

### 1. Le marché comme ensemble de contrats

- Le marché est une mise en masse de rencontres contractuelles entre opérateurs : alternative firme v/ contrats sur le marché (Coase, 1937)
- Mobilité du marché grâce à l'instantanéité des contrats
- Liquidité des marchés grâce à la succession des contrats
- Le marché financier, marché pur (Walras)
- Le contrat définit comme un engagement d'exécution de promesses, sans lequel il n'y a pas de marché.

B. L'influence de la perspective économique : la définition objective du contrat comme préalable neutre et nécessaire d'un échange économique atomisé (suite)

2. Le marché, mécanisme d'ajustement des offres et des demandes, producteur des adéquations (contrats justes)

- Le contrat met en masse les contrats : rencontre des offres et des demandes
- Production du prix « adéquat » (« exact »), « juste prix »
- Tout ce qui est objet de contrat est objet de marché
- Lecture *a contrario* de la règle : valeur dogmatique de l'article 1128 du Code civil

B. L'influence de la perspective économique : la définition objective du contrat comme préalable neutre et nécessaire d'un échange économique atomisé (suite)

### 3. Contrats-échange et contrats-organisation

- Le contrat peut organiser dans l'instant une opération de l'instant
- Mais le contrat est normatif : « acte de prévision » : inscription de l'opération économique dans la durée
- Distinction par Paul Didier du contrat-échange (vente, prêt, etc.) et du contrat-organisation (contrat de société, contrat de distribution)
- Stratégie juridique de « mélange des genres » : pacte d'actionnaires

B. L'influence de la perspective économique : la définition objective du contrat comme préalable neutre et nécessaire d'un échange économique atomisé (suite)

4. Les conséquences fondamentales de la théorie : le contrat, espace variable et évolutif suivant l'espace et le projet économiques

- Porosité du contrat.
- Instrumentalisation du contrat (enforcement)
- Variabilité du contrat suivant le projet économique sous-jacent : sous-contrat, groupe de contrat, indivisibilité des contrats
- Développement d'un « droit des clauses » pour adapter l'instrument contractuel à son contexte : par exemple clause compromissoire, clause de *hard-ship*

B. L'influence de la perspective économique : la définition objective du contrat comme préalable neutre et nécessaire d'un échange économique atomisé (suite)

### 5. L'exécution, centre de gravité du contrat

- Redécouverte des articles relatifs à l'exécution contractuelle
- Relecture de l'article 1142 du Code civil et possibilité d'exécution forcée
- Multiplication des clauses sur l'exécution contractuelle : utilisation des clauses pénales
- Affinement des sanctions contractuelles :
  - Nullité partielle (retrait du venin) ; clause réputée non-écrite
  - Philippe Rémy : la responsabilité contractuelle est un mode d'exécution

## C. La question du contrat automatiquement parfait (complet et juste)

### 1. Le contrat automatiquement parfait (complet et juste), aboutissement des théories subjective et objective

- Le contrat est juste car sinon l'une des parties aurait refusé de rentrer dans le contrat (personne ne veut entrer dans un contrat qui lui est défavorable) : la conception subjective du contrat mène à un contrat juste car l'homme est libre.
- Le contrat est juste parce que son contenu est déterminé par le marché, le marché exprimant la rationalité par addition des relations bilatérales : le contrat est juste car il exprime une part de la rationalité générale.
- Classiquement, le contrat est toujours juste et produit le bonheur.

## C. La question du contrat automatiquement parfait (complet et juste) (suite)

### 2. La valorisation du contrat dans l'espace familial, judiciaire et de l'action publique

- Société du contrat en Angleterre et aux Etats-Unis : culture de liberté et culture de marché.
- Résistance dans les systèmes romano-germaniques et considération de l'Etat (bénévolance de l'Etat, légitimité de la loi et hiérarchie des normes).
- Contractualisation de la famille : exemple du divorce par consentement mutuel, du mariage
- Contractualisation des relations de travail : réversibilité du droit du travail
- Contractualisation du droit des sociétés : notion de montage
- Contractualisation de l'action publique : risque de perte d'identité de l'Etat
- Contractualisation des procès : composition pénale, *plea barguaining*

## C. La question du contrat automatiquement parfait (complet et juste) (suite)

### 3. Le constat de l'incapacité des conceptions subjectives et objectives à engendrer toujours des contrats justes

- Théorie subjective : la liberté de ne pas contracter est illusoire
- Prise en considération par la jurisprudence de la violence économique (Civ. 1<sup>ière</sup>, 3 avril 2002)
- Théorie objective : l'information du contractant est incomplète
- Invention jurisprudentielle de la notion de réticence dolosive (Civ. 1<sup>ière</sup>, 13 mai 2003)

Non-équivalence entre ce qui est exacte et ce qui est juste : possibilité d'évaluer le prix d'un corps mais injuste à en acheter l'usage : les corps sont hors marchés :

- enjeu actuel des conventions de prostitution
- Enjeu sur la convention de sadomasochisme
- Enjeu sur la convention de mère-porteuse

## C. La question du contrat automatiquement parfait (complet et juste) (suite)

### 4. L'intervention d'un tiers : *ex ante* (Etat) et *ex post* (le juge)

- L'intervention *ex ante* de l'Etat :
  - Écriture des contrats : code de la consommation, droit des assurances, protection des investisseurs, etc.
  - L'Etat est la table des négociations
  - Place des conventions collectives de travail : exemple de l'interdiction du travail le dimanche
- L'intervention *ex post* du juge :
  - La théorie économique des contrats incomplets
  - Le pouvoir modérateur du juge prévu par la loi : article 1152 du Code civil
  - Pouvoir modérateur général
  - Pouvoir prétorien : exemple de la notion d'abus dans la fixation du prix

## C. La question du contrat automatiquement parfait (complet et juste) (suite)

### 5. La voie de l'organisation et la voie de l'interprétation

- La loi organise les contrats en les écrivant
- La jurisprudence balaye le faisceau de lumière d'un article à l'autre du Code civil : articles 6, 1134 al.4 du Code civil
- Mise en place par la jurisprudence de principes directeurs nouveaux : exemple du principe de bonne foi dans la formation du contrat, exemple du principe de loyauté, principe de cohérence du comportement contractuel (équivalent du principe de l'estoppel)
- Méthode d'interprétation du contrat analogue aux méthodes d'interprétation de la loi :
  - Prévalence de l'interprétation littérale
  - De la lettre découle l'intention des parties et recherche par le juge de l'intention des parties
  - Application par le juge des conséquences que les usages attachent au contrat : article 1135 du Code civil

## D. Le renforcement actuel des théories subjective et objective

### 1. Le renforcement de la subjectivité à travers les libertés fondamentales dans le contrat

- La « refondamentalisation » du droit des contrats
  - Entraîné par le mouvement général de subjectivisation du système juridique
  - Le contrat comme espace d'expression des droits et libertés des contractants
  - Emergence des droits et libertés constitutionnels des contractants
    - Valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle : Cons. Const. 13 janvier 2000 loi relative à la réduction négociée du temps de travail
    - Valeur constitutionnelle de la force obligatoire du contrat : Cons. Const., 13 janvier 2003, loi relative aux salariés, au temps de travail et au développement de l'emploi
- La loi ne peut plus toucher la liberté contractuelle et la force obligatoire  
= rapprochement avec les principes nord-américains

## D. Le renforcement actuel des théories subjective et objective (suite)

### 2. Le renforcement de l'objectivité à travers le droit économique

- Le contrat, perçu comme moyen objectif de pratique anticoncurrentielle (par exemple entente)
- Le contrat utilisé comme moyen de résoudre une difficulté de droit économique : remède, engagement structurel (cession d'actif et comportemental, obligation de s'engager)