



HAL
open science

Les professionnels et la doctrine

Christophe Jamin

► **To cite this version:**

Christophe Jamin. Les professionnels et la doctrine. Experts - Revue de l'expertise judiciaire, publique et privée, 2014, 114, pp.10-11. hal-01096188

HAL Id: hal-01096188

<https://sciencespo.hal.science/hal-01096188v1>

Submitted on 22 Dec 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les professionnels et la doctrine

Par Christophe Jamin

Professeur des universités

Directeur de l'école de droit de Sciences Po Paris

L'obligation d'information, les professionnels et la doctrine... Voici le thème qu'il m'a été demandé d'aborder en quelques pages. Au premier regard, il peut apparaître curieux, car si l'on peut aisément comprendre que le législateur et la jurisprudence jouent un rôle dans l'apparition et le développement de l'obligation d'information - en l'occurrence, celle qui est mise à la charge des professionnels, il n'en va pas de même s'agissant de la doctrine.

Pour le comprendre, il faut d'abord s'interroger sur ce qu'on entend par « doctrine ». Celle-ci ne serait pas facile à identifier, car on retient assez classiquement que le mot n'a pas eu toujours le même sens au fil du temps. Pour ma part, je persiste à penser qu'il s'agit d'une catégorie juridique d'apparition relativement récente qui se substitue, durant la première moitié du XIXe siècle, à une autre, celle des « jurisconsultes ». Et cette substitution a pour effet de la constituer en une entité plus homogène, les antiques « jurisconsultes » étant encore des individus pris un peu au hasard de leurs écrits. Le passage du pluriel au singulier n'est pas anodin : il unifie quelque chose de disparate. Progressivement, la doctrine sera même principalement constituée du corps des professeurs de droit. Sauf rares exceptions, sauf le cas du droit administratif, les grandes figures de praticiens du XIXe siècle auront tendance à ne plus en être. Et en même temps qu'elle se constitue, cette catégorie nouvelle se donne une tâche très particulière, qui ne relève pas de l'évidence, même si elle nous est aujourd'hui devenue familière.

Cette tâche, c'est celle de dégager de la masse du droit positif, de la masse croissante de textes de toute nature, lois, décrets, circulaires, jugements, arrêts etc. des principes et, de ces principes, dans le meilleur des cas, un système. Autrement dit, la doctrine se donne pour tâche de mettre fin à la dispersion, la fragmentation, la collision des normes, que sais-je encore, pour présenter l'ensemble du droit comme un tout à peu près cohérent. La doctrine se donne pour tâche de rassurer les juristes ! Et cela, même s'il s'agit d'une illusion sur ce que le droit est dans la réalité de sa pratique quotidienne, même si elle ne permet finalement pas de comprendre vraiment le droit tel qu'il est, et tel qu'il se fait.

Cette façon de voir la doctrine, guère familière à une grande partie des juristes français parce qu'ils ont été formés par les membres les plus éminents de la doctrine que sont les professeurs des facultés de droit qui ne souhaitent pas scier la branche sur laquelle ils sont assis, permet de répondre en partie à la question posée.

La doctrine n'a pas été à l'origine du développement de l'obligation d'information mise à la charge des professionnels, elle est venue après la bataille pour ramasser les morceaux et mettre un peu d'ordre dans le magma du droit positif. De fait, l'obligation d'information est apparue avec le mouvement de socialisation du droit des années 1930

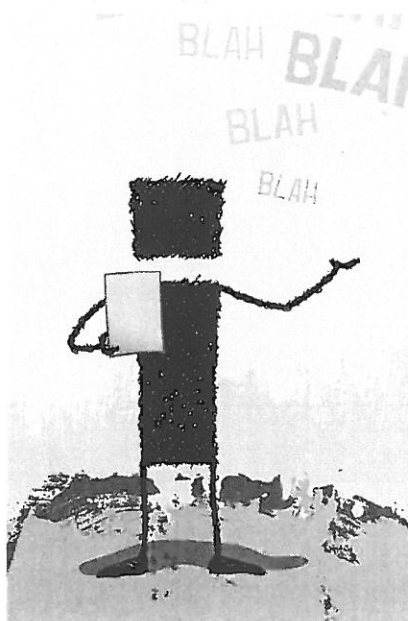
et, plus certainement, durant l'après seconde guerre mondiale, à un moment où juge et législateur ne croyaient plus aux bienfaits de l'individualisme. Désormais, les individus ne sont plus considérés comme les meilleurs garants de la promotion de leurs propres intérêts, ce qui justifie qu'on puisse devoir les informer. Dès 1905, une loi relative à la répression des fraudes avait mis l'accent sur la nécessité, pour le professionnel, de donner une information sur la qualité des produits qu'il vendait. Cette loi sera suivie de nombreux autres textes qui partiront dans tous les sens. De leur côté, les tribunaux mettront, dans certains cas, une obligation d'information précontractuelle à la charge des futurs contractants, en usant des ressources des textes du Code civil relatifs aux vices du consentement. On se souvient toutes et tous de l'apparition de la réticence dolosive dans les années 1950 : progressivement, le seul fait de garder le silence, c'est-à-dire une simple abstention, pourra être la source d'un dol, alors que le Code civil prévoyait que seuls les manœuvres et les mensonges, autrement dit des actes positifs, pouvaient en être à l'origine.

De ce foisonnement, la doctrine ne sera à peu près pour rien. Pour l'essentiel, elle accompagnera le mouvement et se bornera à tenter d'insérer ces nouvelles obligations dans un ordonnancement du droit positif dont elle sera elle-même à l'origine. Non sans protester parfois contre ces innovations. On se souvient du mot célèbre du doyen Josserand, parlant, avant-guerre, de « forçage du contrat » à propos de toutes ces obligations (dont l'obligation d'information) greffées sur les contrats par les juges en dehors de la volonté des parties. Mais la doctrine pourra aussi souhaiter donner du sens à cette évolution qui lui échappe. Le professeur de Juglart lie ainsi, en 1945, l'obligation de renseignement à l'esprit de solidarité qui souffle désormais sur la France à la suite de la

libération du pays.

Ce qui vaut pour l'obligation d'information vaut aussi pour la catégorie « professionnel ». Elle n'est pas une création de la doctrine qui se bornera à la théoriser. Le XIXe siècle ne l'avait d'ailleurs pas connue : les juristes ne connaissaient que celle de « commerçant », dont il était question dans le Code de commerce. Les professionnels apparaissent un peu plus tard, et ils ne se limitent pas à ces seuls commerçants. En fait, la catégorie prend une réelle ampleur avec l'émergence du droit de la consommation. À la catégorie nouvelle de « consommateur » qui en est issue, s'oppose désormais celle de « professionnel ». Les professionnels sont en définitive un produit de la société de consommation et du droit de la consommation, autrement dit des années 1970.

Néanmoins, obligation d'information et professionnel sont deux catégories liées : bien souvent les obligations d'information sont mises à la charge des professionnels quand ces derniers sont en relation avec des consommateurs ou des « non-professionnels », selon une curieuse expression que l'on rencontre aussi. Mais attention ! Ce n'est pas systématique. On se souvient, par exemple, de cette jurisprudence



de la Cour de cassation qui refuse de mettre à la charge de l'acheteur une obligation d'information à l'égard du vendeur, cet acheteur fut-il un professionnel et le vendeur un « non-professionnel ». Le tout afin de priver ce dernier de la possibilité de se prévaloir d'une réticence dolosive à l'égard du premier.

Le législateur et la jurisprudence sont donc à l'avant-garde, et la doctrine, qui travaille rarement sur du vide normatif, réagit le plus souvent aux avancées de l'un et de l'autre. Néanmoins les choses sont un peu plus complexes – et le lecteur averti me pardonnera cette chevauchée trop rapide. La doctrine intervient certes en second, mais elle peut exercer une influence sur la loi et la jurisprudence qui évolueront alors en fonction des réactions doctrinales. Parce que, nous dit-on, la doctrine « dialogue » avec l'un et l'autre, les juges plus certainement d'ailleurs que les parlementaires (qui sont moins attentifs à ses travaux). Revenons à l'exemple que je viens de mentionner : si l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information, c'est peut-être parce que la doctrine a signalé aux praticiens que l'information pouvait être dotée d'une certaine valeur. Le regretté Pierre Catala l'avait écrit il y a déjà plus d'une vingtaine d'années. Imaginez un instant qu'un professionnel ait fait de nombreuses recherches, autrement dit, procédé à des investissements, pour apprécier la valeur (au sens large) du bien que souhaite mettre sur le marché le non-professionnel, imaginez encore que ce dernier (vendeur) puisse se prévaloir de la nullité du contrat pour manquement du professionnel (acheteur) à ce qui serait une obligation d'information mise à sa charge : nous serions dans une situation où les professionnels les plus consciencieux seraient découragés d'investir parfois des sommes très importantes pour « se » renseigner et, en conséquence, de conclure des contrats davantageux pour eux. Une situation mauvaise pour la vitalité de l'économie...

Où l'on voit donc que se crée un rapport dialectique à peu près permanent. Législateur et jurisprudence commencent par régler des questions concrètes sans nécessairement se sentir corsetés par les catégories existantes. À cet effet, elles produisent du droit positif. Celui-ci est immédiatement récupéré par la doctrine qui y réagit de multiples manières mais, avant tout, en essayant de mettre un peu d'ordre et de cohérence (un maître mot doctrinal) dans ces nouveaux et multiples textes pour éviter ce qu'elle considère parfois être un « chaos » normatif. Puis, les écrits doctrinaux, qui ont cette particularité d'être à la fois descriptifs (du droit existant) et prescriptifs (du droit tel qu'il devrait être), exercent à leur tour une influence sur les producteurs de normes qui peuvent s'y soumettre, ou n'en faire qu'à leur tête (ce qui est plus fréquent que veulent bien le dire des professeurs de droit qui n'ont pas intérêt à ce que cela se sache). Puis, devant ces nouvelles créations, le cycle reprend : la doctrine s'en empare, taille, coupe, distingue quand il le faut (car, par exemple, tous les professionnels ne sont pas les mêmes et la catégorie peut s'avérer trop large), nuance, simplifie, généralise, voire systématise, etc.

C'est ainsi que, depuis plusieurs décennies, le professeur Ghestin, après avoir très soigneusement analysé et synthétisé un droit positif foisonnant, s'attache à obtenir la généralisation de l'obligation précontractuelle d'information, spécialement à la charge des professionnels, aux conditions suivantes qu'il a détaillées, en prenant soin de peser chacun des termes : « celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité

de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies » (La formation du contrat, LGD, 4^e éd., 2013, T. 1, n° 1700). Il s'agit là d'un texte prêt à l'emploi, d'une véritable offre de réforme, pour le législateur ou la Cour de cassation qui peuvent, ou non, s'en emparer, ou simplement s'en inspirer, en totalité ou partiellement.

Reste alors une énigme sur laquelle mon collègue Rémy Libchaber vient à nouveau d'insister dans un récent livre de théorie du droit : « en quoi les savants peuvent-ils contribuer à produire des normes, qui seraient ensuite reconnues par l'ordre juridique ? » (L'ordre juridique et le discours du droit, LGD, 2013, n° 274). Comment donc une personne qui n'est investie d'aucune autorité normative peut-elle bénéficier de cette reconnaissance ? Entre ici en scène l'idée d'autorité : c'est grâce à l'autorité qu'elle a acquise auprès des acteurs officiels (le législateur, l'administration, le juge) que le discours doctrinal peut espérer pouvoir disposer de ce bénéfice. Et parce que cette autorité est une affaire de croyance sociale, elle se construit selon les pays de différentes façons. En France, les professeurs de droit ont acquis cette autorité plus sûrement que les praticiens, du moins du côté des privatistes, car en droit administratif, les auteurs de référence continuent à être les membres du Conseil d'État. Et, pour ce faire, ces professeurs (certains ayant plus d'autorité que d'autres) ont fait croire aux praticiens, leurs anciens étudiants, que ce que l'on peut appeler la « rationalité dogmatique » (celle qui permet à de nombreux juristes français de soutenir que leur droit est « fait de principes ») était d'un puissant secours quand il fallait décider des situations concrètes. En Angleterre, les juges et les praticiens ne regardent pas, traditionnellement, du côté des professeurs : le droit

est moins dans les traités que dans les recueils d'arrêts. Et aux États-Unis, les réalistes des années 1930, en critiquant rudement cette fameuse rationalité dogmatique ont, du même coup, sapé l'autorité doctrinale, au point d'ailleurs que les professeurs de droit les plus réputés se sont écartés progressivement des mondes de la pratique, en se fichant à peu près de savoir s'ils allaient disposer d'une quelconque autorité.

Voici donc comment la doctrine française a contribué au façonnage de l'obligation d'information, celle mise à la charge des multiples professionnels : elle a fixé des principes et systématisé un droit positif largement multiple, complexe, souvent contradictoire, en faisant croire, dans ses multiples notes, articles et manuels, qu'il y avait derrière

tout cela plus de cohérence que la multitude ne pouvait le laisser penser ou que, si ce foisonnement ne pouvait être réduit à l'unité, il pouvait être présenté comme un sain pluralisme et une source de dynamisme. Bref, la doctrine française n'a cessé et ne cesse de produire des « contre-discours rassurants » (l'expression est du juriste finlandais Martti Koskenniemi) pour des praticiens en mal de certitudes devant un monstre juridique difficile à maîtriser. Mais il ne faut pas s'y tromper : même s'ils réussissent à s'imposer grâce à l'autorité dont bénéficient certains auteurs, ces discours seront bientôt dépassés par le droit positif, et les manuels seront alors comme les réceptacles d'un droit mort, ce qui nécessitera d'en produire sans cesse de nouvelles éditions. Parler de l'obligation d'information des professionnels en s'appuyant sur le discours doctrinal, c'est donc n'avoir qu'une vision imparfaite du droit d'aujourd'hui, et ne cerner, à peu près à coup sûr, qu'une partie du droit de demain. Ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il faille renoncer à la tâche besogneuse, répétitive et sans gloire que constitue le travail doctrinal !

La doctrine [...] est venue après la bataille pour ramasser les morceaux et mettre un peu d'ordre dans le magma du droit positif.