HAL
open science

Critiques des théories de la formation du contrat.

Sébastien Pimont

To cite this version:

Sébastien Pimont. Critiques des théories de la formation du contrat.. Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal, 2010, 44 (3), pp.125 - 144. hal-02296402

HAL Id: hal-02296402

https://sciencespo.hal.science/hal-02296402

Submitted on 25 Sep 2019

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.

Critique des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français

Sébastien Pimont*

Résumé

Ce bref article présente une critique des théories de la formation du contrat, comme celle de l'offre ou de la promesse unilatérale de contrat. Tout d'abord, il relève que ces théories sont insuffisantes et contradictoires. En dépit de leur raffinement et de leur rationalité, elles ne convainquent pas la Cour de cassation qui refuse de leur faire produire leur plein effet ; quant à la doctrine, au lieu d'aligner ses constructions sur l'évolution de la jurisprudence, elle critique ou ignore les arrêts incompatibles avec son discours. Et cela, alors qu'il lui serait possible, à partir des arrêts de la Cour de cassation, de formuler une sorte de contre-théorie de la formation du contrat. Une telle attitude appelle une autre analyse. Une analyse qui porte sur la structure du discours doctrinal : sur ses principes et, corrélativement, sur ses limites.

Abstract

This brief article offers a critical analysis of the contract formation theories. First, it shows that the theories are both inadequate and contradictory. Despite their sophistication and rationality, they fail to convince the *Cour de cassation* which refuses to draw all their inferences; as to the *doctrine*, instead of modeling their work on the evolution of precedents, it criticises or ignores the cases which are not compatible with its discourse. A possible alternative would be to build a sort of counter-theory of contract formation on the decisions of the *Cour de cassation*. This attitude suggests a new analysis. An analysis which focuses on the structure of the *doctrine*'s discourse: its principles and, in correlation, its limits.

* Maître de conférences à la Faculté de droit et d'économie de Chambéry, Université de Savoie.

Plan de l'article

Introduction 125

I. Les insuffisances des théories relatives à la formation du contrat 128

A. Réception des théories par la jurisprudence 128

B. Réception de la jurisprudence par la doctrine 132

C. Relecture de la jurisprudence relative à la formation du contrat 134

II. Les limites des théories relatives à la formation du contrat 137

A. Besoin de sécurité juridique 138

B. Respect de la règle morale 140

C. Croyance en la vérité du droit 142

Conclusion 143

Le désordre du droit civil de la formation du contrat. Le Code civil français, qui organise son plan autour des sources des obligations civiles[1], ignore la période précontractuelle. Comme le faisait Pothier[2], et avant lui Grotius[3], les rédacteurs du Code ont abandonné la formation du contrat à l'empire du seul droit naturel[4]. Et pourtant, d'un point de vue économique, ce moment est crucial ; alors s'exerce l'alchimie du marché : la rencontre de l'offre et de la demande. Parce que le silence du Code était intenable, la jurisprudence, à coup d'arrêts, et la doctrine du XIXe siècle, traités de Pothier en main, puis celle du XXe siècle, inspirée par le pandectisme, ont organisé le processus de formation du contrat. Deux cents ans après, l'œuvre des interprètes de la loi civile mérite d'être revisitée.

Au premier regard, le désordre du droit civil actuel frappe l'esprit. On trouve ainsi dans la jurisprudence de la Cour de cassation des matériaux permettant de construire non pas une, mais plusieurs théories de la formation du contrat. La promesse unilatérale de contrat, l'offre et l'acceptation nourrissent différentes constructions doctrinales dont l'objet est de faciliter la rencontre des volontés en interdisant à celui qui promet (ou qui offre) de se rétracter. Or, l'addition de ces théories ne fait pas système[5]. Ainsi, le rapprochement du régime de l'offre et de celui de la promesse de contrat contredit la théorie des sources des obligations : alors que, selon le Code civil, l'offre n'oblige pas, elle semble, selon l'interprétation majoritaire de quelques arrêts de la Cour de cassation, produire autant (et même parfois plus) d'effets que la promesse de contrat qui est pourtant déjà un contrat[6]. Plus gravement, en dépit d'une telle profusion conceptuelle, ni la théorie de l'offre, ni celle de la promesse de contrat ne semblent totalement

1 Voir : Philippe Rémy, « Réviser le Titre III du Livre troisième du Code civil ? », R.D.C. 2004.4.1169, 1176.

2 *Traité des obligations*, *Œuvres de Pothier*, annotées par Jean-Joseph Bugnet, t. 2, Paris, Henri Plon, 1861, nº 4.

3 Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, éd. par D. Alland et S. Goyard-Favre, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1999, p. 318 et suiv.

4 Voir : Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 6, Paris, Warée, 1824, nº 9.

5 Voir : Sébastien Pimont, « Entre promesses et actes unilatéraux, les théories de la formation du contrat », dans Michel Boudot, Paolo Vecci et Didier Veillon (dir.), *Promesses et actes unilatéraux*, 7èmes journées d'études Poitiers – Roma, Paris, L.G.D.J., coll. « Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 2010 (à paraître).

6 Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 10e éd., Paris, Armand Collin, 2002, nº 140, note nº 3.

convaincre le juge. Pour le dire autrement, quelle que soit la qualification choisie (offre ou promesse), la rencontre des volontés est souvent empêchée par la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même. Aux visas de l'article 1142, de l'article 1382, voire de l'article 1147 du Code civil, de nombreux arrêts interdisent la formation d'un contrat ou reviennent sur les effets d'un contrat pourtant légalement formé ; ils privilégient la liberté de ne pas contracter. Témoignant de l'existence de tendances contradictoires en droit positif[7], de telles décisions obligent à s'interroger sur la cohérence du droit français de la formation du contrat – sur sa systématicité. À ce propos, ce bref article présentera deux hypothèses liées.

Première hypothèse. La première est que le droit positif de la formation du contrat est irréductible aux théories doctrinales qui, pourtant, le synthétisent. À partir de la jurisprudence française relative à la période précontractuelle, il est non seulement possible de construire plusieurs théories de la formation du contrat (théorie de l'offre, théorie de la promesse de contrat), mais il est aussi imaginable d'induire une sorte de *contre-théorie de la formation du contrat*. De quoi s'agit-il ? Nous appelons ainsi la construction juridique articulée autour du principe selon lequel, pour le juge du contrat, la protection de la liberté (précontractuelle) prime la formation du contrat et l'emporte même parfois sur le respect de la norme contractuelle. Précisons. Nous n'entendons pas, dans cet article, critiquer la (ou les) théorie(s) de la formation du contrat à un niveau méthodologique en l' (les) opposant à une approche plus pragmatique : un droit exclusivement pensé en terme de « jurisprudence des intérêts », de « balance des intérêts » ou de « politique juridictionnelle ». Nous voulons simplement montrer qu'il existe dans les arrêts de la Cour de cassation française les matériaux permettant d'induire des principes et, plus largement une construction juridique qui, au lieu d'organiser l'aliénation de la liberté (au nom de Dieu, de la raison ou de la loi) d'une partie au profit d'une autre (cause de l'obligation civile) protège cette liberté en empêchant ou en revenant sur les effets de son aliénation.

Seconde hypothèse. La seconde hypothèse que nous voulons présenter, tout en traitant du même phénomène, se situe à un autre niveau – celui d'un discours sur le discours doctrinal, « doctrine de la doctrine » si l'on

7 Rapprocher : Denis Mazeaud, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », dans *Le contrat à la fin du XXe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 637 et suiv.

veut[8]. Son point de départ est une question : pourquoi la doctrine critique-t-elle ou minore-t-elle presque systématiquement la portée des arrêts qui pourraient alimenter une critique des théories de la formation du contrat ? Plusieurs raisons l'expliquent. Ces arrêts heurtent au moins trois idées structurant implicitement le travail doctrinal civiliste. D'une part, ils portent atteinte à la sécurité des transactions. Or, c'est au nom de cette exigence que la doctrine formalise le droit en confectionnant des théories générales[9]. D'autre part, les solutions de ces arrêts heurtent la règle morale selon laquelle chacun doit tenir sa parole ; ce qui incite sans doute à la méfiance dans leur interprétation. Enfin, la mise en exergue de ces arrêts irréductibles aux théories dominantes, conduirait à douter de la vérité du droit. Cela voudrait dire que la ou les théorie(s) de la formation du contrat ne sont pas « vraies » ou « positives » en ce sens qu'elle ne reflètent pas tous les arrêts rendus en la matière (ou au moins les plus importants). À ce point, mais en creux, on entrevoit mieux les attributs – et les dangers – d'une *contre-théorie de la formation du contrat*. Il n'est pas simplement question d'une nouvelle mise en cause du principe de la force obligatoire du contrat et / ou de « l'autonomie de la volonté ». Il s'agit d'une construction doctrinale amorale, qui ne préserve pas forcément la sécurité des transactions et qui donne à voir le droit comme un phénomène complexe – ou problématique[10].

Plan de l'étude. En partant du droit positif, nous présenterons d'abord deux sortes de théories de la formation du contrat. Le problème est que ces théories sont contradictoires : à côté des théories organisant la rencontre des volontés (celle de l'offre ou de la promesse de contrat), existent des matériaux permettant de construire une contre théorie de la formation du contrat. Une question se pose alors, à laquelle la doctrine doit répondre : comment réduire ou, au moins, présenter une telle contradiction ? Plusieurs réponses sont possibles. Critiquer, minorer ou ignorer les arrêts qui contredisent la (ou les) théorie(s) de la formation du contrat est celle que privilégient de nombreux auteurs, ce qui souligne les limites des théories relatives à la formation du contrat.

---

8 François Terré, « La doctrine de la doctrine », dans les *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, Litec, 2006, p. 59 et suiv.; Michel Boudot, « La doctrine de la doctrine de la doctrine, une réflexion sur la suite des points de vue méta- … -juridiques », R.I.E.J., 2007/59.35 et suiv.

9 Voir : Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 140.

10 Sous forme de questions, rapprocher : Christian Atias, *Questions et réponses en droit*, coll. « Interrogations philosophiques », Paris, PUF, 2009.

L'étude des insuffisances des théories de la formation du contrat (I) précèdera celle de leurs limites (II).

I. Les insuffisances des théories relatives à la formation du contrat

Bien que plusieurs théories de la formation du contrat existent, la Cour de cassation ne leur prête jamais plein effet (A) ; corrélativement, la doctrine feint d'ignorer ou s'autorise à critiquer la réception très imparfaite de ses constructions juridiques par le juge (B) ; il serait pourtant possible de proposer une relecture de la jurisprudence relative à la formation du contrat (C).

A. Réception des théories par la jurisprudence

Question de philosophe ; réponses de juristes. Traditionnellement, la période précontractuelle incite à poser une question d'origine philosophique : comment, « à partir de deux actes juridiques constitutifs » (offre et acceptation), concevoir l'accord des volontés, c'est-à-dire une « volonté unifiée »[11] ? En effet, l'offre est émise à un moment ; et l'acceptation ne peut intervenir qu'après ; l'accord n'existe matériellement pas ; il n'y a que deux volontés indépendantes dont la première émise, la pollicitation, peut très bien ne plus exister au moment où l'autre, l'acceptation, prend corps (rétractation, décès du pollicitant). Pour éviter que l'absence de concordance temporelle des volontés n'interdise la formation du contrat, la solution est d'obliger civilement au maintien de l'offre. Selon la dogmatique civiliste, deux théories le permettent : la première (chronologiquement), inspirée par Pothier, est celle de la promesse unilatérale de contrat ; la seconde, proposée par la doctrine du début du XXe siècle, est celle de l'engagement unilatéral de volonté. Aucune ne semble avoir totalement convaincu la jurisprudence.

La théorie des promesses unilatérales de contrat. Pour comprendre la suite, rappelons que dans le système du Code de 1804 la pollicitation n'oblige à rien[12]. Pour pallier cette faiblesse et assurer la sécurité des affaires

[11] Voir : Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs. Première partie. Doctrine du droit*, préface de M. Villey, introduction et traduction de A. Philonenko, 5e éd., Paris, Vrin, 1993, p. 150 et suiv., § 19.

[12] Civ. 3e, 3 févr. 1919, D.P. 1923.1.126.

pendant la période de formation du contrat, notamment en matière de vente immobilière, la doctrine suggéra très tôt d'utiliser la promesse unilatérale de contrat[13]. Il s'agit d'une convention dont la finalité est, précisément, de contractualiser une offre de contracter[14]. Une obligation civile de maintenir l'offre pendant la durée du délai d'option naît ainsi de l'accord des volontés (art. 1101 et 1134 C. civ.). Quant à la question du décès du promettant, elle est facilement réglée : l'obligation née de la promesse incombe à ses héritiers.

Toutefois, en dépit des apparences, le problème posé par la rétractation de la proposition de contracter n'est pas réellement résolu. Il change simplement de nature. Au lieu d'apparaître comme la manifestation de la liberté contractuelle du pollicitant, qui s'exerce dans les limites de la responsabilité extracontractuelle (art. 1382 C. civ.), la rétractation s'analyse comme l'inexécution d'une obligation contractuelle par le promettant. Lorsqu'il en souffre, le bénéficiaire, créancier d'une telle obligation, peut utiliser les moyens prévus par le droit commun, comme l'exécution forcée et ainsi avoir l'espoir que le juge constate la formation du contrat. Mais une telle construction juridique ne garantit pas totalement cette issue. Tout dépend de l'appréciation du juge. S'agissant de l'obligation qui naît de la promesse de vente, une obligation de faire, plutôt que de donner[15], l'article 1142 du Code civil lui permet en effet de refuser l'exécution en nature. Or, maîtresse de l'interprétation de cet article, la Cour de cassation décide depuis 1993 qu'il n'est pas possible d'obliger le promettant au maintien de la proposition qu'il retire avant la levée de l'option[16] ; il ne peut être condamné qu'à des dommages et intérêts (art. 1146 et suiv. C. civ. fr.). Une telle solution vaut lorsque le délai d'option est à durée déterminée ou indéterminée[17]. La seule exception tient à la stipulation d'une clause qui écarte clairement l'interprétation jurisprudentielle de

[13] Robert-Joseph Pothier, *Traité du contrat de vente*, t. 2, Paris, Debure l'aîné, 1781, n° 476.

[14] C'est « une convention relative à une offre » pour le *Nouveau répertoire de droit* (Dalloz, 1947, Vis « Contrats et conventions », n° 57) ou « un accord de volonté relatif à une offre » (Georges Ripert et Jean Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, 2e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1947, n° 344). Dans le même sens voir : Didier Luelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 449.

[15] Req. 26 nov. 1935, D.P. 1936.I.37, rapport E. Pilon.

[16] Civ. 3e, 15 déc. 1993, *RTD civ.* 1994.588, obs. J. Mestre, J.C.P. G. 1995.II.22366, note D. Mazeaud.

[17] Civ. 3e, 25 mars 2009, *Defrénois*. 2009.1270, obs. R. Libchaber, R.D.C. 2009/3.1089, nos obs.

l'article 1142 C. civ.[18]. Hors ce dernier cas, seule la levée de l'option, qui engendre la formation du contrat, empêche le retrait du promettant de produire effet[19] : la vente est alors formée.

En dépit des efforts de la doctrine, la jurisprudence refuse ainsi de donner plein effet à la théorie des promesses unilatérales de contracter. Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la liberté contractuelle du promettant qu'exprime son retrait prime l'exécution forée de la promesse. Plus précisément, au visa de l'article 1142 du Code civil, le juge ne dispose pas du pouvoir de forcer l'exécution *in specie* d'une prestation qui consiste à donner son consentement à un contrat. Résultat : jusqu'à la levée de l'option par le bénéficiaire, le promettant est libre de contracter à de meilleures conditions avec un tiers. Une telle solution se recommande d'une interprétation très libérale des textes du Code civil[20].

La théorie de l'offre de contracter. En droit français, la théorie de la promesse unilatérale de contrat n'est pas la seule qui permette d'obliger au maintien d'une proposition de contracter. Depuis plus d'un siècle, une théorie générale de l'offre de contracter coexiste avec elle. Selon cette doctrine, la pollicitation pourrait produire par elle-même une obligation civile, une obligation de la maintenir pendant un certain délai. Corrélativement, en cas de décès de l'offrant, ses héritiers devraient en assumer la charge. Pour expliquer la naissance d'une telle obligation civile, une obligation inconnue par le système du Code, la doctrine française du début du XXe siècle trouvera dans la littérature pandectiste allemande deux arguments. D'une part, l'offre, comme déclaration de volonté, ressemble à un acte juridique unilatéral (« *rechtgeschaft* »), un « engagement unilatéral de volonté » ; elle devrait donc en suivre le régime ; et pour cela, produire un effet de droit[21]. D'autre part, mais indépendamment de la théorie générale de l'acte juridique[22], un régime de l'offre existe en droit allemand ; d'après ce régime, celle-ci oblige dans un certain nombre de cas à son maintien.

---

18 Civ. 3e, 27 mars 2008, R.D.C. 2009/1.143, obs. Ph. Brun, R.D.C. 2008/4.1239, obs. F. Collart-Dutilleul, J.C.P. G. 2008.II.10147, note G. Pillet.

19 Civ. 3e, 26 juin 1996, *Defrénois*. 1996, art. 36434, note D. Mazeaud, R.J.D.A. 1996.636, rapport D. Pronier, L.P.A. 1997.27, note B. Bévière.

20 Et, en particulier, de l'article 1142 C. civ.; sur ce point, voir, par ex. : Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 4e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1907, no 173.

21 Sur cet argument, voir : Jean Carbonnier, *Droit civil 2. Les biens*, *les obligations*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2004, no 943.

22 Claude Witz, *Droit privé allemand*, *1. Actes juridiques*, *droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992, no 117.

Par surcroît, à la fin du siècle dernier, la théorie de l'offre de contracter a trouvé un renfort de poids. Dans le droit positif français, depuis son entrée en vigueur (le 1er janvier 1988), la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises* (CVIM) donne à voir un système où l'offre oblige dans certaines hypothèses[23]. À partir de ces sources, les doctrines de l'offre de contracter se subdivisent en deux tendances : pour expliquer la naissance d'une obligation civile, l'une insiste sur la volonté de l'offrant tandis que l'autre prend appuie sur la situation objective qui naît de l'offre : sur l'espoir, la confiance ou les attentes qu'elle fait naître.

Quoi qu'il en soit, en dépit des efforts de la doctrine, des raffinements de ses analyses, la réception de la théorie de l'offre de contracter par la jurisprudence française est imparfaite. Bien sûr, dans certains cas, un acte unilatéral de volonté peut produire des effets de droit[24]. Et certains textes spéciaux imposent le maintien de l'offre[25]. Mais le principe, qui relègue l'offre parmi les faits (par opposition aux actes juridiques), demeure. Pour cela, même lorsqu'elle est émise au profit d'une personne déterminée et qu'elle semble irrévocable, on hésite toujours sur le point de savoir s'il est possible d'en sanctionner la rétractation par son maintien forcé[26]. Les arrêts qui, selon la doctrine, semblent le permettre sont peu nombreux et difficiles à interpréter. Et la jurisprudence fluctue à propos de la question des effets du décès de l'offrant[27].

---

23 CVIM, art. 16 : « … une offre ne peut être révoquée : (a) si elle indique, en fixant un délai indéterminé pour l'acceptation, ou autrement, qu'elle est irrévocable ; ou (b) s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence ». Une telle solution est à rapprocher de celle du *Projet de cadre commun de référence* : art. II-4 :202 relatif à la révocation de l'offre (voir la traduction française de ce texte donnée par Jacques Ghestin, « Traduction française des trois premiers livres du DCFR », R.D.C. 2010.1.213).

24 Il devient un acte juridique unilatéral dont la « notion générale », d'origine doctrinale, n'a guère « pénétré la pratique » selon le doyen J. Carbonnier, préc., note 21, n° 929.

25 Par exemple, en matière d'offre de crédit (C. cons., art. L. 311-8 et L. 312-10).

26 Un arrêt récent, qui ne dit rien de la sanction à appliquer au cas de rétractation, a fait couler beaucoup d'encre parce qu'il a été rendu au visa de l'article 1134 C. civ. (force obligatoire du contrat) : Civ. 3e, 7 mai 2008, *Bull. civ*. III, n° 79, D. 2008 ; *Actualités*, 1480, obs. G. Forest et *Pan*, 2969, obs. A. Amrani-Mekki ; *RTDciv.* 2008.474, obs. B. Fages ; D. 2009.440, obs. M.L. Mathieu-Izorche ; R.L.D.C. 2009.59, obs. E. Burdin.

27 La Cour de cassation a dit que la mort de l'offrant pendant le délai donné à son destinataire pour l'accepter n'entrainait pas la caducité de l'offre (Civ. 3e, 9 nov. 1983, *Bull. civ*. III, n° 222) puis elle a dit le contraire (Civ. 3e 10 mai 1989, D.1990.365, note Virassamy) avant de revenir à la première solution (Civ. 3e, 10 déc. 1997, *Bull. civ*. III, n° 223).

Au-delà d'inévitables différences, les solutions jurisprudentielles présentées convergent. Elles ont en commun le refus d'appliquer les théories doctrinales de la formation du contrat : l'offrant ou le promettant qui se rétracte avant la formation du contrat ne doit payer que des dommages et intérêts. Quelle que soit la technique sollicitée, la jurisprudence préfère protéger la liberté précontractuelle et n'octroyer à celui qui espère la formation du contrat qu'une satisfaction par équivalent. Cela explique sans doute la sévérité de la réception de la jurisprudence par la doctrine.

B. Réception de la jurisprudence par la doctrine

La doctrine française critique sévèrement la jurisprudence relative à la formation du contrat ; et cela, même dans les ouvrages élémentaires où, pourtant, elle enseigne le « droit positif ». Dans le détail, plusieurs attitudes se rencontrent.

« En réalité » la rétractation de l'offre est inefficace. Parfois, la doctrine énonce des principes qui ne correspondent pas exactement à ce que la Cour de cassation juge. Par exemple, certains auteurs affirment que, sous certaines conditions, l'offre oblige à son maintien et que sa rétractation avant l'échéance du délai donné pour l'accepter peut être sanctionnée par la formation du contrat. Tel est le cas de messieurs Flour, Aubert et Savaux[28] et, à leur suite, de messieurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck[29]. Une telle affirmation provoque l'embarras. Ainsi, messieurs Terré, Simler et Lequette enseignent que « parfaitement admissible en droit, une telle solution n'a cependant que rarement été consacrée, explicitement, par la jurisprudence »[30]. Qu'importe pour monsieur Bénabent qui, renversant la perspective, juge la jurisprudence « critiquable ». « En réalité » dit-il « il faut admettre dans tous les cas que [la] révocation est inefficace : l'acceptant peut donc exiger que l'on constate la formation du contrat »[31]. D'autres auteurs sont plus mesurés. Tout en admettant que l'offre « a un caractère

[28] Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 13e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2008, nº 140 et nº 143.

[29] Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, 3e éd., Paris, Defrénois, 2007, nº 470 *in fine*.

[30] François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Les obligations*, 9e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2005, nº 118 *in fine*.

[31] Alain Bénabent, *Les obligations*, 11e éd., coll. « Précis Domat », Paris, Montchrestien, 2007, nº 61.

obligatoire » parce qu'elle est un « engagement unilatéral de volonté », ce que la jurisprudence ne dit pas, madame Fabre-Magnan n'en tire aucune conséquence relative à la sanction de la rétractation (dommages et intérêts ou formation du contrat)[32]. Toutefois, à ce propos, pour monsieur Larroumet, la qualification « d'engagement unilatéral de volonté » devrait « logiquement permettre d'admettre » « une exécution forcée en nature, le jugement valant conclusion du contrat » ; ce que, selon lui, refuse la jurisprudence[33]. Pourtant, d'autres auteurs, comme notamment monsieur Sériaux, pensent que même sans admettre la qualification d'engagement unilatéral, à titre de réparation en nature, il est possible d'obtenir « le maintien forcé de la prestation offerte »[34].

Permettre la rétractation du promettant est une solution « calamiteuse ». L'attitude de la doctrine est plus critique encore à l'encontre de la jurisprudence relative à la rétractation du promettant avant la levée de l'option en matière de promesse unilatérale de vente. Parce qu'elle n'impose pas l'exécution forcée de la promesse de vente en ce cas, la Cour de cassation s'attire les foudres de nombreux auteurs, même dans les ouvrages à destination des étudiants. On a d'ailleurs coutume de relever que la « quasi-unanimité de la doctrine » s'oppose à la jurisprudence de la Cour de cassation[35].

La critique ressemble souvent à de l'indifférence. Ainsi, au précis de droit des obligations, messieurs Terré, Simler et Lequette enseignent, sans autre précision dans le corps du texte, que « la situation du bénéficiaire de la promesse est plus solide que celle du destinataire de l'offre : alors que l'offre est en principe révocable, la promesse crée une véritable obligation à la charge du promettant qui est d'ores et déjà engagé »[36]. Ce n'est que par un appel de note à la fin de la phrase qu'ils précisent que « cette analyse classique a été remise en cause par un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 15 septembre 1993 »[37]. Dans leurs Cours de droit civil, messieurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, quant à eux, ne signalent cet arrêt qu'à la fin de leur exposé sur « la promesse unilatérale

32 Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrats et engagement unilatéral*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 2008, n° 108.

33 Christian Larroumet, *Droit civil. Tome III. Les obligations, le contrat. 1ère partie, Conditions de formation*, 6e éd., Paris, Economica, 2007, n° 99 et n° 239.

34 Alain Sériaux, *Droit des obligations*, 2e éd., Paris, PUF, 1998, p. 40 et suiv.

35 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, préc., note 30, n° 192 et note 3.

36 *Id.*

37 *Id.*

de contrat». Ils affirment que «la Cour de cassation a mis en cause l'analyse traditionnelle de la promesse unilatérale»[38].

À l'indifférence s'ajoutent parfois d'autres arguments. Pour les derniers auteurs cités, sans autre précision, «cette jurisprudence» (celle du 15 septembre 1993) est «calamiteuse»[39]. Plus précisément, pour messieurs Terré, Lequette et Simler, la solution de cet arrêt reposerait sur «une analyse juridique discutable» et conduirait à «des résultats peu satisfaisants»[40]. Et en effet, selon Messieurs Collart-Dutilleul et Delebecque, elle serait tout à fois contraire à l'article 1134 C. civ., à l'interprétation généralement admise de l'article 1142 C. civ. et elle mettrait en cause la sécurité juridique[41]. Dans certains ouvrages, la critique s'élève et, embrassant toute la période précontractuelle, dénonce «l'incohérence»[42] ou les «paradoxes»[43] de la jurisprudence qui prête autant d'effet à la promesse de contrat qu'à l'offre.

C. Relecture de la jurisprudence relative à la formation du contrat

L'hypothèse d'une contre théorie de la formation du contrat. L'existence de solutions convergentes contraires aux théories généralement utilisées pour synthétiser la période précontractuelle pourrait inviter à poser le problème autrement. La doctrine pourrait esquisser une théorie totalement différente – ce qu'on pourrait nommer une *contre-théorie*. Une théorie respectueuse de la jurisprudence dont l'originalité résiderait dans l'intérêt qu'elle protège; un intérêt qui serait, précisément, celui que les théories traditionnelles négligent: la défense de la liberté précontractuelle. Il ne s'agirait donc pas de forger des concepts propres à faciliter la formation du contrat. Il serait plutôt question d'induire des arrêts de la Cour de cassation des principes évitant cette issue sans, évidemment, totalement léser celui qui espère la formation du contrat.

38 Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, préc., note 29, nº 443.

39 *Id.*, nº 443 *in fine* (et en petits caractères).

40 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, préc., note 30, nº 192 et note 3.

41 François Collart-Dutilleul et Philippe Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 8e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2007, nº 76.

42 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, préc., note 30, nº 192 et note 3.

43 J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, préc., note 28, nº 140.

Esquisse d'un principe. L'un de ces principes pourrait découler de la clause générale de responsabilité[44]. Quelle que soit la qualification choisie (offre ou promesse de contrat), la jurisprudence semble en effet toujours raisonner de la même façon ; le principe général de responsabilité structure toutes les solutions rendues : qu'il existe une promesse unilatérale de contrat ou une simple offre de contracter, la volonté de ne plus aliéner sa liberté que manifeste la rétractation peut (à certaines conditions) s'analyser en une faute (contractuelle ici, délictuelle là). Et surtout, lorsque cette faute cause un préjudice au destinataire de la proposition de contracter, elle ne peut donner lieu qu'à l'allocation de dommages et intérêts, sauf exception.

Une telle analyse s'enracinerait dans le système du Code civil. Dominé par le respect de la liberté de chacun, la clause générale de responsabilité (art. 1382 C. civ.) y est l'unique instrument permettant de régler la phase précontractuelle. L'infirmité de l'offre tient à ce que le Code l'ignore ; bien plus, à ce qu'il interdit presque d'en concevoir le principe : dans son système, seuls les contrats, les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits obligent (art. 1370 C. civ.). Résultat : la rétractation abusive d'une offre est avant tout un délit civil. Un fait illicite naturellement sanctionné par l'attribution de dommages et intérêts qui, en règle générale, ne couvrent pas l'intérêt d'exécution du contrat qui n'a pas été formé. Telle était déjà en substance la doctrine de Pothier[45] ; une doctrine difficile à dépasser puisque le Code civil l'a fait sienne ; à moins, bien sûr, que la loi civile ne change[46] ou, si l'on accepte d'être moins légaliste, qu'un grand arrêt n'en conteste clairement le principe. Ce qui n'a jamais été le cas.

Toutefois, le système du Code civil n'explique pas tout. Il n'est qu'un point de départ. Depuis 1804, la jurisprudence a en effet largement étendu la protection de la liberté de ne pas contracter. Elle l'a fait, comme nous l'avons dit, au détriment des effets des promesses de contrat. Ce qui est

---

44 Voir : René Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, *Les sources des obligations (suite)*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, nº 539 *in fine*, p. 131 et 132.

45 R.-J. Pothier, préc., note 13, nº 32.

46 À ce propos, l'avant-projet de réforme du droit des contrats proposé par la Chancellerie en 2008 (sur cet avant-projet, voir notre article : S. Pimont, « La Lettre de France. À propos du processus de réforme du droit français des contrats », (2009) 43 *R.J.T.* 439) consacre une solution conforme à la position de la jurisprudence : la sanction de la rétractation de l'offre est délictuelle et le montant des dommages et intérêts ne correspond pas à l'intérêt d'exécution du contrat (art. 26 avant-projet).

paradoxal. La contamination du régime de la promesse par celui de l'offre n'était guère prévisible. À dire vrai, on espérait plutôt que la dernière puisse, comme la première, obliger à son maintien. Toutefois, la montée en puissance du principe général de responsabilité en droit du contrat[47] pourrait expliquer que cela ne fût pas le cas. Une fois son utilisation admise en une matière qui lui est étrangère, l'analogie s'impose naturellement aux interprètes du Code civil ; or, elle a son génie propre, une force qui conduit à présenter puis à penser la rupture d'une relation contractuelle précontractuelle comme la réalisation d'un délit civil *in contrahendo*. Ainsi, l'inexécution de la promesse de contrat devient une faute en contractant parmi d'autres.

Esquisse de la portée du principe. Une telle *contre-théorie*, à condition d'en admettre l'existence, serait originale par sa portée. Elle n'aurait pas pour effet de conditionner la formation du contrat au principe de « justice » ou « d'utilité »[48] ou d'imposer des obligations au nom du « solidarisme »[49]. Plus radicalement, elle ferait obstacle à la formation du contrat au nom de la liberté individuelle. Elle serait donc, si l'on veut, anti-normative : elle s'opposerait à la naissance d'obligations juridiques. L'autre originalité d'une telle *contre-théorie* tiendrait à sa nature civile – ou civiliste. Il ne serait donc pas question pour en minorer la portée de la reléguer aux marges du droit privé en la présentant comme la systématisation d'un droit spécial ou subalterne, tel que le droit de la consommation.

Notons enfin que la force d'une telle interprétation tiendrait à sa positivité. Mieux que les théories de l'offre ou de la promesse de contracter, une telle construction doctrinale reflèterait le droit positif. À lui seul, un tel argument devrait convaincre la doctrine de changer de position. Et pourtant, selon nous, plusieurs raisons empêchent de concevoir – de formuler – une telle théorie. Du fait de leur structure, les constructions juri-

---

47 Sur cette question, voir : Philippe Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures* 1996.1.31.

48 Jacques Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *Archives de philosophie du droit* 1981.26.35.

49 Christophe Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 44; Denis Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 617 ; voir également : Yves Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », dans *Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Economica, 2008.

diques relatives à la formation du contrat supportent implicitement certaines limites.

II. Les limites des théories relatives à la formation du contrat

Les principes structurant le discours doctrinal. Le sort réservé aux arrêts susceptibles de mettre en cause les théories de la formation du contrat est troublant. Lorsque leur existence n'est pas passée sous silence, leur portée est souvent minorée, leur solution presque toujours critiquée. Tout ce passe comme s'il était difficile (en matière d'offre) ou presque impossible (s'agissant de promesse de contrat) pour la doctrine civiliste de contester par le truchement d'une théorie générale le processus qui conduit à la formation du contrat. Un tel constat appelle un raisonnement autrement situé : une analyse de l'activité de cette « doctrine ». C'est-à-dire une enquête portant sur la méthode appliquée par le plus grand nombre des juristes lorsqu'ils étudient les « phénomènes positifs ». Notre hypothèse est que lorsque la doctrine civiliste française exerce son activité principale (la dogmatique), elle applique certains principes (explicites ou pas) qui structurent et, corrélativement, limitent son discours[50]. Faire une large place aux arrêts dont la solution n'est pas conforme aux théories de la formation du contrat pourrait heurter certains de ces principes : le besoin de sécurité juridique (A), le respect de la règle morale (B) et la croyance en la vérité du droit (C)[51].

[50] À rapprocher de la supposition émise par Michel Foucault lors de la Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970 : « Je suppose que dans toute société la production du discours est à la fois contrôlée, sélectionnée, organisée et redistribuée par un certain nombre de procédure qui ont pour rôle d'en conjurer les pouvoirs et les dangers, d'en maîtriser l'événement aléatoire, d'en esquiver la lourde, la redoutable matérialité » : Michel Foucault, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971, p. 11 et suiv. Il existerait donc un ordre du discours doctrinal.

[51] Ces principes sont à rapprocher de ceux qui permettent, selon monsieur S.A. Smith, de reconnaître une théorie du contrat (dans la common law). Voir: Stephen A. Smith, *Contract Theory*, coll. « Clarendon Law Series », New York, Oxford University Press, 2004, p. 3 et suiv.

A. Besoin de sécurité juridique

La fonction de formalisation. Les arrêts dont les solutions ne sont pas conformes aux théories de la formation du contrat rompent avec l'exigence ou le « besoin de sécurité »[52]. En effet, ériger la défense de la liberté en principe et, en son nom, empêcher la formation d'un contrat, introduirait, à l'heure de la négociation d'un accord, une grande dose d'incertitude. Pour un peu, il deviendrait même téméraire de se fier à la parole de celui qui promet[53]. À moins, bien sûr, d'être un habile technicien et de concevoir, au moins dans les promesses unilatérales de contrat, des clauses ingénieuses qui imposeront l'exécution *in specie*[54]. Sous cette réserve, il nous semble difficile d'induire de ces arrêts une sorte de *contre-théorie de la formation du contrat* – une théorie qui organiserait une défense farouche de la liberté précontractuelle contre son aliénation. La seule théorie de la liberté qui puisse exister est celle qui, au contraire, formalise son aliénation et en fait la cause d'une norme. Autant dire que la défense de la sécurité juridique est inscrite dans les gènes civilistes[55]. Plus précisément, elle est consubstantielle à l'activité de production de théories générales. Précisons. Les théories du contrat *formalisent* le droit du contrat. Dans le système civiliste contemporain, la fonction doctrinale de formalisation du droit est essentielle. Elle entretient la croyance en (et témoigne du désir de) l'existence d'un ordre juridique : d'une cohésion logique du droit positif[56] (d'un droit qui prendrait figure d'un manuel d'enseignement élémentaire à la façon des *Institutes* de Gaius ou de Justinien). Cette fonction est importante parce que ceux qui incarnent les sources positives du droit (les législa-

52 Voir : René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Rousseau (réimpression par les Éditions La Mémoire du droit), 1911, p. 63 et suiv.

53 Voir : R. Demogue, *id.*, p. 68 : « les obligations contractuelles, d'après la théorie la plus probable, se forment à partir du moment où une des parties a pu compter sur l'adhésion de l'autre à ses proposition. Il ne faut pas que l'espérance qu'elle a conçue soit trompée ».

54 Civ. 3e, 27 mars 2008, R.D.C. 2009.143, obs. Ph. Brun.

55 Voir, par ex. : Edmond Thaller, « De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial », dans *Le Code civil 1804-1904*, *Livre du centenaire*, réédition et présentation de Jean-Louis Halpérin, Paris, Dalloz, 2004, p. 225 et suiv. ; voir également, à propos de Gény : Philippe Jestaz et Christophe Jamin, préc., note 9, p. 140.

56 Voir : Max Weber, *Sociologie du droit*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2007, p. 216 et suiv.

teurs) ont, depuis longtemps, laissé choir tout réel projet de codification[57] – la « décodification » est en marche[58]. En somme, la formalisation scientifique pallie l'irrationalité législative, elle entretient le mythe d'un droit codifié. Depuis des générations, les auteurs métamorphosent une collection désordonnée de phénomènes positifs en un « système de notions et de propositions juridiques », c'est-à-dire, en employant l'expression de Weber, en « droit rationnel formel »[59]. Par là, grâce aux efforts des civilistes d'aujourd'hui, qui se pensent parfois positivistes, le rêve des pères du droit naturel moderne se perpétue (le rôle de la logique voire de la morale dans le droit demeure prépondérant). On peut, sans doute, critiquer une telle activité : elle entretient une confusion entre le droit (phénomène désordonné) et le discours sur le droit (un système idéalisé). Mais l'activité de formalisation de la doctrine assure la réalisation d'un objectif fondamental dans une société de libre marché : la sécurité juridique. Ajoutons que, s'agissant de la figure du contrat, éminemment symbolique, toute critique ne peut qu'être émise prudemment. Lorsqu'on est un juriste élevé à l'ombre du monument napoléonien, on éprouve logiquement quelque

57 La codification dite « à droit constant », qui n'est pas un projet politique et scientifique de codification au sens de celui de 1804, n'y change absolument rien, bien au contraire. C'est une « tromperie ». Voir : François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2009, nº 342. Il s'agit souvent d'une « codification par expédient » qui suscite une « critique radicale ». Voir : Gérard Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, 11e éd., coll. « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 2003, nº 223.

58 Voir : Philippe Rémy, « Le processus de dé-codification », dans Jean-Philippe Dunand et Bénédict Winiger (dir.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 197.

59 Voir : Jacques Grosclaude, « Introduction », dans Max Weber, *Sociologie du droit*, préc., note 53, p. 21. Rapprocher de l'expression du doyen Carbonnier qui écrit que « les facultés de droit justifient ainsi leur existence en faisant d'un magma confus une source claire » : « Préface », dans *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin (Mélanges dédiés à Michel Jeantin)*, Paris, Dalloz, 1999, p. XX. Rapprocher aussi de ce que dit Pierre Bourdieu parlant d'un « long travail de systématisation cumulatif », « d'un long travail de production de cohérence, de "rationalité", qui s'accomplit dans un univers particulier », « un champ, c'est-à-dire un univers dans lequel on joue à un certain jeu selon certaines règles dans lequel on entre que si l'on a payé un certain droit d'entrée, comme le fait d'avoir une compétence spécifique, une culture juridique indispensable pour jouer le jeu, et une disposition à l'égard du jeu, un intérêt pour le jeu … » : « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociales*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1991, p. 96.

embarras à défendre une doctrine de la liberté contre un principe fondateur de l'ordre civil[60].

En dépit de tous ces arguments, l'importance que la doctrine civiliste accorde au principe de sécurité juridique pourrait être relativisée[61]. Le droit n'a pas à sacrifier tous les intérêts, comme celui de la liberté individuelle, dont il est pourtant aussi obligé de se préoccuper, à la satisfaction du besoin de sécurité[62]. Au cas par cas, le juge doit aussi satisfaire le besoin de justice ; un besoin ou un principe qui, précisément, suppose parfois de ne pas appliquer mécaniquement les théories générales. C'est probablement ce qui explique que certains auteurs admettent, à propos de la question du maintien de l'offre, que celle-ci n'est pas un « engagement unilatéral de volonté » et que l'allocation de dommages et intérêts est une sanction suffisante. Mais alors, s'agissant d'une construction juridique relative à la formation du contrat, une autre question s'élève. Peut-on concevoir de remettre en cause une théorie qui justifie la création d'une norme ? N'est-ce pas aller à l'encontre d'une sorte de *fonction normative* de la doctrine ?

B. Respect de la règle morale

La règle morale dans l'obligation civile. Il est peut-être plus difficile qu'il paraît d'ériger en corps de doctrine, en théorie générale, la transgression d'une norme. Cela d'autant plus que, dans l'esprit de certains, ce qui est en jeu est autre chose que la seule violation d'une obligation civile. Un auteur peut ainsi écrire qu'« en droit, en droit français en tout cas, le contrat est conçu comme un échange de consentements auxquels chacun doit être fidèle au nom du respect de la parole donnée »[63]. C'est avouer l'importance de la règle morale. « Le respect de la parole donnée » est la norme morale qui habite le droit du contrat et, bien sûr, celle qui gouverne la formation du contrat. À ce propos, on se souvient des enseignements de Georges Ripert : « Le droit dans sa partie la plus technique (le droit des

60 Voir : Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Paris, D.M.M., 2003, p. 447 et suiv.

61 Voir, toutefois : Thomas Piazzon, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009.

62 R. Demogue, préc., note 52, p. 236.

63 Yves-Marie Laithier, « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs », dans Christophe Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 148.

obligations) est dominé par la loi morale »[64]. Cet auteur suggérait ainsi que dans l'interprétation du droit des contrats, le rôle de la morale, plus exactement de la « règle morale », devait être prépondérant. Plus précisément, il enseignait que dans le silence ou dans le désordre de la loi positive, sous couvert d'interpréter celle-ci, la doctrine devait formaliser la règle morale, fondement de l'ordre social[65]. La règle morale façonne ainsi le droit : elle s'en empare, lui donnant sens. D'où une confusion : les théories nourries au lait de la « règle morale » apparaissent comme de pures constructions techniques ; ce qu'elles ne sont pas. Il faut dire que la règle morale a aussi une « fonction normative »[66]. Et qu'il est tentant de l'employer pour pallier l'absence de règle civile. Tel est précisément le cas pour la matière qui nous préoccupe. La période précontractuelle n'est pas réglée par le Code civil. Le secours de la règle morale est crucial. Le « respect de la parole donnée » offre à l'obligation de tenir sa promesse une force hors le droit ; elle y puise une vigueur que ne lui confère pas la seule *jurisprudence des concepts* (la théorie de l'offre ou celle de la promesse de contrat). Ajoutons que, ce qui est revenir à la question précédente, celle de la formalisation du droit, l'emploi de la morale dans l'interprétation des normes juridiques leur confère un ordre indéniable. Par contagion, l'unité profonde de discours, de principes, de pratiques et de but de la morale[67] structure le droit. On comprend alors pourquoi la doctrine n'insiste pas trop, si ce n'est pour les critiquer, sur les arrêts qui protègent la liberté de ne pas contracter. Ils heurtent non seulement une ou plusieurs constructions doctrinales justifiant l'existence d'une obligation civile (théorie des promesses de contrat, théorie de l'acte juridique unilatéral), mais aussi, et surtout, la règle morale.

La morale n'est toutefois pas la seule norme que la règle de droit a vocation à sanctionner. L'analyse économique du droit démontre d'ailleurs

---

64 Voir : Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 1.

65 G. Ripert, *id.*, p. 29 : « un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit les textes de loi ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances ». Rapprocher, à propos de Gény : P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, préc., note 9, p. 166.

66 G. Ripert, préc., note 61, p. 6.

67 Sur « l'idée d'une morale comme unité », voir : Philippe Choulet, « Note de l'éditeur », dans Friedrich Nietzsche, *Généalogie de la morale*, Le Monde, Paris, Flammarion, 2010, p. 13.

le contraire. On peut par exemple interpréter la jurisprudence de la Cour de cassation française relative au retrait du promettant avant la levée de l'option en utilisant la théorie de la violation efficace du contrat[68]. La solution jurisprudentielle, en dépit de son amoralisme, s'expliquerait par son utilité économique. Mais, probablement parce qu'on accorde à la règle morale beaucoup d'importance, on donne peu de crédit aux « *law and economics* » en France. Un tel rejet révèle surtout une crainte. Héritière du mouvement réaliste américain[69], l'analyse économique du droit invite à repenser l'idée même de vérité du droit.

C. Croyance en la vérité du droit

Théorie(s), contre théorie et vérité du droit. Au-delà du respect de la sécurité juridique ou de la règle morale, la difficulté à formuler une contre-théorie du contrat ou, plus modestement, à faire une place aux arrêts incompatibles avec les théories de l'offre ou de la promesse trouve d'autres raisons, plus générales. Depuis que l'école dogmatique l'a emporté en droit privé français, à la première moitié du XXe siècle, les théories générales (comme celle de l'offre ou de la promesse de contrat) ont la prétention de donner à voir la *vérité du droit*; elles sont « positives »; elles synthétisent, à l'aide d'une méthode pensée comme étant objective ou « scientifique », le droit positif, le plus souvent la jurisprudence, auquel elles empruntent sa juridicité[70]. Pour cela, elles sont utiles aux juristes: elles fondent (comme majeure du syllogisme) un raisonnement déductif permettant de résoudre juridiquement la plupart des litiges; elles sont ainsi à l'origine de la solution vraie, celle que dicte le système juridique. Or, la vérité, fut-elle celle du droit, n'est guère susceptible de nuances: elle est ou elle n'est pas. Dans ces conditions, comment concevoir une théorie s'inscrivant contre les théories – contre la vérité?

Pour ainsi dire, avant de formuler une contre théorie de la formation du contrat, il faudrait « mettre la question de la vérité du droit entre paren-

68 Daniel Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004.1.

69 Samuel Ferey, *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, coll. « Droit et économie », Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 170 et suiv.

70 Les théories générales ont la prétention de donner à voir la vérité parce qu'elles sont construites EN RAISON à partir de FAITS OBJECTIFS. Mais en elles-mêmes, elles ne sont jamais qu'un discours.

thèses »[71]. Plus précisément, il faudrait repenser – relativiser – l'autorité des théories générales. En effet, comme nous l'avons dit, ce sont elles qui structurent les phénomènes juridiques positifs, qui les systématisent[72]. L'autorité qu'on leur prête s'explique parce que ces doctrines se prétendent descriptives. Or à ce point, le constat de l'existence de phénomènes positifs incompatibles avec les théories de la formation du contrat est primordial et, en même temps, très inquiétant. Il fait douter de la vérité des modèles construits par la doctrine à partir de la jurisprudence et de la loi. Ces modèles ne peuvent être « vrais » ou « positifs » en ce que, précisément, ils ne rendent pas compte de tous les phénomènes qu'ils prétendent systématiser[73].

Il n'est ainsi possible de mettre en doute la vérité des discours sur le droit (des théories générales). Corrélativement, il est souhaitable de décentrer la structure du discours sur le droit. Ce qui peut consister à affirmer que la vérité du droit, sa positivité si l'on veut, importe moins que l'une de ses fonctions : aider à rendre la justice. D'où une conséquence méthodologique : dans le discours des juristes, la dialectique, inaccessible quête de vérité, doit laisser place à la rhétorique, modeste recherche de la vraisemblance. Et les théories générales doivent se présenter comme que de simples arguments, aptes à convaincre un juge ; des formulations simplifiées d'une réalité autrement plus complexe, utile pour l'apprentissage des juristes[74], jamais comme une vérité. À ce point, sans doute faut-il préférer, en utilisant une expression de Demogue, « l'anarchie doctrinale au culte du précédent »[75].

*
* *

Pour une critique radicale de la méthode civiliste. Les silences ou les limites du discours de la doctrine civiliste, de la doctrine comme genre

71 L'expression est du professeur Duncan Kennedy, *Sexy Dressing, violences sexuelles et érotisation de la domination*, coll. « Champs Essais », Paris, Flammarion, 2008, p. 46.

72 Voir : R. Demogue, préc., note 52, p. 227.

73 Ce qui peut laisser penser, comme nous l'avons déjà écrit ailleurs, en paraphrasant Friedrich A. Hayek (*Droit, législation et liberté*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2007, p. 75), que les constructions juridiques doivent leur clarté au mépris de leurs auteurs pour des faits qu'ils ne connaissent pas.

74 Sébastien Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemples en droit du contrat », *RTD Civ*. 2009.3.417

75 Voir : R. Demogue, préc., note 52, p. 227.

littéraire[76], pourraient donc s'expliquer par l'existence de certains principes auxquels chaque auteur adhère implicitement[77] (sécurité juridique, règle morale, vérité du droit). Si une telle hypothèse s'avérait juste, ce qui mériterait d'être vérifié plus avant, il faudrait sans doute encourager une critique radicale de la méthode civiliste. En effet, chacun des principes que nous avons présentés est, en lui-même, contestable (au nom d'autres principes). Par surcroît, tous ces principes et les valeurs qu'ils sous-tendent méritent d'être dévoilés pour des raisons qui tiennent à une sorte d'éthique dans l'écriture du droit ; une éthique dans l'écriture du droit qui d'ailleurs s'opposerait assez frontalement à l'application exclusive de la règle morale dans l'obligation civile comme méthode d'interprétation. Enfin, un tel exercice permettrait de dévoiler, derrière les théories générales, le droit de la formation du contrat tel qu'il est. Un droit plus complexe qu'on ne le présente généralement. Un *corpus* problématique plutôt qu'une collection de règles réductibles en un système. Un droit qui, remettant en cause le dogme de la sécurité des transactions et celui du respect de la règle morale, protège la possibilité pour celui qui promet ou offre de contracter, d'allouer ses ressources aux meilleures conditions le plus longtemps possible. Les génies – bons ou mauvais – du marché peuvent s'en accommoder. Un droit dont l'étude suggère que, à partir de la période précontractuelle, s'organise, au nom de la liberté, l'affaiblissement des liens obligatoires. Contre les théories civilistes de la formation du contrat, qui sont des pensées de l'aliénation de la liberté, la jurisprudence de la Cour de cassation instillerait ainsi un désordre parfois salvateur.

---

76 À propos des « genres littéraires » pratiqués par les docteurs en droit, voir : Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, coll. « Champs essais », Paris, Flammarion, 1995, p. 72.

77 Du fait de la formation des juristes qui est essentiellement dogmatique et qui, en France, dans un environnement intellectuel « pré-réaliste », entretient la croyance en la vérité du droit. Sur cette question et, plus largement, sur la question de l'enseignement du droit, voir : *Jurisprudence Revue Critique* 2010, p. 87 et suiv. et p. 331 et 332. Pour expliquer l'adhésion implicite des juristes à une telle façon d'écrire le droit, à « la règle du jeu doctrinal », on pourrait aussi appliquer à « la doctrine » la notion de « champ » développée par Pierre Bourdieu. Rapprocher de : Philippe Jestaz, « Genèse et structure du champ doctrinal », D. 2005.1.19. Ajouter : Pierre Bourdieu, « Quelques propriétés des champs », dans *Questions de sociologie*, Paris, Éditions de minuit, 1984, p. 113 et suiv.