

## L'INTROUVABLE CONTRAT COMPLET

Par

Emmanuel Putman  
Centre Pierre Kayser,

Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III

1. Comment l'ordre juridique peut-il accorder une complète force obligatoire à un contrat dont le contenu obligationnel (cf. P. Ancel, "Force obligatoire et contenu obligationnel", *RTDciv.* 1999, 1 et s.) présente des lacunes, s'avère imparfait ou pour mieux dire incomplet, en ce sens qu'il n'envisage pas toutes les solutions permettant de faire face à toutes les éventualités d'accidents de parcours susceptibles de priver les contractants du résultat désiré ? C'est énoncer sous la forme d'un paradoxe la question de ce que les économistes appellent le "contrat parfait" ou plus exactement le "contrat complet" (complete contract), tout en posant comme hypothèse l'inévitable imperfection, ou pour le dire plus précisément, l'inévitable incomplétude du contrat (E. Mackaay et S. Rousseau, "Analyse économique du droit", 2<sup>e</sup> éd. Dalloz 2008, n° 1347 et s., p. 376 et s., spéc. n° 1348, p. 377 et les références citées).

### I. Le contrat complet comme vue de l'esprit

2. En effet, le contrat complet n'existe pas en réalité : c'est "une vue de l'esprit" (Mackaay et Rousseau, *op. cit.* n° 1349 p. 377). Non seulement le contrat ne saurait détailler de manière absolument complète tous les accidents de parcours imprévisibles (hardship ou force majeure) qui pourraient l'affecter, mais les contractants font le choix de l'incomplétude rationnelle ("rational incompleteness" : Mackaay et Rousseau, n° 1351, p. 378 et les références citées), c'est-à-dire préfèrent ne pas essayer d'intégrer dans le contenu du contrat toutes les éventualités prévisibles, parce que les coûts d'un tel effort n'en valent pas la peine et que cet effort pourrait même conduire à des résultats contre-productifs. Le succès des pourparlers pourrait être compromis si l'on s'inquiétait à l'avance d'accidents de parcours très improbables (coûts de formulation). Certaines stipulations contractuelles pourraient s'avérer défectueuses si l'on prétendait à toute force préconstituer des remèdes "ad hoc" pour des accidents de parcours qui n'arriveront peut-être pas tels qu'on les avait imaginés (coûts d'inadaptation : cf. Mackaay et Rousseau, n° 1350, p. 377)."

Bref, "la spécification complète du contrat ne vaut jamais son coût en regard des ennuis ainsi évités" (Mackaay et Rousseau, n° 1351, p. 377).

3. Cela n'empêche pas le contrat de tendre vers la complétude mais il peut la viser de plusieurs manières selon l'idée que les rédacteurs se font d'un contrat complet. La complétude pourra être recherchée "en extension", c'est-à-dire en envisageant minutieusement des séries de situations avec les effets de droit que les parties entendent y attacher (liste des circonstances de hardship ou de force majeure),

ou "en compréhension" c'est-à-dire en visant un ensemble de situations et d'effets de droit au moyen d'une formule générale, ou encore selon une méthode combinatoire associant clause générale (au sens du présent contrat, la force majeure est entendue comme...) et clause énumérative. La diversité des techniques contractuelles dérive de la diversité des cultures juridiques, tournées, les unes plutôt vers une technique casuistique, les autres plutôt vers une technique systématique (v. J.-M. Mousseron et alii, "Technique contractuelle", F. Lefebvre, 2<sup>e</sup> éd., n° 368). Dans tous les cas la complétude recherchée est liée à la représentation qu'on se fait d'un contrat complet hypothétique.

## II. Le contrat complet comme méthode

4. Si l'on passe de la construction du contrat par les parties à l'interprétation du contrat et à l'appréciation des conduites des cocontractants par le juge à l'occasion d'un litige, on constate que nombreux sont aujourd'hui les économistes qui incitent le juge à rendre sa décision, non pas tellement selon un principe de réalité, en évaluant les comportements des parties lors des accidents de parcours par référence au contenu de leur contrat tel qu'il est, mais bien, plutôt, en contemplation d'une économie hypothétique du contrat. Les juges sont invités à mesurer le contrat plus ou moins incomplet, à l'aune de l'équilibre contractuel auquel les parties seraient parvenues si elles avaient explicité toutes leurs attentes dans les termes les plus détaillés.

5. Cette analyse paraît reposer à la fois sur une présomption et sur un postulat. Les parties sont présumées avoir construit leur contrat selon une certaine idée qu'elles se faisaient du contrat complet et il est postulé que la seule mission légitime du juge consiste à se prononcer sur la foi, non pas d'une conception préalable du contrat complet, suspectée d'être plus ou moins arbitraire, mais d'une reconstitution, aussi fidèle ou du moins aussi plausible que possible, des moyens par lesquels les parties entendaient parvenir aux avantages qu'elles espéraient tirer du contrat. Le juge devrait s'efforcer d'approcher au plus près d'une formulation des attentes des parties que celles-ci ne désavoueraient pas.

## III. Le contrat complet comme économie

6. Il est improbable que les économistes adeptes de cette méthode du contrat complet hypothétique reconnaissent qu'elle est commandée par un postulat. Au contraire, ils expliquent que les accidents de parcours du contrat représentent un coût global qu'il faut essayer de minimiser. L'approximation, aussi fine que possible, des gains escomptés par les parties, s'imposerait alors comme la meilleure méthode de minimisation du coût des accidents de parcours (Mackaay et Rousseau, n° 1349-1350, p. 377, citant D. Wittman, "Economic foundations of law and organization", Cambridge University Press 2006, spéc. p. 194 et s.).

7. La raison donnée pour considérer cette méthode comme la meilleure, est le caractère essentiellement subjectif des valeurs que veulent se procurer les parties au contrat. En d'autres termes, il serait excessivement difficile, voire illusoire, d'apprécier tel contrat particulier au regard des qualités objectives que l'on attendrait d'un contrat parfait. Par exemple, la lésion ne saurait être fonction d'un juste prix censé traduire objectivement la valeur retirée du contrat, puisque les paramètres de l'accord résultent de valorisations subjectives. En tout cas, la lésion "ne pourrait,

sans contresens, être fondée sur un écart objectif de valeurs. Le concept est une vue de l'esprit" (Mackaay et Rousseau, n° 393-394, p. 110, critiquant l'art. 1406 C. civ. Du Québec ; rapp. Mackaay et Rousseau, n° 1295, p. 362-363, insistant sur le caractère essentiellement subjectif des valeurs).

8. L'analyse économique semble ainsi se défier d'une certaine vue de l'esprit, celle de la justesse objective des termes de l'échange, tandis qu'elle se fie à une autre vue de l'esprit, celle du contrat complet hypothétique conforme à l'équilibre subjectif des termes de l'échange tel que les parties sont censées l'avoir projeté. Vue de l'esprit pour vue de l'esprit, pourquoi l'une serait-elle supérieure à l'autre ? La raison habituellement avancée est, à vrai dire, une accusation. Un droit des contrats qui s'inspirerait "d'une conception idéale du contrat parfait" afin d'imposer "des termes qui correspondent à son idée du contrat parfait et non pas à ce que les parties, elles-mêmes, estiment être bon pour elles" (B. Lemennicier, "Économie du droit", Cujas 1991, p. 73) serait entaché de mauvais idéalisme. Ce serait un droit paternaliste (Mackaay et Rousseau, n° 1426-1441, p. 397-400).

9. Au contraire, certains juristes ne trouvent nullement contradictoire d'affirmer, tout à la fois, que "la détermination de ce qui est juste dépend, non de la volonté des parties, mais [...] de la nature de la convention que les parties ont entendu passer" et qu'il importe, non d'appliquer "à des comportements humains des catégories légales plus ou moins préétablies, mais [de] discerner par l'observation de ces comportements [...], quelle opération économique les cocontractants ont souhaité réaliser d'un commun accord" (A. Sériaux, "Droit des obligations", PUF, coll. "Droit fondamental", 2<sup>e</sup> éd. 1998, n° 26, p. 92). Ce qui, en effet, est en jeu, c'est le choix philosophique entre plusieurs conceptions possibles de la justice contractuelle.

## IV. Le contrat complet comme justice

10. Il est salutaire de critiquer le droit en vigueur lorsqu'il vise uniquement à imposer une "conception idéale du contrat parfait". Par exemple, l'art. L. 313-10 du Code de la consommation français prive d'effet le cautionnement manifestement disproportionné par rapport aux biens et revenus de la caution personne physique, à moins que le patrimoine de la caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette pas de payer. Ce système du tout ou rien a été contesté parce qu'il contraint le juge à priver d'effet le cautionnement disproportionné, au lieu de lui permettre de ramener le cautionnement à des proportions raisonnables (S. Piédelièvre, "Droit de la consommation", *Economica* 2008, n°398).

11. C'est toute la différence entre l'analyse économique du contrat proposée par MM. Mackaay et Rousseau (*op. précité*, n° 393-394, p. 110, à propos de la définition de la lésion), et l'analyse d'un juriste demeurant fidèle à une conception philosophique classique de la justice. MM. Mackaay et Rousseau ne croient tout simplement pas qu'il soit possible de mesurer la disproportion d'une obligation par le constat d'un écart objectif entre deux valeurs. Au contraire, la philosophie de la justice la plus classique, celle d'Aristote, croit véritablement possible d'ajuster les commutations volontaires de valeurs entre les patrimoines des contractants selon l'égalité arithmétique synonyme de justice commutative (Aristote, "Éthique à Nicomaque", V, 2). La disproportion manifeste du cautionnement par rapport aux biens et revenus de la caution est, à cet égard, contraire à un équilibre contractuel

abstrait, qui imposerait, selon la formule de Saint Thomas d'Aquin, "d'égaliser objet à objet" en établissant l'égalité "selon une moyenne arithmétique" ("Somme théologique", II<sup>e</sup>-II<sup>o</sup>, q. 61, art. 2).

12. Ce n'est donc pas parce qu'il suppose mesurable la disproportion manifeste du cautionnement que l'art. L. 313-10 C. consom. paraît défectueux : c'est parce qu'il refuse d'aller plus loin qu'une "forme abstraite de détermination du juste" (A. Sériaux, "Droit naturel", PUF, coll. Que sais-je, 1993, p. 29). Le défaut de ce texte est de ne pas permettre au juge de moduler le remède à la disproportion, de ne pas lui laisser la possibilité de rendre une justice concrète selon les "choses humaines, contingentes et variables" (A. Sériaux, *op. cit.*, p. 30). À l'inverse, l'art. L. 132-1 al. 5 C. consom., s'il déduit le caractère abusif d'une clause, dans un contrat de consommation, du déséquilibre significatif des obligations au détriment du consommateur, précise que le juge doit se prononcer en se référant aux circonstances qui entourent la conclusion du contrat (comp. Mackaay et Rousseau, n° 393, p. 110 qui estiment que l'appréciation de la lésion devrait toujours reposer sur les circonstances qui ont conduit à l'accord).

13. Cela nous ramène à la question des meilleurs remèdes aux accidents de parcours, ou de la meilleure minimisation de leur coût global, ou pour le dire autrement, de la meilleure justice contractuelle. Le contrat est avant tout un ajustement entre des valorisations subjectives. Donc, s'il n'est pas en état de remplir son office, s'il ne permet pas du tout aux parties d'obtenir ce qu'elles désirent (Mackaay et Rousseau, n° 1295, p. 362), il lui manque un élément objectivement essentiel pour les besoins d'une bonne justice contractuelle. Aussi le contrat qui ne localise ni n'indique les caractéristiques de l'immeuble vendu n'est-il pas valable (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 juillet 1997, *Bull. civ.* III, n° 172 ; *Defrénois* 1997, p. 1346, obs. Ph. Delebecque).

14. Les parties cherchent à tirer du contrat un gain net en prenant des précautions dont le coût est inférieur à celui des ennuis qu'elles permettent d'éviter (Mackaay et Rousseau, n° 1327, p. 371). L'une des manières d'y parvenir est de circonscrire volontairement le champ contractuel en excluant la prise en compte de certains accidents de parcours. S'en tenir à ce bornage contractuel devrait normalement assurer une justice contractuelle suffisante. C'est pourquoi le juge français n'accède pas à la demande du locataire juif orthodoxe qui, pour respecter strictement les prescriptions du shabat, voudrait que l'immeuble équipé d'un digicode soit doté d'une serrure mécanique, alors que le contrat ne prévoit pas l'obligation du bailleur d'adapter l'immeuble aux convictions religieuses du locataire (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 déc. 2002, *RTDciv.* 2003, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages ; p. 382, obs. J.-P. Marguénaud ; p. 575, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld ; p. 348, obs. G. Lardeux ; *RJPF* 2003-4/13 note E. Garaud).

15. Encore faut-il sanctionner l'opportuniste d'une partie qui aurait unilatéralement exclu certaines prestations du champ contractuel sans en avertir l'autre (comp., Mackaay et Rousseau, n° 1355 et s., p. 379 et s.). Manque à cet égard à la bonne foi l'assureur qui, dans un contrat d'assurance-vie multi-supports, refuse unilatéralement d'exécuter des instructions sur certains supports sans avoir au préalable avisé le souscripteur qu'il avait modifié la liste des supports éligibles,

comme le contrat lui en laissait la faculté (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 nov. 2007, *JCP G*, 2008, II, 10034 note L. Grynbaum).

16. Si, somme toute, le rôle du droit des contrats et de la justice contractuelle est, selon le test de Wittman ("Economic foundations of law and organization", 2006, p. 194, précité), de minimiser à la fois le coût de la formulation du contrat par les parties et le juge et le coût des comportements inefficaces des contractants (v. Mackaay et Rousseau, n° 1333 et s., p. 373 et s.), cela n'interdit nullement une analyse "substantialiste" des obligations contractuelles. Quoiqu'en disent certains économistes, une telle analyse n'est pas fatalement détachée des réalités, paternaliste ou asservie à une "conception idéelle du contrat parfait" (cf. *supra* n° 8). Ce sont les parties elles-mêmes qui, en construisant le contrat en vue de l'opération économique qu'elles désirent réaliser, créent des contenus obligationnels et des "natures juridiques" qu'elles ne sauraient ensuite vider de leur substance sans violer la loi qu'elles se sont données. Par exemple le commissionnaire de transport ne peut s'abriter derrière la clause limitative de responsabilité qu'il a stipulée s'il a perdu les marchandises transportées sans même connaître les circonstances de leur disparition et sans être du tout capable de les localiser. On peut, comme le fait notre jurisprudence, justifier la mise à l'écart de la clause limitative parce que, dans ces circonstances, cette clause revient à priver le contrat de son obligation essentielle (Cass. Com., 5 juin 2007, *JCP G*, 2007, II, 10145 note D. Houtcieff) ou considérer que le commissionnaire de transport qui, dans le cas d'espèce, prétend au bénéfice de la clause, fait perdre au contrat sa cohérence et se contredit lui-même au détriment de l'autre partie (comp. D. Houtcieff, note précitée, et D. Mazeaud, obs. sous Cass. Com., 9 mars 2005, *RDC* 2005, p. 1015).

#### V. Le contrat complet comme enjeu de pouvoir

17. Il s'en faut de beaucoup que le juge se fie à la seule volonté discrétionnaire des parties lorsqu'il formule le contrat complet hypothétique à l'image duquel il apprécie le contrat plus ou moins complet qui fait l'objet du litige. Il s'en faut de beaucoup que le pouvoir modérateur du juge (comp. F. Lafay, "La modulation du droit par le juge. Étude de droit privé et sciences criminelles", th. Lyon III, 2004, dir. O. Moretcau, et J. Fischer, "Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français", PUAM 2004, préf. Ph. Le Tourneau), cantonne la régulation d'un contrat à la stricte interprétation de celui-ci, d'autant plus littérale que le contrat litigieux serait plus complet (rapp. Mackaay et Rousseau, n° 1353, p. 378). Cela dit les juges sont quelquefois les premiers surpris de l'interventionnisme ou du paternalisme que certaines analyses doctrinales leur prêtent, alors qu'ils ne sont pas les derniers à prôner le respect du contrat. Une référence "substantialiste" n'annonce pas forcément l'intention du juge de prendre le pouvoir dans la sphère contractuelle, bien au contraire. Ainsi le cessionnaire d'actions à qui les cédants ont consenti une clause de garantie du passif visant expressément les redressements fiscaux, peut-il faire jouer la clause alors même que, dirigeant et principal actionnaire, le cessionnaire savait très bien qu'il y avait un gros risque de redressement. Le juge, affirme à cette occasion la Cour de cassation, peut certes sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais il ne peut pas "porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties" (Cass. Com., 10 juill. 2007, *D* 2007, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; *JCP G*, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff).

18. Ce qui est alors perturbant pour les parties, ce sont les phénomènes assez fréquents de distorsion du message du juge. Un message substantialiste faisant craindre un accès de paternalisme peut se solder par un résultat strictement conforme à la lettre du contrat. Au contraire un message rendant un hommage appuyé à la volonté contractuelle peut se solder par une instrumentalisation de celle-ci, à l'instar de cette sentence arbitrale relative à un important contrat d'assurance d'un satellite, qui déclare fermement que le principe d'efficacité du contrat est "l'alpha" et "l'omega" de la *lex mercatoria* et que rien ne commande d'interpréter le contrat en faveur de l'assuré, pour juger finalement que l'assuré doit bel et bien être couvert au nom de l'efficacité du contrat (sentence CCI n° 11426, *JDI* 4/2006, p. 1443).

19. Il s'ensuit une stratégie de réduction des coûts de distorsion qui ressemble beaucoup à une lutte de pouvoir entre les parties et le juge. Les rédacteurs de contrats essayent de faire en sorte que l'écart entre la formulation du contrat par les parties et la lecture qu'en fera le juge coûte le moins cher possible aux cocontractants. Autant dire que les parties s'efforcent de réduire le pouvoir du juge et de renforcer leur propre maîtrise sur les termes du contrat (v. sur l'ensemble de cette question la thèse, très révélatrice, de M. Lamoureux, "L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible *imperium* des contractants", 2 vol. PUAM 2006, préf. J. Mestre). Une illustration bien connue de stratégie de réduction des coûts de distorsion est la clause dite "d'intégralité", par laquelle les parties excluent tout autre contenu obligationnel que celui d'un document contractuel de référence, étanche à toute considération extrinsèque et censé contenir l'intégralité de leur accord. La question est de savoir si le juge se tiendra pour lié par cette présomption de complétude du contrat, au moins dans le cas d'une clause excluant nettement son intervention. La jurisprudence américaine semble plutôt favorable à cette thèse même si elle varie d'une cour à l'autre. L'efficacité de la clause est moins assurée en droit français où l'art. 1135 C. civ. rattache à la force obligatoire les suites du contrat que "l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" (v. Ph. Jacques, "Regards sur l'article 1135 du Code civil", *Dalloz* 2005, préf. F. Chabas, spéc. n° 431 et s.). La clause d'intégralité inviterait au moins le juge à modérer sa recherche des suites équitables du contrat (en ce sens M. Lamoureux, "La clause d'intégralité en droit français, anglais et américain", *RLDC*, févr. 2007, p. 75 et s., spéc. p. 80-81, n° 13).

20. Les cocontractants prennent en effet un risque calculé à porter au contentieux un contrat que le juge pourrait trouver incomplet alors même qu'ils auraient déclaré le contraire. Ils peuvent combiner plusieurs techniques visant à réduire la marge d'appréciation du juge, par exemple en donnant des définitions ou des méthodes d'interprétation des termes de leur contrat ou en stipulant une clause attributive de juridiction ou une clause compromissoire conduisant le litige devant un tribunal étatique ou arbitral qu'ils savent peu interventionniste... En d'autres termes, si le risque zéro de distorsion entre la formulation du contrat par les parties et son appréciation par le juge n'existe vraisemblablement pas, des possibilités de réduction significative des risques de distorsion existent.

21. Du reste c'est généralement, voire toujours, l'une des parties qui, hier sans doute d'accord pour tenir le juge à l'écart, spéculait aujourd'hui devant lui sur les chances d'obtenir une interprétation du contrat qui tourne à son avantage. Les risques d'arbitraire judiciaire sont, en cette matière, souvent, voire le plus souvent, courus consciemment par l'une des parties ou son conseil, selon le mot que nous avons un jour entendu de la bouche d'un avocat expérimenté : "il ne faut pas priver

son client d'une chance d'erreur judiciaire en sa faveur". L'un des buts du droit est alors de limiter les comportements stratégiques ou opportunistes (sur la quasi-synonymie de ces termes, v. Mackaay et Rousseau, n° 1358, p. 379). Le moyen le plus simple est de faire peser sur chaque plaideur le risque de perte du procès lié aux fondements juridiques qu'il invoque. Ainsi, en droit français, le juge n'est, en principe, pas obligé de changer le fondement juridique des demandes (Cass. ass. plén. 21 déc. 2007, *JCP G*, 2008, II, 10006 note L. Weiller). Le juge n'a pas à être un "juge-providence" (selon le mot de L. Weiller, note préc.) ce qui satisfait, on l'espère, à la fois l'analyse économique du contrat et celle du procès.