



HAL
open science

Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats. *Revue des contrats*, 2016, 2016-3. halshs-01428217

HAL Id: halshs-01428217

<https://shs.hal.science/halshs-01428217>

Submitted on 6 Jan 2017

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 valeurs économiques de la réforme du droit des contrats

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de Théorie du Droit

Résumé. *Les valeurs économiques sont utilisées dans une pure rhétorique de justification de la réforme du droit des contrats qui est sans incidence concrète. Bien plus significativement, les valeurs économiques sont présentes sous la forme d'une idéologie sous-jacente aux choix législatifs. Sur la base de l'analyse économique du droit, elles proposent une compréhension spécifique du rôle du juge. Pourtant, les présupposés de l'ensemble de cette vision économique sont incompatibles avec les méthodes propres de l'analyse juridique. Aussi, il n'y a pas lieu de penser que la réforme apporte en soi de grands changements dans ce domaine.*

1. De l'économie avant toute chose ? - En réformant le droit des contrats, le législateur a proclamé avoir été inspiré par un souci d'efficacité économique et de compétitivité¹. D'après les idées affichées, le droit ne serait plus lisible car trop jurisprudentiel et complexe et devrait s'adapter aux enjeux d'une économie mondialisée, notamment pour que la France ne soit plus pénalisée sur la scène internationale. Au fond, à lire les motifs de l'ordonnance², tout semble se passer comme si notre droit des contrats était vieilli et comme si le contentieux venait des notions employées. C'est, à n'en pas douter, une stratégie rhétorique qui était déjà celle de la doctrine au tournant du 20^{ème} siècle³.

Il est encore plus facile de faire éclater la coquille fragile de cette rhétorique aujourd'hui. L'antienne de l'adaptation du droit aux faits ne devrait plus tromper personne tant elle est dénoncée depuis longtemps comme un artifice⁴. De même, il n'est guère besoin de longues démonstrations pour comprendre que la suppression du mot « cause » dans la loi ne supprimera pas le contentieux qui s'y rapporte mais modifiera seulement les *termes* du débat -- au sens littéral et figuré. On a encore du mal à comprendre le paradoxe inconsciemment assumé par le législateur qui cite le rapport « Doing Business » de la Banque mondiale vantant l'attractivité des systèmes de *common law* alors que notre législateur nous explique qu'il faut plutôt codifier la jurisprudence pour rendre le droit certain⁵. En vérité, le commentaire des formules creuses accompagnant la présentation de la réforme nous conduirait à brasser du vide. Il est donc plus pertinent de rechercher l'idéologie du législateur

¹ Préambule du *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

² *Rapport*, précité, préambule.

³ Ch. Atias, *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002, n°289, p.168.

⁴ Ch. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chr., p. 251-258

⁵ *Rapport*, précité, préambule.

dans les choix concrets qu'il a effectué en réformant des dispositions précises et non dans ses déclarations explicites.

En tout état de cause, l'idée même de réforme est ambiguë. Certes toute réforme vise à modifier pour améliorer. Mais cette amélioration peut tout autant passer par un retour aux sources (à une règle primitive jugée meilleure) que par un changement profond de l'organisation ou de la philosophie d'un *corpus* de règles. Dans cette voie, il est clair que le législateur croit avoir modernisé notre droit des contrats en lui donnant la précision, la clarté et l'efficacité ou la performance qui étaient censés lui manquer. Pourtant, à rebours de ce nouveau discours contractuel, le détail de la réforme fait penser à une révolution en forme de boucle. Les nouveautés introduites étaient déjà connues et discutées de longue date en doctrine : révision (très modérée) pour imprévision, organisation unitaire de la responsabilité contractuelle, création d'un régime des restitutions, création d'un régime pour la formation du contrat, consécration du contrat d'adhésion, consécration de la cession de dette, exécution forcée de la promesse unilatérale de vente, généralisation de la réfaction du contrat et réaffirmation massive de la bonne foi et du caractère raisonnable qui doivent traverser tout le droit des contrats.

Sur ce plan, il n'y a en définitive guère de surprises. Ce sont de fausses innovations auxquelles le législateur s'est livré si l'on entend par là qu'il s'agit soit de la consécration législative de solutions jurisprudentielles ou la prise en compte de propositions doctrinales comme la suppression (au moins formelle) du concept de cause.

2. Penser la réforme - La signification de la réforme n'est donc pas seulement dans le choix de ses solutions techniques. Au contraire, le problème est encore de savoir comment la réforme sera pensée. À cet égard, si l'on pense la réforme à travers le prisme de l'analyse économique du droit, on conclura volontiers que le rôle du juge s'est modifié. Il semblerait ne devoir plus être au service du contrat mais au service d'une bonne marche de l'économie. Il va de soi que cette vision comporte des présupposés qui sont loin d'être neutres et appellent une appréciation critique.

Le nouveau droit des contrats serait-il devenu plus réaliste, plus effectif, mieux adapté ?

On peut en douter pour bien des raisons.

D'abord, cette réforme est fortement inspirée par le Cadre Commun de Référence (CCR) européen pour une unification du droit des contrats. Cette inspiration est très nette dans la forme comme dans le fond. Dans la forme, le communiqué de presse sur la réforme⁶ reprend la même structure de présentation que le CCR. Dans le fond, l'ordonnance reprend massivement l'idée du raisonnable, de la souplesse, de l'équilibre nécessaire entre les buts contradictoires et les valeurs. Ainsi, nous sommes en présence d'une volonté de mise en conformité avec les valeurs voulues par l'Europe. Si le contrat est bel et bien pensé comme un

⁶ Communiqué de presse du ministère de la justice du 11 février 2016.

instrument au service du marché et de la libre circulation, c'est bien par cette voie qu'il s'imprègne des idées de l'analyse économique du droit

Ensuite, il est certain qu'entre les déclarations d'intentions et la réalité, il y a souvent un gouffre. Un auteur a brillamment montré à propos de l'école de l'exégèse que les auteurs déclaraient être positivistes et attachés à la lettre du code dans leur préface mais qu'ils invectivaient le législateur à longueur de paragraphes dans leur développement au nom de la justice ou du droit naturel⁷. De la même façon, la proclamation d'une volonté d'efficacité économique ou de compétitivité n'engage pas le fond de l'analyse.

Enfin, il y a le pôle de l'émetteur et du récepteur. Rien ne dit que les juristes adopteront servilement la très vague idéologie économique qui sous-tend la réforme. C'est bien plutôt l'inverse qui est à présumer. L'émetteur peut bien viser des buts économiques mais le récepteur pourrait bien comprendre les textes d'une façon strictement juridique.

Il apparaît que la réforme est moins un changement qu'une occasion pour réformer notre façon de comprendre le droit des contrats et sa philosophie. En définitive, c'est ce dernier aspect qui paraît prépondérant. Est-ce parce que le législateur dit s'être inspiré des considérations économiques que la réforme doit forcément se comprendre et s'appliquer selon les instruments de l'analyse économique du droit ?

En réformant le droit des contrats, il n'est pas du tout certain que le législateur ait consciemment voulu valider les méthodes et les résultats de l'analyse économique du droit. Cette discipline très récente, dont la montée en puissance est principalement due à Ronald Coase, vise à emprunter des concepts de l'économie pour mieux comprendre le droit⁸, notamment en explicitant une rationalité sous-jacente aux règles et en identifiant leur effets prévisibles⁹. Moins que l'analyse économique du droit, les objectifs affichés de la réforme semblent vouloir mettre le droit au service de l'économie. Cette volonté de servir l'économie a visiblement inspiré le législateur et se ressent bien dans le choix des solutions et du vocabulaire employé. Pourtant, les juristes devraient probablement ne pas ressentir de bouleversements majeurs s'ils s'attachent à respecter les canons habituels de l'interprétation juridique.

Les velléités législatives, voire doctrinales, de lire le droit des contrats à travers le prisme de l'économie trouvent toutes un contrepoids dans l'analyse juridique classique. En vérité, le problème des valeurs économiques de la réforme mute. Si les considérations économiques et certains choix forment l'idéologie économique du législateur, c'est surtout l'angle d'analyse qui va influencer la compréhension de la réforme (I). Le juge devrait-il changer sa mission classique et

⁷ Ph. Rémy, « Éloge de l'exégèse », *Droits* 1985, p. 115 et s.

⁸ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2^{ème} éd., n°667, p.179, abrégé ensuite en AED.

⁹ AED, n°2121, p.591.

prendre les habits d'un régulateur ? (II) Rien n'est moins sûr. Il suffit pour cela de prendre de la distance avec les présupposés de la vision économique qui sont incompatibles avec ceux de l'analyse juridique (III).

I. L'idéologie économique du législateur

3. La certitude – La certitude repose sur une information fiable. Pour l'analyse économique du droit, le concept d'information est d'ailleurs central. À tel point que cette idée a fortement influencé l'appréhension des vices du consentement en jurisprudence et même sans doute le développement des obligations d'information.

Bien des dispositifs de la réforme renforcent cet aspect. Lors de la négociation, il y a désormais une obligation d'information qui est d'ordre public puisque les parties ne peuvent ni la limiter ni l'exclure¹⁰. Le dol est désormais clairement conceptualisé comme la dissimulation d'une information déterminante¹¹. L'innovation la plus visible dans le domaine de la recherche d'une information fiable réside dans les fameuses actions interrogatoires. Concrètement, elles consistent à institutionnaliser la jurisprudence relative au pacte de préférence qui autorisait le tiers de bonne foi à outrepasser l'existence de la préférence¹² et à l'étendre à la question des pouvoirs du représentant¹³ ou de la confirmation de la nullité relative¹⁴. Dans chacune de ces hypothèses, la réforme sécuriserait le contrat¹⁵ en permettant d'agir sur le fondement d'une certitude : le bénéficiaire ne se prévaudra pas du pacte, le représentant pourra bien conclure le contrat, l'annulation ne sera pas encourue. S'agit-il ici d'un réalisme accru ou d'une efficacité économique approfondie ? À vrai dire, on ne voit ici que la simple reprise de la technique du formalisme et de l'opposabilité. Elle consiste ni plus ni moins à opposer à une personne ses propres décisions. C'est une extension de la technique déjà présente dans le livre des procédures fiscales et qui permet à un contribuable d'opposer à l'administration sa propre interprétation de la loi fiscale et échapper ainsi à un redressement¹⁶.

¹⁰ Art. 1121-1 CCiv.

¹¹ Art. 1137 CCiv.

¹² Art. 1123 al. 3 CCiv. : « Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ».

¹³ Art. 1158 CCiv. : « Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte »

¹⁴ Art. 1183 CCiv. : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé ».

¹⁵ Communiqué de presse du ministère de la justice du 11 février 2016.

¹⁶ Art. L80- A du Livre des Procédures fiscales

Bien entendu, on peut toujours donner *a posteriori* une justification économique à la consécration d'une telle solution. L'action interrogative correspond au test de Wittman¹⁷. Ainsi, la possibilité de connaître la position des parties ou des tiers sur la validité du contrat est une solution moins coûteuse que le problème initial à savoir l'incertitude sur le sort de la convention. Ces solutions participent donc d'une gestion du risque contractuel et de l'incertitude inhérente à tout accord. Pourtant, la justification économique ne supplantera pas l'analyse concrète des conditions de cette action. Le délai de réponse doit être raisonnable, certaines mentions doivent être présentes comme l'information sur les conséquences de l'absence de réponse. Bref, il n'est pas certain que la rationalité économique sous-jacente de ces nouvelles règles supplante l'analyse juridique classique.

4. L'adaptation aux circonstances – L'adaptation aux circonstances est devenue un lieu commun de la critique du droit. Les règles seraient froides, abstraites, figées, ignorantes des réalités alors que la vie économique serait bouillonnante, concrète, mouvante et fluctuante. La charge contre le concept remonte à François Génay¹⁸ qui le dénonçait comme un moyen d'oublier les vrais intérêts en jeu dans le conflit. En un mot, le droit serait toujours en retard tant il peinerait à s'adapter aux évolutions économiques et sociales. L'idée d'une nécessaire flexibilité et souplesse est encore soutenue par l'incontournable ouvrage de Jean Carbonnier¹⁹. Plus encore, la flexibilité et la souplesse sont des mots en eux-mêmes porteurs d'une idée positive tandis que la rigidité et la dureté évoquent le rhumatisme de règles vieillissantes qui finiraient par casser. Mais tout a déjà été dit brillamment sur le mythe de l'adaptation du droit au fait²⁰ et il n'y a pas lieu d'y revenir ici.

Le révélateur de la volonté d'intégrer cette dose nécessaire de souplesse et de réactivité se signale par l'emploi massif de l'idée de raisonnable. Le terme est employé pas moins de 17 fois : les délais doivent être raisonnables²¹, le coût doit être raisonnable²², la gestion doit être raisonnable²³, la compréhension du contrat doit être raisonnable²⁴. Cette immixtion du terme provient à la fois des principes européens de droit des contrats (qui comportent très fréquemment une terminologie équivalente) mais encore d'une jurisprudence qui avait posé comme solution que l'offre doit être acceptée dans un délai raisonnable²⁵. Cette introduction d'un terme particulièrement vague renvoyant au pouvoir souverain des juges du fond semble

¹⁷ AED, n° 1333, p.373 : "L'objectif du droit des contrats est de "minimiser la somme du coût de formulation du contrat par les parties, du coût de sa formulation par les tribunaux et du coût des comportements inefficaces résultant des contrats mal rédigés ou incomplets".

¹⁸ F. Génay, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, t. I, 1914, n°40, p.113.

¹⁹ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001.

²⁰ Ch. Atias, D. Linotte, précité.

²¹ Art. 1116, 1117, 1211, 1222, 1226, 1231, 1123, 1158, 1195, 1226, 1231, 1307-1,

²² Art. 1222

²³ Art. 1197, 1218, 1301-1

²⁴ Art. 1188.

²⁵ Cass. civ. 3ème, 20 mai 2009, n°08-13230

contredire l'idée de certitude dans la prise de décision. C'est peut-être un subtil équilibre que le législateur a voulu trouver mais en cherchant à jouer les équilibristes ont fini par passer plus de temps à garder l'équilibre qu'à avancer.

Pour tout doive être raisonnable est une évidence, de la même façon qu'on concevrait mal que le contrat puisse être formé et exécuté de mauvaise foi et, plus généralement, que le droit soit aveugle à toute éthique ou morale minimale dans les affaires. Ces choses sont tellement banales qu'on peut se demander s'il fallait bien prendre la peine de les dire. La bonne foi dont il est question²⁶ n'est pas une ignorance légitime²⁷ mais bien une exigence éthique qui pèse sur les contractants. Pour le dire directement, les contractants doivent être honnêtes. Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats commerciaux internationaux font une pareille déclaration²⁸ qui a visiblement ici guidé le législateur.

Mais la bonne foi et le raisonnable sont tout aussi imprécis l'un que l'autre. Les standards ou concepts indéterminés sont ceci de particulier qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une définition énonçant des conditions nécessaires et suffisantes pour qualifier un objet²⁹. Ils consistent plutôt en une idée que le juge se doit de réaliser par une appréciation au cas par cas. Autrement dit, multiplier le recours à de tels concepts c'est augmenter le pouvoir du juge et lui laisser le loisir d'adapter au mieux la solution. Dans l'idéal, c'est un objectif parfait. Mais dans la réalité, cela revient à créer une grande incertitude, à favoriser le morcellement de la jurisprudence et à faire assumer au juge la mission d'un législateur. L'application de dispositions semblables dans les instruments internationaux comme la vente internationale de marchandises donne le ton : selon le juge saisi le délai raisonnable de contestation est très variable : 24 heures pour des langoustes³⁰, denrées périssables, mais presque un mois dans d'autres cas comme des sapins³¹. Et il a fallu bien du temps en droit interne pour que le juge considère que l'ancien bref délai des vices cachés corresponde environ à une année³².

On pourrait alors se demander si la faveur faite à ces concepts mous n'est pas le fruit de l'idée d'une supériorité du droit jurisprudentiel sur le droit écrit et d'une conception idyllique du rôle du juge. En vérité, c'est aussi une volonté de se conformer aux conventions internationales qui abusent de ces termes fédérateurs en renvoyant au juge le soin de trancher concrètement les problèmes.

²⁶ Art. 1104 et 1112.

²⁷ Art. 1198, 1342-3, 1352-1, 1352-2, 1352-7.

²⁸ Principes d'Unidroit relatifs aux contrats commerciaux internationaux, 1994, art.1.7 : « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international ».

²⁹ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2^{ème} éd., 2016, n°68, p.121.

³⁰ Cass. com. 10 fév. 1981, Bull. IV, n°78

³¹ Cl. Witz, « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises » *D.* 2008. Pan. 2620, spéc. 2628 ; Lyon, 18 oct. 2012, n° 11/01896, *D.* 2013. 2874, obs. C. Witz

³² A. Hervio-Lelong, « Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée », *D.* 2002, chr, p.2069-2078.

En revanche, la réforme prévoit une adaptation aux circonstances bien plus remarquable, il s'agit de la révision pour imprévision. Elle vise l'hypothèse où des circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rendent l'exécution excessivement onéreuse pour une partie³³. Les parties doivent préalablement tenter de s'entendre et, en dernier recours, s'adresser au juge qui pourra réviser le contrat.

Cette disposition est sans doute celle qui illustre le mieux le raisonnement économique. Le contrat ne devient plus intéressant lorsqu'il est source de pertes pour une partie. C'est une analyse entre les coûts et les avantages. Le juge pouvant désormais réviser le contrat, les parties auraient intérêt à le réviser elles-mêmes pour juguler un contentieux futur. Pourtant, le droit actuel n'interdit pas que les parties révisent elles-mêmes le contrat, elle l'interdit seulement au juge. La menace de la révision judiciaire pourrait toutefois désormais les inciter à le faire.

S'agit-il pour autant d'une solution qui produira réellement les effets escomptés ? L'analyse économique du droit est censée prédire les effets des règles³⁴. Mais il ne faut pas négliger l'inventivité des parties ou l'interprétation judiciaire. Les contrats pourront-ils systématiquement écarter le recours à cette révision par une clause appropriée ? *A priori* la réponse est positive car l'une des parties peut assumer ce risque. Une clause même n'est pas nécessaire si on considère la possibilité d'un accord tacite. C'est dire l'importance de l'appréciation du juge qui recrée en définitive l'incertitude que la négociation est censée éviter. Si l'une des parties est déjà sous le poids économique d'un contrat déséquilibré, pourra-t-elle supporter les coûts du procès ? Surtout, n'est-il pas plus efficace pour elle de rompre unilatéralement le contrat en anticipant la résolution que le juge pourrait prononcer ? On le voit, cette disposition va inciter les parties à adopter un raisonnement économique qu'elles pouvaient déjà avoir par ailleurs sur la question de la résiliation à leurs risques et périls³⁵. Le véritable changement se situe moins sur ce point que sur la nouvelle façon de penser le rôle du juge.

5. L'adaptation à la pratique - L'adaptation à la pratique est le prolongement de l'idée d'adaptation nécessaire du droit au fait pour une modernisation du droit face à l'économie. Elle s'illustre par la large prise en compte des technologies comme le courrier électronique³⁶ ou les méthodes numériques de conservations des données. La loi avait déjà ouvert la voie en posant l'équivalence entre le support papier et électronique³⁷. Mais la volonté d'adaptation paraît plus nettement avec la volonté de transposer des mécanismes issus de la pratique. Le communiqué de presse cite d'ailleurs la cession de créances futures et la cession dette³⁸. Si la première n'est que la consécration de la jurisprudence³⁹, la cession de

³³ Art. 1195 CCiv.

³⁴ AED, n°2121, p.591.

³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Tocqueville*, n° 96-21485

³⁶ Art. 1125 à 1127-6 CCiv.

³⁷ Art. 1316-1 Cciv.

³⁸ Communiqué de presse, précité, p.2.

dette est en revanche une innovation car elle était jusqu'alors implicitement interdite par les juges⁴⁰. Pourtant, à y regarder de plus près, la consécration de la cession de dette est une fausse nouveauté. Le consentement du créancier étant exigé, il ne s'agit que d'un avatar moins avantageux pour le créancier que la novation. En effet, à la différence de la novation, le créancier pourra se voir opposer par le nouveau débiteur toutes les anciennes exceptions. Il y a donc fort à parier que ce montage juridique ne trouvera quasiment aucune occasion de s'appliquer si ce n'est dans des hypothèses déjà consacrées comme la cession d'une société endettée pour un euro symbolique⁴¹. Ainsi, l'introduction dans la loi de concepts explicites ne modifie pas fondamentalement les solutions déjà admises ni ne manifestent une particulière efficacité économique.

6. La volonté d'éviter le contentieux – Plus significativement, la volonté d'éviter le contentieux peut se ranger sous l'idée de minimiser les coûts de transaction ce qui est une idée phare de l'analyse économique du droit notamment dans l'article fondateur de Ronald Coase⁴². Selon le théorème de Coase, la solution à laquelle les parties arrivent dépend du coût des différentes solutions. La négociation étant censée être moins chère qu'un procès, il faudrait favoriser pour les parties une telle issue.

Les parties doivent préalablement tenter de s'entendre et, en dernier recours, s'adresser au juge qui pourra réviser le contrat⁴³. De la même façon, le mécanisme de réduction du prix est présenté comme un moyen de réduire le contentieux en incitant les parties à réévaluer elles-mêmes ou en mettant fin au contrat sans le juge.

Mais ces mécanismes ne sont en définitive qu'une application du contrat de transaction et supposent une volonté des parties pour apaiser elles-mêmes leur conflit. On peut donc présumer que son application sera marginale car le désaccord a lieu le plus souvent sur l'imputation des responsabilités, chaque partie discutant son rôle dans l'apparition du dommage. On ne peut donc espérer que les parties se comportent exactement comme l'analyse économique du droit le préconise. En vérité, le problème ne réside pas dans les valeurs économiques de la réforme. En effet, l'analyse juridique ne repose pas sur des concepts ou présupposés économiques. C'est bien pourquoi le vrai problème est de savoir si le rôle du juge doit forcément être compris à partir des cadres théoriques de l'analyse économique du droit.

³⁹ Cass. Civ. 1^{ère} 20 mars 2001, Bull. I, n°76.

⁴⁰ Cass. Civ. 1^{ère} 30 avr. 2009, n° 08-11.093, Defrénois, 2009. 1289, obs. R. Libchaber ; JCP G 2009, no 27, 73, p. 17, note J.-J. Ansault ; D. 2009. 2400, obs. L. Andreu ; RTD civ. 2009. 531, obs. B. Fages ; RDC 2009/4. 1363, obs. D. Mazeaud.

⁴¹ Cass. Civ. 3^{ème} 3 mars 1993, Bull. III, n°28.

⁴² R. Coase, « The social cost » *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-44

⁴³ Art. 1195 CCiv.

II. La régulation comme mission du juge

7. La finalité économique : réguler – Les valeurs économiques profondes que porte la réforme ne sont pas celles qui s'affichent comme telles. Il ne s'agit pas d'être simple, efficace et d'assurer la sécurité juridique des transactions. Ce sont moins des objectifs que des présupposés de l'action législative. Le poids de l'analyse économique se révèle dans le rôle du juge. Implicitement, le juge est conçu comme le bras armé d'une politique économique qui vise à réduire les coûts, désengorger les tribunaux, bref à gouverner et penser par la loi des chiffres et des nombres. C'est sur ce point que le théorème de Coase se révèle pleinement. De façon discrète, le juge est incité à régler les conflits sur la base de critères économiques.

Les révélateurs de cette mission résident dans le changement de terminologie. L'usage de certains mots n'est jamais anodin. Certains changements de vocabulaire marquent des choix évidents. Supprimer la cause, c'est renier tout l'héritage philosophique qui s'y attache et les controverses qui l'accompagnent. Désormais, la contrepartie prend la place⁴⁴ et suggère une appréciation plus quantitative que qualitative. La notion d'avantage est elle aussi directement issue de l'analyse économique du droit et notamment du gain de Pareto⁴⁵. Il faut que chaque partie réalise un gain, qu'elle obtienne ce qu'elle désire⁴⁶. Même le terme d'enrichissement injustifié qui remplace l'enrichissement sans cause est une traduction directe des termes anglais *unjust enrichment*. Il en va de même pour l'idée d'information qui est directement corrélé à d'innombrables théories économiques⁴⁷. Il y a encore tous les termes qui connotent la proportionnalité et l'équilibre économique comme le déséquilibre significatif⁴⁸ mais encore l'avantage excessif⁴⁹, la disproportion⁵⁰, l'onérosité excessive⁵¹ ou plus simplement l'utilité⁵².

Ces références explicites et visibles à des concepts économiques paraissent bien vouloir faire pencher la balance en faveur d'une appréciation économique du contrat. Du coup, le juge ne devrait pas se poser des questions de la même façon. C'est bien la solution la moins coûteuse qu'il devrait privilégier comme le préconise le théorème de Coase. Par exemple, l'exécution en nature sera refusée si elle coûte trop cher au débiteur comparativement à ce qu'elle rapporte au créancier. Cette façon de raisonner sonne sans doute le glas des démolitions pour des empiètements

⁴⁴ Art. 1106 CCiv.

⁴⁵ AED, n°1295, p.362.

⁴⁶ J. Gordley, *Foundations of private law : Property, Tort, Contrat, Injust Enrichment*, Oxford University Press, 2006, p.333.

⁴⁷ AED, n°983, p.266 : elle est « l'ingrédient essentiel de notre pensée, de nos décisions ».

⁴⁸ Art. 1171 Cciv. à propos des clauses abusives dans un contrat d'adhésion.

⁴⁹ Art. 1141 Cciv. pour l'appréciation de la violence dans l'usage d'un recours.

⁵⁰ Art. 1221 CCiv. pour refuser l'exécution en nature.

⁵¹ Art. 1195 Cciv. pour accepter la révision du contrat.

⁵² Art. 1229 Cciv. pour l'opportunité des restitutions.

de quelques centimètres⁵³ ou pour des mises en conformité comme le fait de rajouter une marche oubliée lors de la construction d'une piscine⁵⁴. Les mêmes remarques peuvent s'étendre sans difficulté à la révision pour imprévision ou à la qualification de clause abusive ou de violence dans l'usage d'un recours.

Le législateur préfère s'en remettre à une appréciation factuelle du juge plutôt qu'à l'usage de critères qu'il aurait lui-même posés. En pratique cela va sans doute conduire le juge à se fonder sur des rapports d'expertise pour mener des appréciations qui seront parfois complexes. Il est ainsi attendu du juge qu'il se comporte en régulateur en appréciant le contentieux contractuel à l'aune d'une politique de réduction des coûts micro et macro-économiques.

8. La finalité juridique : juger – Il n'est pas certain que le juge accepte ce travail de régulateur. Il serait même encore plus incongru que ce soit la Cour de cassation qui le fasse puisqu'elle n'apprécie pas les faits et n'a pas vocation à juger en fonction de rapports d'expertises. La finalité du droit s'exprime dans la mission qui est confiée au juge : dire le droit et trancher des litiges⁵⁵. Si la première mission du juge est de trancher des litiges en disant le droit, c'est donc bien qu'il n'a pas vocation à aider à la régulation de l'économie à travers le contentieux contractuel.

L'analyse juridique des notions empruntées à l'économie peut transformer leur signification. En vérité, rien n'interdit de voir dans la contrepartie l'ancien concept de cause de l'obligation. Ce sont les juristes qui décideront de cette option interprétative. De même, l'intérêt du créancier pourrait tout aussi bien s'interpréter comme un intérêt moral si bien que l'appréciation de l'exécution en nature ne reposerait pas forcément sur une appréciation purement matérielle et économique. Il en va de même pour les avantages excessifs qui peuvent se concevoir aussi comme des moyens de pression ou d'intimidation et donc sans marcher sur les terres de l'analyse économique du droit. Seule la révision pour imprévision ne semble pas pouvoir échapper à la logique économique tant elle semble être née en elle. Surtout le législateur a directement proposé le critère de l'onérosité excessive. Pourtant, là encore le juge aura la choix. Il pourra s'en remettre purement et simplement à un expert ou bien garder le pouvoir entre ses mains et juger qu'en l'espèce il n'y a pas d'excès. C'est au fond ce qui est déjà effectué en matière de clauses pénales⁵⁶ et que reprend la réforme⁵⁷.

La réforme est donc une tentation pour le juge. Succombera-t-il à la volonté de réguler, de dire ce que devrait être économiquement le contrat ? Ou bien se retranchera-t-il dans une analyse traditionnelle en raisonnant juridiquement ?

⁵³ Cass. civ. 3^e, 20 mars 2002, RTD civ. 2002, p.333, obs. Th. Revet, sanction d'un empiètement de 0,5 centimètre sur une propriété voisine ; Cass. civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, insuffisance de niveau de 0,33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles

⁵⁴ Cass. civ. 3^e, 17 janv. 1984, RTD civ. 1984, p.711 obs. J. Mestre, piscine comportant trois marches au lieu des quatre prévues au contrat ;

⁵⁵ D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, Bibl. dr. Privé, t.236, 1994.

⁵⁶ Anc. Art. 1152 Cciv.

⁵⁷ Art. 1231-5 CCiv. qui mentionne toujours l'excès de l'indemnité et le pouvoir de réduction du juge.

On pourrait rétorquer que les deux ne sont pas incompatibles. Au fond, le juge pourrait juger en régulant ou réguler en jugeant. Pourtant, la logique même du raisonnement est ici en cause. Le droit ne consiste pas à trancher des litiges sur le fondement de la morale, de la politique voire de l'économie. Le droit a précisément un rôle de médiateur entre la morale et le politique⁵⁸. Ronald Dworkin dans son article fondateur sur les cas difficiles⁵⁹ avait déjà montré que si une législation repose sur un objectif économique elle n'appelle pas forcément à user de critères économiques pour juger. Si un fabricant d'avions souhaite obtenir une subvention prévue par un texte, il ne dira pas au juge qu'une telle attribution permettra d'améliorer la défense nationale⁶⁰. La réforme est donc en définitive une occasion pour la doctrine de mener un débat sur le rôle du juge. En eux-mêmes les textes ne sont ni économiques ni juridiques. C'est la façon de les interpréter qui les caractérisera comme tels. Tout dépend alors en dernière instance de la représentation que le juge aura de son propre pouvoir.

9. Le moyen commun : le pouvoir judiciaire – Que la mission du juge soit de réguler ou de juger, il ne pourra le faire qu'en exerçant un pouvoir. Il y a pourtant une différence entre un pouvoir justifié par un savoir et un pouvoir indexé à la seule fin de réguler le contentieux contractuel.

L'emphase mise sur le pouvoir judiciaire se manifeste principalement par le recours toujours plus intense aux standards comme la bonne foi, le raisonnable, l'excès, la disproportion, la gravité, le déséquilibre. La question se pose alors de savoir si le juge jouera le jeu des concepts flous pour moduler sans cesse son appréciation en fonction de critères économiques ou bien s'il s'en tiendra plus classiquement à l'élaboration d'une cohérence qui s'inscrit dans la jurisprudence déjà existante.

En tout état de cause, les concepts indéterminés ne laissent pas forcément une liberté absolue au juge. Une fois qu'il a jugé certains cas en concrétisant la norme générale, l'exigence propre de cohérence qui pèse sur l'argumentation juridique le conduit à traiter les cas semblables de façon identique⁶¹. C'est ainsi que la faute inexcusable de la loi du 5 juillet 1985 a été définie de façon très étroite⁶² et les cas où elle est retenue sont donc très peu nombreux⁶³. De la même façon, l'existence de motifs graves pour refuser l'exercice du droit de visite et d'hébergement a été comprise de façon plutôt étroite et restrictive⁶⁴.

⁵⁸ J. Freund, « Droit et politique. Essai de définition », *Archives de Philosophie du Droit*, 1971, p.15-35.

⁵⁹ R. Dworkin, « Hard cases », *Harvard Law Review*, vol. 88, n° 6 (Apr., 1975), p. 1057-1109 repris dans *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Leviathan, 1995.

⁶⁰ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, précité, p.156.

⁶¹ F. Rouvière, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique? », *L'évaluation de la recherche en droit*, Tanquerel et al., Bruxelles, Bruylant, 2015, p.117-137.

⁶² Ass. Plén. 10 nov. 1995, *Bull. ass. plén.* 1995, n°6.

⁶³ F. Haid, *Les notions indéterminées dans la loi*, thèse, Aix-en-Provence, 2005, n°183, p.298.

⁶⁴ A. Gouttenoire, H. Fulchiron, « Autorité parentale », *Répertoire civil Dalloz*, 2015, n°252 et s.

Le juge est donc libre de définir les notions indéterminées de façon étroite ou d'en faire une interprétation resserrée. Plus que les textes de la réforme, c'est l'attitude des juges face à la réforme qui est déterminante. Si l'on croit les conclusions de la thèse de Stéphane Rials⁶⁵, c'est lorsqu'on donne au juge un pouvoir qu'il l'exerce avec mesure et c'est lorsqu'on cherche à brider son pouvoir qu'il procède à des interprétations extensives. Aussi, dans un souci de sécurité juridique et de continuité du droit, les juges miseront probablement sur une interprétation sans rupture de la réforme. C'est de cette façon que la marge d'incertitude inhérente aux concepts indéterminés et à l'approche factuelle des problèmes pourra être réduite. Agir de la sorte revient en définitive à récuser implicitement les présupposés de la vision économique du droit des contrats.

III. Présupposés de la vision économique

10. Le règne des fins et la balance des intérêts – La vision économique ne suppose pas simplement de prendre en compte les exigences et les contraintes de l'économie. Il suffit de relire le discours préliminaire de Portalis pour se rendre compte que le législateur a toujours été conscient qu'il devait composer avec des réalités qui lui étaient étrangères. La vision économique suppose plus fondamentalement ce que proposait François Génay en substitut de la méthode traditionnelle, viciée selon lui par un attachement excessif aux textes⁶⁶ et par l'abus des abstractions logiques⁶⁷. En effet, il soutenait que :

« l'ordre privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activité libres et à une harmonie intérêts, en vue d'une finalité supérieure, ne peut – en dehors de la loi écrite, qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète, -- trouver ses bases, profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité sociale, seuls éléments objectifs capable d'en suggérer les règles, fondées sur la nature des choses et adaptées aux exigences de la vie »⁶⁸. [nous soulignons]

L'analyse économique du droit se prête bien à une application au contrat, instrument par excellence d'un échange économique. L'économie peut ainsi prétendre être une justice réelle, la justice du marché et du juste prix, et par extension des justes relations contractuelles. Elle combinerait cette justice avec l'utilité, répartie selon des principes de réciprocité, de gain, d'efficacité et de recherche du meilleur coût. Le but final est alors la maximisation de l'utilité pour le plus grand nombre et en définitive un espoir d'augmenter le bonheur de tous.

⁶⁵ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, L.G.D.J, Bibliothèque de droit public, t.135, 1980.

⁶⁶ F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2ème éd., 1954, n°12, p.28.

⁶⁷ F. Génay, précité, n°60, p.124.

⁶⁸ F. Génay, précité, n°81, p.187-188.

La méthode juridique n'est certainement pas aveugle aux intérêts et aux finalités. Mais elle est bien plus modeste. Comme Philippe Rémy l'a excellemment écrit elle est la déclaration imparfaite d'un ordre imparfait⁶⁹. « *La fin du droit civil n'est pas l'égalité, ni le bonheur, ni la vertu, ni la croissance économique, ni le bien être-social mais simplement la justice* »⁷⁰ mais « *cette justice-là s'écrit avec un petit "j"* »⁷¹. L'art juridique « *se pratique exclusivement sur des causes ou des cas où, précisément, des intérêts sont en conflit, entre lesquels il va falloir trancher* »⁷². En peu de mots, tout est dit : le juge s'occupe moins de poursuivre des fins politiques ou économiques que de dire au regard d'un complexe de règles déjà données, quelle est la solution qui s'y agrège le mieux. Le juge n'est ni un administrateur ni un régulateur ni même le bras armé d'une politique. C'est précisément le point de vue juridique sur le juge : sa mission consiste à dire le droit et trancher des litiges et non à guider les hommes vers un bien-être collectif.

Pourtant, même dans cette voie, la méthode de la proportionnalité et de la balance des intérêts est présentée comme plus appropriée⁷³. Il faudrait déterminer l'intérêt préférable au regard du cas d'espèce, privilégier la finalité sur le texte. La justification se devrait d'être pluridisciplinaire, intégrant ainsi les acquis de l'analyse économique du droit. Cependant, la méthode juridique est déjà une pesée des intérêts sauf qu'elle opère par le truchement des qualifications. Cette façon de procéder s'est en effet historiquement imposée pour respecter le primat de la loi. Le législateur arbitre les intérêts divergents et le juge n'est pas censé bousculer les grands équilibres. Il l'a lui-même entendu de cette façon en refusant de consacrer le mariage homosexuel même en l'absence de texte l'interdisant explicitement⁷⁴. C'est ce même point de vue que le Conseil constitutionnel a adopté lors de l'examen de la loi controversée : l'estimation des intérêts est de l'ordre du législateur⁷⁵.

Ce qui est problématique dans la vision économique est donc le changement de l'office du juge, la modification de sa position institutionnelle. Or c'est à ce prix que la réforme du droit des contrats semble devoir atteindre les objectifs économiques qu'elle se donne. Le présupposé de l'analyse économique sur le rôle du juge est donc bien lourd à porter et suppose de s'émanciper des cadres d'analyse reçus. Mais pour quel gain ? En vérité, aucun et même une perte. En effet, toute la méthode juridique vise à tenir à distance les considérations morales, politiques ou

⁶⁹ Ph. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », *Revue de droit de McGill*, vol. 32, 1986, p.154.

⁷⁰ Ph. Rémy, précité, p.153.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Ph. Rémy, précité, p.154.

⁷³ Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud, Ch. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p.2069.

⁷⁴ Cass. Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, n°05-16627.

⁷⁵ Cons. Constit. décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, § 22 : « en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a *estimé* que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation ».

économiques. Non qu'elles soient mauvaises en soi mais elles n'ont plus lieu d'être discutées car elles ont déjà influencé les règles invoquées.

11. La loi performative – La vision économique suppose encore que la loi a le pouvoir de transformer le réel, qu'elle est en un certain sens performative. Elle créerait une réalité nouvelle au lieu de déclarer un ordre existant. D'ailleurs des économistes comme Hayek ont opposé l'ordre spontané et l'ordre créée et soutenu la supériorité du spontané sur le créé⁷⁶. Il n'y a donc évidemment pas de pensée univoque dans le champ de l'analyse économique.

Pour autant, le discours entourant la réforme laisse penser qu'il y aurait des règles plus souhaitables que d'autres⁷⁷, que certaines produiraient des effets néfastes⁷⁸. La règle aurait ainsi une influence « incitative » sur les comportements⁷⁹. La seule modification du droit permettrait ainsi d'attirer des investisseurs étrangers, de sécuriser les opérations, de créer de la confiance etc⁸⁰. Il est indéniable que toute règle de droit comporte à des degrés divers de tels effets sur les comportements. Il existe même souvent des stratégies de contournement des lois en pratique. Par exemple, en droit de la consommation, le délai de réflexion peut être évité en faisant signer immédiatement le consommateur et en lui demandant de poster la lettre plus tard.

Cela montre que la véritable analyse économique du droit devrait reposer sur des études empiriques⁸¹ et ne pas être une économie du tableau noir⁸² où les objectifs à atteindre sont définis de façon strictement théorique sans prise avec le réel, sans études empiriques précises. En bref, c'est le contraire de ce qui est aujourd'hui pratiqué.

La vision économique tend à regarder la loi comme régulant des comportements ou des conduites. Mais une fois encore, si le rôle du juge est avant tout de trancher des litiges, il n'est pas de surveiller et de prescrire des conduites. La vision économique du droit est fortement ancrée dans l'idée que le droit est un ensemble de règles de conduite⁸³ mais « *il n'est certainement pas possible de tenir pour une évidence que le droit serait dans les règles, dans les règles de comportement en particulier* »⁸⁴. Il faut au moins examiner l'hypothèse inverse, celle

⁷⁶ Fr. A. Hayek, *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, Les Belles Lettres, 2007, p.250.

⁷⁷ AED, n°2134, p.595.

⁷⁸ AED, n°2128, p.592.

⁷⁹ AED, n°2136 et s., p.595.

⁸⁰ *Rapport*, précité, préambule.

⁸¹ AED, n°2147 et s., p.599.

⁸²R. Coase, Leçon inaugurale, 6ème École d'Été Méditerranéenne d'Économie Industrielle, Cargèse, 16 sept. 1991, cité dans "Ronald H. Coase, prix nobel 1991 de Sciences économiques, ou de l'autre côté du «tableau noir»", J. De Bandt, J. L. Ravix, P.-M. Romani, A. Torre, *Revue d'économie industrielle*, Année 1991, Vol.58, Numéro 58-1, p.7-14.

⁸³ Ch. Atias, « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, Analyse économique du droit, Paris, Dalloz, éditions thémis, 2008 », *RRJ. Cahiers de méthodologie juridique*, n°22, 2008, n°7, p.2471.

⁸⁴ Ch. Atias, précité, n°8, p.2472.

qui voit dans le droit une collection d'hypothèses et de cas et une occasion de raisonner en vertu de l'idée formelle de justice selon laquelle il faut traiter les cas semblables de façon identique⁸⁵. L'art du raisonnement consistera alors moins à prédire les conséquences futures de l'application de telle ou telle solution mais, plus modestement, à tenter de déceler la solution préférable au regard des cas et solutions déjà existants. En un mot, ce n'est ni plus ni moins que l'art jurisprudentiel qui est le berceau même du droit.

Ainsi, la vision économique du droit suppose d'accepter un conséquentialisme⁸⁶, c'est-à-dire de juger de l'opportunité des règles en vertu de leurs effets futurs et probables. C'est bien l'inverse de l'art juridique qui juge selon l'identité de la *cause* (au sens romain du terme) avec celles qui ont déjà été jugées ou prévues par les règles posées. C'est dire le gouffre qui existe entre ces deux approches et que le choix de basculer de l'une vers l'autre ne peut se faire sans un examen approfondi.

12. La transparence du droit – Le présupposé le plus lourd et le moins évident à accepter est celui de la transparence du droit. La vision économique, comme d'ailleurs la vision politique ou sociale du droit, tendent à penser le droit comme un moyen totalement neutre et transparent et qui pourrait être mis au service de n'importe quelle finalité. Il serait l'instrument d'une politique⁸⁷ et notamment d'une politique économique. Le droit n'aurait aucune consistance propre, peut-être aucune fin propre, et ses règles ne seraient que des outils dont le législateur et le juge pourraient disposer à l'envie. La preuve résiderait dans le fait que c'est le parlement, organe politique, qui édicte des règles et que c'est le juge, en fonction de la société, qui tranche les litiges.

Si cette conception du droit est en passe de contaminer les colonnes des revues, il faut être conscient qu'elle constitue une rupture majeure avec la façon dont le droit a historiquement émergé. Inventé à Rome, le droit a envahi la modernité⁸⁸. Mais depuis Rome, il s'est surtout affirmé comme une forme spécifique de rationalité⁸⁹. L'effort même du droit a été de s'élaborer comme un savoir propre⁹⁰, à se construire comme un champ autonome, distinct de la religion⁹¹ et de la politique⁹². De cette façon a pu naître un cercle d'experts⁹³ qui sont les ancêtres de

⁸⁵ F. Rouvière, « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, n°8, p.286.

⁸⁶ AED, n°2125, p.592.

⁸⁷ Ph. Rémy, précité, p.156 : « L'instrumentalisme est la conviction, très généralement répandue, que le droit n'est qu'une collection de techniques destinées à obtenir des résultats économiques ou sociaux déterminés ».

⁸⁸ A. Schiavone, *IUS. L'invention du droit en occident*, Belin, trad. G. et J. Bouffartigue, coll. L'Antiquité au présent, 2008, p.13.

⁸⁹ A. Schiavone, précité, p.14.

⁹⁰ A. Schiavone, précité, p.22.

⁹¹ A. Schiavone, précité, p.23.

⁹² A. Schiavone, précité, p.24, p.326.

⁹³ A. Schiavone, précité, p.18, p.42, p.68, p.122.

qu'on appelle aujourd'hui la doctrine⁹⁴. L'autonomie du savoir juridique⁹⁵ est inscrite dans l'histoire même de la raison juridique occidentale⁹⁶. Elle a pour trait caractéristique la volonté de raisonner à partir de règles auto-référentes⁹⁷, d'être une technique capable de s'auto-légitimer⁹⁸.

Aussi, il ne faut pas se tromper : c'est cette forme même qui est aujourd'hui remise en cause. L'invasion de l'espace public qu'ont réalisé les sciences sociales et économiques prétend ravalier le droit au rang d'un instrument insignifiant dans les mains des juristes. Le ton même du rapport accompagnant la réforme montre que le droit est compris comme une excroissance de la volonté politique. Mais l'histoire du droit romain est encore vivante aujourd'hui. Il suffit d'ouvrir n'importe quelle revue ou ouvrage pour se rendre compte de l'extraordinaire pérennité de ce modèle intellectuel fondé sur une interprétation spécifique d'un champ propre qu'on appelle les sources du droit. Les jurisconsultes romains pourraient encore faire du droit à la Cour de cassation au 21^{ème} siècle. Ce serait sans doute moins vrai si le modèle de l'analyse économique devait s'imposer.

Nous n'avons donc pas grand-chose à craindre en soi de la réforme du droit des contrats. Le danger se situe plutôt en nous-mêmes. Si nous abandonnons cette forme propre d'analyse et d'interprétation des règles pour verser dans l'approche conséquentialiste, c'est par notre propre dispositif d'interprétation que nous épouserons l'idée de mettre le droit au service de l'économie. Mais si nous pensons en juristes, alors désormais nous ferons comme avant !

⁹⁴ Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, *passim*.

⁹⁵ A. Schiavone, précité, p.51, p.121, p.136, p.147, p.349.

⁹⁶ A. Schiavone, précité, p.50.

⁹⁷ A. Schiavone, précité, p.22.

⁹⁸ A. Schiavone, précité, p.51, p.283.