



HAL
open science

Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat

Hania Kassoul

► **To cite this version:**

Hania Kassoul. Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat. Cycle annuel de conférences d'ouverture du CERDP, Mar 2018, NICE, France. 10.3917/cnrs.verdi.1992.02 . hal-02182377

HAL Id: hal-02182377

<https://hal.science/hal-02182377v1>

Submitted on 27 Dec 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.

Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat

Hania Kassoul

« Interpréter les choses,
ce n'est rien d'autre que disposer les idées que nous en avons,
selon un ordre déterminé qui doit être le même que celui de ces choses »¹.

1. - Qu'est-ce qu'un contrat ? Parler des conceptions fondamentales du contrat et des théories qui fondent le modèle contractuel peut d'emblée donner l'impression d'une réflexion juridique désincarnée et déconnectée de la réalité. Ce sentiment tient certainement au fait que s'intéresser aux fondements théoriques du contrat renvoie à cette question aussi simple que vertigineuse : « qu'est-ce qu'un contrat ? ». Il faut assurément se méfier de l'apparente naïveté de la question, d'autant que le concept de contrat est pensé par différents champs scientifiques autres que le droit. Le philosophe pensera au contrat social², le théologien au pacte ou au serment³, le sociologue au contrat psychologique⁴, l'économiste à la « transaction » ou au « marché », etc⁵. Le juriste quant à lui pensera sans doute à un

¹ E. DURKHEIM, *Contribution de Montesquieu à la constitution de la science sociale*.

² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, in *Collection complète des oeuvres*, Genève, 1780-1789, vol. 1. Rapp. Th. HOBBS, *Le léviathan*, Flammarion, 2017 ; J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, 1992.

³ *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. C.N.R.S. Editions, « Hors collection », 1992, 458 pages. ISBN : 9782222045809. DOI : 10.3917/cnrs.verdi.1992.02. URL : <https://www.cairn.info/le-serment-1-signes-et-fonctions--9782222045809.htm>;

⁴ V. NEVEU, *La confiance organisationnelle : une approche en terme de contrat psychologique*, dir. J. Rojot, th. Paris I, 2004 ; A. MULLENBACH, « Le contrat psychologique : un levier du comportement au travail ? », *Revue de gestion des ressources humaines*, vol. 72, n°2, 2009, pp. 2-12.

⁵ V. not. G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, Méthodes et droit, 2009.

acte juridique, à l'autonomie de la volonté, mais aussi, selon les spécialités, émergeront les notions de contrats types et d'adhésion, de contrat de gré à gré, CDD, CDI, contrat unilatéral, synallagmatique, etc. Toutefois, globalement, on peut dire sans grand risque que les sciences humaines et sociales partagent l'idée selon laquelle un contrat est une notion clef. Nous conviendrons bien entendu que le contenu de cette notion est sujet à des variations parfois fortes. Cette plasticité propre aux sciences de l'Homme peut être de nature à décourager la compréhension de ce qu'est un contrat. De même que l'utilité d'une quête purement théorique doit faire face à la relativité des conclusions auxquelles elle pourrait mener, si l'on renonce à l'idée d'une conception pure et unique du contrat. Le droit positif sert alors de rampe de sécurité, d'expression concrète et structurante de ce que doit être le contrat aux yeux du législateur, du juge, de tous. Il donne un ordre à la fois matériel et conceptuel à la *chose* contractuelle, ce qui ne signifie pas que la théorie du contrat et la pratique ne se nourrissent pas de travaux pluridisciplinaires. Il n'en reste pas moins que, par l'effet d'une théorie classique bien ancrée dans le droit positif⁶, nous sommes encore habitués à voir le contrat presque exclusivement par le prisme dit volontariste, sans toujours prendre le temps de questionner la définition du modèle contractuel. Nous regardons ensuite quotidiennement le contrat dans une acception principalement limitée à ce que la pratique et la technique contractuelle nous en montrent, afin de donner corps à la théorie de l'autonomie de la volonté telle qu'elle domine la culture juridique française.

⁶ Héritage de la théorie kantienne du *willensdogma* et, plus tard, de travaux juridiques fondamentaux : F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, 1899, t.II, Paris, LGDJ, 1996 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, Paris, La Mémoire du Droit, 2001 ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912 ; R. PONCEAU, *La volonté dans le contrat suivant le Code civil, Essai d'une construction nouvelle*, th. Lyon, 1921 ; N. COUMAROS, *La rôle de la volonté dans l'acte juridique, Étude critique de la conception classique*, th. Bordeaux, 1931.

Pourtant, d'autres approches théoriques existent et permettent, très paradoxalement peut-être, de critiquer le dogme jugé « trop théorique » de l'autonomie de la volonté. Il faut d'ailleurs relever que le concept de contrat n'appartient pas à la famille des concepts purs. Il a maintes expressions et représentations variées dans l'ordre socio-économique. Réciproquement, la pratique n'est ni monolithique, ni vide de tout substrat théorique. Il se trouve d'ailleurs que ce constat est particulièrement vrai en ce qui concerne la théorie du contrat relationnel⁷.

⁷ M. MANDARD, « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises, Autour de l'œuvre de Ian MacNeil », *Annales des Mines, Gérer et comprendre*, 2012/3, n°109, p. 13 ; F. OST, « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, TAHC, LGDJ, 2001, p. 162 ; Y.-M. LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006. 1003 ; H. MUIR WATT, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, TAHC, LGDJ, 2001, p. 169 ; J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 60 et s. ; Ch. JAMIN, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.* 2005. 2343 ; C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, th. Nantes, 2004. Sur l'aspect économique, cf. O. E. WILLIAMSON, "Contested Exchange Versus the Governance of Contractual Relations", *Journal of Economic Perspectives*, 1993, 103-8 (Winter) ; O. HART et B. HOLMSTROM, *The theory of contracts*, 1985, version dactyl. corrigée 1986, Massachusetts Institute of technology, Yale School of organization and management and graduate School of business, Stanford University, p. 2 ; L. BAZZOLI et Th. KIRAT, « A propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons versus Williamson », *Economie appliquée*, t. 56, 2003, n°3, pp. 171-179 ; M. A. ESEINBERG, "Why there is no law of relational contracts", *Berkeley Law Scholarship Repository*, vol. 94, n°3, *Nw. U. L. Rev.*, p. 805, 1999 ; C. J. GOETZ et R. E. SCOTT, "Principles of relational contracts", vol. 67, *Va. L. Rev.*, 1981, p. 1089 ; J. M. FEINMAN, "Relational contract theory in context", *Academic Journal article*, *Northwestern University Law Review*, vol. 94, n°3, selon qui les obligations de coopérations sont un contrepoint de l'acceptation individualiste des rapports juridiques qu'a nourri la doctrine classique et néoclassique (sur l'école classique, cf. A. SMITH ; sur l'école néoclassique, cf. J. M. KEYNES). Sur l'apport au droit des doctrines politiques et économiques, cf. J. CARBONNIER, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1995 ; SUPIOT A. « La fonction anthropologique du droit », in *Entre*

2. - La théorie du contrat relationnel. Ce qui est formidable avec cette expression, c'est qu'elle laisse justement croire que nous allons par hypothèse penser la notion de contrat dans l'abstrait. **Théorie** du contrat relationnel. Or, cette construction théorique puise au contraire ses sources dans les courants du réalisme économique et de l'analyse économique du droit⁸. Elle cherche à construire le concept de contrat à partir de l'observation du phénomène contractuel, en tant que fait social et économique méritant d'être étudié dans son milieu. Ainsi, au même titre que l'on choisirait d'étudier la faune et la flore dans leur habitat et non de les disséquer dans un laboratoire, le pari de la théorie du contrat relationnel est d'ériger les principes et définition fondamentaux du modèle contractuel à partir de ses manifestations spontanées et sociologiques. L'idée phare est donc assez simple en ce qu'elle défend une approche théorique pragmatique de l'outil contractuel, de sorte que « *le processus de contractualisation doit être étudié dans le monde réel* »⁹. Le seul emploi du mot « *processus* » est un indice fort du paradigme défendu par le réalisme économique. Le

la loi et le contrat, Esprit, févr. 2001, p. 151 et s. ; G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS, *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009 ; J.-E. BRAY, « Du tout-Etat au tout-contrat ?, De l'entreprise citoyenne à l'entreprise du législateur ? », Dr. soc. 2000, p. 574 ; J.-M. PUGHON, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », Droits, vol. 12, 1990, p. 47.

⁸ V. not. R. COASE, "The problem of social cost", *Journal of Law and economics*, vol. 3, n°1, 1960 ; A. COULON, *L'école de Chicago, Que sais-je ?*, PUF ; L. BAZZOLI et Th. KIRAT, « La relation entre le droit et l'économie dans les traditions institutionnaliste et post-coasienne : enjeux pour l'analyse de l'évolution », *Economies et sociétés*, HS, n°35, pp. 69-90, et « A propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transaction économiques : Commons versus Williamson », *Economie Appliquée*, tome LVI, n°3, pp. 171-209 ; P. LASCOUMES ET E. SERVERIN, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », *Droit et Société*, 1988, n°9, pp. 165-87 ; R. POSNER, *The economics of justice*, 1983, et "The Law and Economic Movement", *American Economic Review*, vol. 77, n°2, May 1987, pp. 1-13 ; O. E. WILLIAMSON, "The New institutional Economics", *Journal of Economic Literature*, vol. 38, 2000.

⁹ R. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, 1991, in M. MANDARD, préc.

contrat est envisagé sous un angle cognitif. Il est surtout l'expression dynamique d'un rapport humain qui se définit progressivement et évolue dans le temps. À ce titre, on peut dire que la théorie du contrat relationnel a un ressort existentialiste, c'est-à-dire qu'elle donne sens au contrat *a posteriori* : le concept n'est pas défini en amont de la pratique, laquelle doit se conformer par déterminisme à une notion préétablie. Il naît au contraire après que le phénomène contractuel, libre de se former selon les besoins et les comportements humains, a permis d'offrir un sens conceptuel conforme à la réalité pratique. Le concept de contrat n'est donc rien d'autre qu'une interprétation d'un phénomène observé, rapporté et reconstruit conceptuellement.

3.- Annonce de plan. Se profile ici une opposition qui peut sembler profonde entre le modèle contractuel que nous dirons « classique », celui issu du modèle volontariste, et celui proposé par le réalisme économique. *Exit* la rigidité, il faut faire place à la flexibilité, à la plasticité de la norme contractuelle qui s'inscrit dans les comportements spontanés des contractants, tout au long de l'opération et non plus seulement dans le mythique échange instantané des consentements. Cette opposition va être le point de départ de l'édification de la théorie du contrat relationnel qui, très naturellement, va s'appuyer sur la déconstruction de la conception classique du contrat. Afin de saisir les raisons et les expressions de cette opposition, il sera nécessaire de s'intéresser plus en détail à ***la naissance et au contenu de la théorie du contrat relationnel (I)***.

Toutefois, il me paraît intéressant de se demander si l'antagonisme conceptuel entre doctrine classique et doctrine réaliste est insurmontable ou si, peut-être, il est permis de trouver dans le droit positif français des manifestations de l'approche relationnelle du contrat. Nous partirons alors à la recherche ***des traces d'une dimension relationnelle du contrat (II)***.

I/ NAISSANCE ET CONTENU DE LA THÉORIE DU CONTRAT RELATIONNEL

4. - Une subversion conceptuelle. La théorie du contrat relationnel a apporté, depuis les années 1970, un vent nouveau, un regard différent sur la norme contractuelle telle que nous l'enseignons dans les facultés de droit françaises, en la présentant moins comme un acte juridique que comme un flux d'activités et de comportements économiques. Cette subversion idéologique résulte d'un travail de déconstruction de la théorie classique et de reconstruction initialement fondé aux Etats-Unis d'Amérique, en 1960, par Ian MacNeil et Stewart Macaulay. C'est plus particulièrement Ian MacNeil qui a fondé les bases d'un système théorique déduit des recherches empiriques menées par Stewart Macaulay. Ils donnent ensemble naissance au concept de « contrat relationnel ». Puis, à partir des années 1980, le concept est réceptionné par les sciences économiques et managériales¹⁰ mais aussi en sociologie¹¹. Dans les années 1990, il réapparaît cette fois dans la pensée juridique pour traduire de nouvelles formes de contrats identifiables sur le marché. Aujourd'hui, on parle véritablement de théorie à part entière en ce qu'elle propose de redéfinir le paradigme à

¹⁰ Cf. par exemple : p. S. RING, A. H. VAN DE VEN, « Developmental Processes of Cooperative Interorganizational Relationships », *The Academy of Management Review*, Vol. 19, n°1, janv. 1994, pp. 90-118. ; H. DELERUE, C. BERARD, « Les dynamiques de la confiance dans les relations interorganisationnelles », *Revue française de gestion*, vol. 175, n°6, 2007, pp. 125-138 ; PH. MONIN, « Vers une théorie évolutionniste réaliste des alliances stratégiques », *Revue française de gestion*, vol. n° 139, no. 3, 2002, pp. 49-71 ; G. BIRAHIM, « La généralisation de la confiance, pivot de la performance dans les réseaux de franchise : proposition d'un modèle », *Management & Avenir*, vol. 22, no. 2, 2009, pp. 171-187 ; G. A. AKERLOF, R. J. SHILLER, "Animal Spirits. How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism", Princeton, Princeton University Press, 2009; A. ALESINA, E. LA FERRARA, « Who trusts others ? », *Journal of Public Economics*, n°85,2002, p. 207-234.

¹¹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, 1986.

partir duquel la naissance et la vie du contrat sont expliquées. Il s'agit sans aucun doute d'un sujet de débat universel, derrière lequel se profile un enjeu idéologique et sociopolitique majeur. Avant de définir le paradigme proposé par Ian MacNeil et Stewart Macaulay, faut-il encore en comprendre la genèse.

5. - La genèse. Dans les années 1970, dans le Wisconsin, les observations sociologiques de Stewart Macaulay portent sur l'industrie manufacturière et tendent à conclure que les acteurs du marché ne se soucient souvent que très peu d'explicitier et de formaliser leurs accords. Il relève une absence de document contractuel dans beaucoup de situations d'échange économique et par ailleurs un faible taux de recours au juge pour régler les litiges nés du contrat. L'observation de Stewart Macaulay montre que la régulation des comportements contractuels repose principalement sur l'autorégulation, laquelle s'appuie sur la confiance mutuelle et les usages du milieu commercial dans lequel l'échange est ancré. Il semblerait alors que, pour les parties au contrat, le souci de maintenir à long terme leurs relations d'affaires l'emporte clairement sur le rapport de force entre créancier et débiteur ou sur le contenu initial de l'engagement. Finalement, le bon déroulement de la vie des affaires tiendrait moins au respect strict des termes du contrat qu'au respect de normes relationnelles adaptées au besoin de faire perdurer et progresser la relation économique.

Quelle conclusion en tirer sur l'approche notionnelle du contrat ? La première concerne la déconnexion, selon Ian MacNeil, entre la théorie classique du contrat et le phénomène contractuel observable dans la réalité. Le chercheur va proposer *une description critique de la théorie classique (A)*, avant de proposer *le modèle du contrat relationnel (B)*.

A. LA DESCRIPTION CRITIQUE DE LA THÉORIE CLASSIQUE

6. - Observation comparée entre concept et pratique. Ian MacNeil met en lumière une déconnexion fondamentale à partir de

plusieurs points de comparaison entre la conception du contrat et la réalité du contrat.

Tout d'abord, il décrit la théorie classique comme une théorie des égoïsmes « *atomiques* », c'est-à-dire que les contractants sont présentés comme deux étrangers se rencontrant pour la première fois et ne recherchant que leur intérêt individuel. Il s'agit de l'archétype d'un contrat qui n'est regardé que par le prisme de la transaction¹², sans lien avec son contexte social et économique. La transaction est isolée, comme le sont par ailleurs les parties arc-boutées sur leurs égoïsmes, à l'occasion d'un échange instantané et d'un utilitarisme immédiat.

Ensuite, la transaction est enfermée dans un principe de « discrétion » (*discretness*). Le terme « discrétion » signifie ici que le contrat est ponctuel, délimité strictement dans le temps, et conclu entre des personnes anonymes qui ne se reverront jamais. Pour reprendre l'illustration de MacNeil, le contrat s'apparente à l'achat d'essence sur une aire d'autoroute en plein désert : il n'a aucune perspective antérieure ou ultérieure. Le contrat est accidentel, anecdotique et décontextualisé.

De plus, la transaction est sacralisée par la théorie classique qui veut que le contrat soit intangible et irrévocable, à la manière du serment. C'est ce qu'indiquent la théorie de l'autonomie de la volonté et les principes directeurs du droit des contrats en affirmant la force obligatoire. Le contrat est la loi des parties et il s'impose comme l'expression de prescriptions figées. Le temple contractuel, une fois érigé, devient inviolable.

Est alors déduite une véritable présentification du contrat. En effet, par la sacralisation du moment de la rencontre des volontés, où tout est joué en un instant, le futur est absorbé par le présent de la formation de l'acte. Les obligations et le calendrier d'exécution sont totalement orchestrés, planifiés, verrouillés, anticipés. La prévision est poussée à son paroxysme. Elle ne doit pas plier et doit rester la même qu'au jour où elle a été exprimée. Il en ressort que le contrat jouit d'une

¹² Cf. *infra* n°21.

sorte de perfection originelle : il est parfait dès sa conception et l'exécution doit se limiter à l'application de cette loi parfaite. Il y a ainsi un postulat de perfection de la prévision.

Enfin, en cas de litiges entre les contractants, il revient au tribunal étatique de trancher publiquement le litige afin de faire exécuter la loi transgressée. Ce caractère public découle directement de la conception selon laquelle les contractants sont deux étrangers qui entretiennent un rapport de force et méprisent les intérêts de l'autre.

7. - Remise en question théorique. À partir de cet état de lieux, MacNeil remet drastiquement en cause le paradigme traditionnel basé sur la théorie de l'autonomie de la volonté en le confrontant à l'expérience pratique du contrat. Il dément effectivement chacun des points précités, relevé empirique à l'appui, au travers de ce que je résumerai en trois points touchant à la **perfection** et à la **discrétion** du contrat, ainsi qu'au **recours aux tribunaux étatiques** en cas de litige.

7 bis. - (Perfection). En effet, il avance premièrement que le contrat, présumé « parfait » par la théorie classique, est en fait nécessairement incomplet. Mais il est complété et même ajusté *a posteriori* par les parties. Ce complément est possible grâce à un principe de coopération et de solidarité mis en œuvre spontanément par les parties, particulièrement en droit des affaires¹³. Pourquoi ? Parce

¹³ B. MAGERAN, *Les relations d'affaires en droit des obligations*, préf. E. LOQUIN, PUAM, 2003, p. 135 : « *l'affection contractus est comparable à l'affectio societatis en matière de sociétés. Il développe un devoir de collaboration nécessaire à la réalisation nécessaire de tout contrat, devoir qui est aussi dénommé animus cooperandi* ». Adde C. THIBIERGEGUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997. 362 ; J.-F. RENUCCI, « L'identité du contractant », RTD com. 1993. 362 ; J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 51 ; E. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat », RRJ 2000, n°4, p. 1393 ; B. LE BARS, « La résiliation du contrat pour cause d'intérêt légitime », D. 2002. 381 ; p. PUIG, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », LPA 2009, n°46, p. 93 ; F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », ADP 43, 1999, p. 302. Adde J. MESTRE, « D'une exigence de bonne

que l'expérience montre que la rationalité illimitée prêtée par la théorie classique aux agents économiques, réputés capables de tout prévoir *ex ante*, est simplement illusoire. Au contraire, les parties rencontrent et satisfont le besoin d'adapter leur relation contractuelle *ex post*.

7 ter. - (Discrétion). Deuxièmement, le principe de discrétion (illustré par l'achat d'essence sur une aire d'autoroute) est une représentation « limite » de l'opération contractuelle. Cette représentation est limite parce que ce type de situation, excluant la prise en compte du passé et du futur dans l'acte de contracter entre deux personnes supposées anonymes, n'est pas représentatif de la vie des affaires. Les affaires s'inscrivent à contre-courant de cette conception puisque, pour fleurir, les échanges commerciaux ont des retentissements liés aux liens sociaux et économiques entre les parties qui, très souvent, sont des personnes qui se connaissent. Les parties ne sont donc pas étrangères l'une à l'autre : elles ont déjà une réputation sur le marché, des affaires en cours, des antécédents ou des projets en gestation en-dehors de la transaction observée. Ce contexte a nécessairement un impact fort sur l'acte de contracter et sur le comportement et les attentes de chaque partie.

7 quater. - (Justice étatique). Troisièmement, le recours à la sanction publique en cas de litige *inter partes* n'apparaît pas comme la voie privilégiée par les parties. Elles montrent plutôt leur intérêt pour un mode de résolution amiable, discret et rapide de leur désaccord. En cas de difficulté, elles préféreront encore recourir à l'arbitrage qui a l'avantage d'offrir aux parties ce qu'elles veulent, à savoir retourner le plus facilement possible à leurs affaires (ensemble ou séparément en

foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986. 101 ; PICOD Y., « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », JCP, 1988, I, 3318 ; G. MORIN, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : droit et pratique », DPCI, 1980, T. 6 p. 9 et s. ; E. LORENZ, "Trust, contract and economic cooperation", Cambridge Journal of Economics, vol. 23, n°3, mai, p. 301.

cas de rupture de la relation). Macaulay résume cette idée, en 1963, dans une déclaration devenue relativement célèbre :

« Si quelque chose arrive, vous appelez l'autre au téléphone et vous discutez du problème. Vous ne lisez pas les clauses du contrat à l'autre si jamais vous voulez de nouveau faire des affaires. On n'a pas recours aux avocats si on veut rester en affaires, on doit se comporter décemment »¹⁴.

Pourquoi ? Parce que le litige est vécu comme un événement qui nuit aux intérêts communs. Il n'est donc pas l'occasion d'un bras de fer qui accaparerait les parties dans un procès devenu plus important que le contrat lui-même. Le litige doit se limiter à une contingence qui doit être efficacement traité pour ne pas perdre de vue l'essentiel : poursuivre les activités économiques le mieux possible.

¹⁴ M. MANDARD, « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises. Autour de Ian MacNeil », in *Annales des Mines – Gérer et comprendre*, vol. 109, n°3, 2012, pp. 13-22. Sur le développement des codes de bonne conduite, cf. D. GUINARD, « À propos du soft law en droit de l'Union européenne : analyses théorique et pratique », *Rev. UE* 2013. 609 ; C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 599 ; L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD civ.* 2015. 517. Adde B. FLIESS et K. GORDON, *Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu*, OCDE, juin 2000 ; V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *Codes de bonne conduite, Chartes éthiques, Outils de gestion des risques*, Lamy Conformité, 2012 ; C. COUPET, « Les normes d'origine privée », *RTD com.* 2015. 437 ; DEUMIER P., « Appliquer, expliquer ou sanctionner ? », in *Le s c o d e s d'éthique*, Prémices d'une gouvernance d'entreprise transnationale, Cah. dr. ent. 2014, n°4, p. 37 ; I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Normativités concurrentes, vol. 3, Limal, Anthémis, Publications de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2013, p. 114 s. ; M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, th. Saint-Étienne, 2016. Ph. BRUNSWICK., « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », *Cahiers de l'entreprise*, 1, janv.-févr. 2016, p. 17 et s. ; B. PEREIRA, « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *Management & Avenir*, 2009/1 (n°21), p. 26-43. DOI : 10.3917/mav.021.0026. URL : <https://www.cairn.info/revue-management-et-avenir-2009-1-page-26.htm>.

En somme, la fracture révélée entre la théorie classique et la réalité pratique montre que le contrat présumé complet est incomplet, la rationalité des parties jugée parfaite est imparfaite, que l'identité des parties considérées sans importance est centrale, que la loi contractuelle obéit davantage au besoin de préservation et d'harmonisation de la relation qu'à son affirmation normative. Voilà ce qui décrit le glissement d'une approche philosophique du contrat vers une approche plus sociologique, d'une perspective normative vers une perspective relationnelle.

Il en résulte une certaine plasticité des obligations, lesquelles ne doivent pas, rigidement, s'astreindre à conserver la forme et le contenu prédéfinis *ex ante* (approche statique du contrat) mais peuvent/doivent épouser le cours de la relation et des événements qui la gouvernent (approche dynamique). Le contrat relationnel obéit alors à une loi d'adaptation et de flexibilité. Toutefois, il convient de formuler tout de suite deux remarques pour ne pas caricaturer la théorie du contrat relationnel.

8. - Première remarque. La flexibilité n'est pas toujours synonyme de plus de liberté, du moins en ce qui concerne le pouvoir de sortir de la relation contractuelle. En effet, si la souplesse des obligations est au service du maintien de la relation, le corollaire naturel est que les raisons d'en sortir se réduisent. Les parties se sont effectivement engagées à tout faire pour assurer la primauté d'un partenariat pragmatique sur le contenu obligationnel. Il s'agit du contrepied de ce que l'on a pu appeler le *favor contractus*¹⁵, une sorte de

¹⁵ J. PUDICO, *Le principe du favor contractus*, th. Montpellier, dir. L.-F. PIGNARRE, 2012 ; A. A. NGWANZA, *La « Favor Contractus » dans les Principes Unidroit et l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats en OHADA*, th. Paris Sud, dir. Ch. SERAGLINI, 2011 ; E. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 2010/1 (t. XXIV, 1), p. 81-101. DOI : 10.3917/ride.241.0081. URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2010-1-page-81.htm>.

démarche inverse qui s'apparente davantage à une devise *favor cooperatio*. Evidemment, si la rupture du contrat est néanmoins dans l'intérêt commun des contractants, elle s'inscrit alors parfaitement et facilement dans cet esprit de coopération. Mais le contrat relationnel encourageant l'inscription dans le temps de la relation, la durée du partenariat ne sera pas sans renforcer l'engagement. Secrets partagés, collaboration renforcée, dépendance économique... Les relations de longues durées provoquent en effet pour les parties un « *lock-in effect* », phénomène théorisé notamment par les économistes (récompensés par le Prix Nobel) Hart et Holmstrom ainsi que Williamson¹⁶, à savoir l'effet de verrouillage qui se produit quand deux acteurs du marché décident de s'engager sur une relation contractuelle à long terme¹⁷. C'est précisément la pérennité du lien contractuel et la réitération des transactions entre mêmes partenaires qui apportent sa valeur économique à la relation, parce que le contrat crée une régulation pour les contractants qui n'existait pas sur le marché avant l'engagement et qui n'existe pas en dehors de l'expérience contractuelle partagée. Verrouiller une relation avec un partenaire sur le marché, c'est donc garantir la stabilité et la domination d'une partie du marché¹⁸, mais aussi une forme de dépendance.

¹⁶ O. HART et B. HOLMSTROM, *The theory of contracts*, 1985, version dactyl. corrigée 1986, Massachusetts Institute of technology, Yale School of organization and management and graduate School of business, Stanford University, p. 2 : « *giver this "lock-in" effect, each party will have some monopoly power ex-post, although there may be plenty of competition ex-ante before investments are sunk. Since the parties cannot rely on the market once their relationship is underway, the obvious way for them to regulate, and divide the gains from, trade is via a long-term contract* ».

¹⁷ Rappr. E. CRAWFORD SPENCER, *The regulation of franchising in the new global economy*, Edward Elgar Pub, 2010, p. 111.

¹⁸ Rappr. Ph. MONIN, « Vers une théorie évolutionniste réaliste des alliances stratégiques », *Revue française de gestion*, 2002/3 (n° 139), p. 49-71. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2002-3-page-49.htm>. Rappr. ég. *infra* n°22 et s.

9. - Seconde remarque. - Souplesse ne veut pas dire absence totale de règles et de régulation. Cela veut simplement dire que le contrat doit être exécuté de manière compréhensive et contextualisée. A ce titre, la théorie de MacNeil fait valoir l'existence de règles, de normes, qui doivent s'appliquer au contrat relationnel. Doivent d'abord s'imposer des principes d'action qui servent à réguler les comportements. Cette régulation est assurée ainsi par des *governance mechanisms*¹⁹ : des mécanismes de gouvernance de source étatique sans doute, mais également issus des usages commerciaux, déontologiques, institutionnels, et évidemment de normes de comportement construites par les parties elles-mêmes à l'occasion de leurs échanges.

Une fois cette description faite, la théorie du contrat relationnel va s'employer à faire une contre-proposition afin d'échafauder un nouveau modèle à partir des observations de terrain et de la critique faite à la théorie contractualiste.

B. LA CONTRE-PROPOSITION THÉORIQUE

La théorie de MacNeil, basée, on le rappelle, sur l'observation des comportements des acteurs économiques, retient dix normes susceptibles d'être développées *ex post* par les parties. Plutôt que de lister ces mécanismes de gouvernance, je vous propose plutôt d'identifier trois pôles principaux les recouvrant.

¹⁹ Terminologie employée par Oliver Williamson, soulignant que si la préparation *ex ante* du contrat donne un cadre à la relation, les *governance mechanisms* permettent de gérer la mise en œuvre *ex post* de manière à optimiser la valeur de l'opération, in O. WILLIAMSON, « Economics and organization : A primer », in *California management review*, (winter 2016). Elle se définit comme les procédés détectant, solutionnant et minimisant l'opportunisme postcontractuel, in J. R. MCGUIGAN, R. Ch. MOYEN et F. H. B. HARRIS, *Managerial Economics*, préc., p. 555 (« processes to detect, resolve, and reduce post - contractual opportunism »).

10. - Premier pôle : la coopération. Le pôle de la coopération organise une restriction des buts individuels en vue du développement de buts profitables à toutes les parties. Cela implique donc de privilégier les intérêts partagés à ceux regardés comme « atomiques » - et c'est là un trait caractéristique de l'approche relationnelle du contrat²⁰. Pour cela, les parties s'engagent à renoncer aux opportunités qui nuiraient à la relation. Elles obéissent ainsi à un devoir de fidélité et de (re)construction perpétuelle de la relation²¹. La coopération repose encore sur un principe de solidarité, lequel fait la promotion de normes cohésives, c'est-à-dire qui favorise le partenariat et une répartition réajustable des droits et obligations de chaque partie selon l'équité. Chaque contractant doit tirer profit du contrat, tout au long de l'exécution, sans que cela pénalise son cocontractant. Parmi les normes cohésives figurent notamment la confiance, laquelle trouve à s'exprimer indifféremment des prévisions contractuelles. MacNeil souligne notamment que la coopération passe au premier plan par le fait pour chaque partie d'accomplir ses propres engagements et de respecter le *planning* opérationnel convenu sauf empêchement. Si l'on s'en tient à cette approche de la confiance, à mon sens, alors la confiance doit être lue comme un principe selon lequel les parties doivent par leur comportement instaurer des habitudes favorisant la confiance. Il s'agit donc d'une norme de fiabilité, de respect de la parole donnée que l'on peut lire en creux du principe de confiance, au même titre que le devoir

²⁰ La théorie du contrat relationnel est d'ailleurs rapprochée des courants de pensée de Durkheim, alors que la théorie classique est associée au libéralisme de Hobbes et Smith. Cf. not. M. Mandard, préc.

²¹ V. la définition de la coopération a déjà ainsi été formulée « des mécanismes socialement imposés pour réaliser une action commune, et qui sont continuellement façonnés et restructurés par les actions et les interprétations symboliques des différentes parties », in p. S. RING, A. H. VAN DE VEN, "Developmental Processes of Cooperative Interorganizational Relationships", *The Academy of Management Review*, Vol. 19, n°1, janv. 1994, pp. 90-118.

de ne pas tromper le partenaire aussi bien sur ce que l'on dit que sur que l'on fait, ou sur les attentes que l'on suscite²².

D'ailleurs, une remarque peut toutefois être formulée : la confiance ne s'impose en soi comme un devoir de comportement (« *tu dois me faire confiance – je dois te faire confiance* »), mais plutôt comme une valeur organisationnelle traduite par des obligations qu'elle rend nécessaires. C'est même un modèle, dirons-nous, que l'on retrouve parfois de manière très claire dans le contentieux. Tel est le cas notamment dans les contrats administratifs pour lesquels d'aucuns relèvent, non sans nuance, que « *la bonne marche du contrat sembl[e] avant tout reposer sur le "modèle de la confiance" accordée au titulaire préalablement et soigneusement sélectionné à cette fin* »²³. Mais on

²² G. PARLEANI, « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, n°hors-série 3, p. 74, spéc. n°38 et s. ; *Com.*, 22 févr. 2000, pourvoi n°97-17.020, D. 2000, AJ, p. 153, obs. E. CHEVRIER. Sur le glissement de la confiance « intime » et interpersonnelle au sein de la relation informelle vers une confiance gouvernée et structurée, cf. N. DARENE, « L'impact des pratiques industrielles contemporaines sur la confiance inter-organisationnelle dans la sous-traitance du luxe », *Projectics / Proyética / Projectique*, 2012/2 (n°11-12), p. 97-110. DOI : 10.3917/proj.011.0097. URL : <https://www.cairn.info/revue-projectique-2012-2-page-97.htm>; B. GUEYE, « La généralisation de la confiance, pivot de la performance dans les réseaux de franchise : proposition d'un modèle », *Management & Avenir*, 2009/2 (n°22), p. 171-187. DOI : 10.3917/mav.022.0171. URL : <https://www.cairn.info/revue-management-et-avenir-2009-2-page-171.htm>; H. DELERUE, C. BERARD, « Les dynamiques de la confiance dans les relations interorganisationnelles », *Revue française de gestion*, 2007/6 (n°175), p. 125-138. DOI : 10.3166/rfg.175.125-138. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2007-6-page-125.htm>. V. en outre : A.-Cl. CHENE, J. LE GOFF, « Les entreprises peuvent-elles faire confiance à la confiance ? Une exploration du lien contrôle-confiance comme principe organisationnel », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, 2017/56 (Vol. XXIII), p. 185-204. URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-psychosociologie-de-gestion-des-comportements-organisationnels-2017-56-page-185.htm>.

²³ D. RICCARDI, « Les transformations des régimes d'inexécution des contrats administratifs », in RFDA 2018. 929. L'auteur souligne cependant que « *c'est incontestablement attribuer trop de mérite et de vertu à la phase de passation. Une*

précisera qu'il ne faut pas avoir une représentation trop naïve de cette valeur qui, comme je l'ai dit, est organisationnelle, c'est-à-dire qu'elle a avant tout pour fonction de servir la performance de l'opération. Bien que fortement colorée de considérations déontologiques, la confiance est effectivement une norme stratégique qui permet de créer des alliances sur le marché. Le devoir peut donc davantage se résumer comme celui d'offrir des gages de confiance et de travailler en bonne intelligence.

11. - Deuxième pôle : la flexibilité. Je ne vais pas longuement expliciter le pôle de la flexibilité car il s'inscrit dans la droite lignée de ce que je viens de développer. Il est l'expression de l'idée selon laquelle la relation prime sur le contenu de l'accord. C'est ainsi que les parties s'engageant naturellement à adapter le calendrier et les prévisions selon les besoins, selon le cours des événements et à adopter des comportements en fonction des circonstances²⁴.

12. - Troisième pôle : la réciprocité. Parler de réciprocité peut sembler évident dans un contrat, précisément pour les contrats synallagmatiques, mais ne serait-ce, de façon générale parce que l'acte de contracter repose sur un échange de volontés. Mais ici, la réciprocité vise spécialement la répartition des pouvoirs entre les parties, qu'il s'agisse des pouvoirs de négociation ou de décision. Elle vise encore l'harmonisation des pratiques contractuelles, des modes de communication, ainsi que l'échange d'informations²⁵. La réciprocité repose ainsi sur l'équilibre des forces et sur la promotion d'usages

amélioration du suivi d'exécution suppose de répondre à deux questions. Quelle est la marge de liberté de l'administration face à l'inexécution ? Et qui peut la contrôler ? ».

²⁴ Cf. *infra* n°20.

²⁵ D. MAUREL, A. CHEBBI, « La perception de la confiance informationnelle. Impacts sur les comportements informationnels et les pratiques documentaires en contexte organisationnel », *Communication & Organisation*, vol. 42, n°2, 2012, pp. 73-90.

communs. Elle traduit l'idée d'une certaine « horizontalité » de la relation.

La question peut se poser de savoir si l'intensité de ces modes de gouvernance progresse selon la durée de l'engagement. On pourrait spontanément penser que ces normes vont s'imposer avec plus ou moins de force suivant le temps de la relation. Toutefois, si l'on reste ancré dans le système proposé par MacNeil. Ces différentes normes doivent gouverner la relation dès le rapprochement des parties, même si on ne peut nier que la durée de la relation partagée sera de nature à durcir les sanctions et aggraver les préjudices nés d'éventuelles fautes.

Mais d'un point de vue classique, la dimension relationnelle du contrat peut être prise en compte pour apprécier le comportement des parties. Dans ce cas, la faute sera appréciée selon le niveau d'engagement relationnel précisément, invitant le juge à apprécier différemment le comportement d'un débiteur selon que le contrat a un jour, un mois, un an ou une décennie. La maximisation des intérêts individuels propres à la théorie contractuelle classique sera proportionnellement affaiblie par la durée de la relation ; et réciproquement. Autrement dit, plus l'expérience partagée sera stable et durable, plus chaque partie devra s'intéresser aux intérêts de l'autre. D'ailleurs, il est permis de relever qu'entre le contrat discret²⁶ et le contrat purement relationnel, des dégradés sont observables. On y trouve ce que la doctrine a appelé les contrats néoclassiques, c'est-à-dire ceux qui sont formalisés conformément à la conception classique du contrat, mais qui tiennent explicitement compte de la dimension relationnelle de l'opération²⁷.

²⁶ Cf. *supra* n°6.

²⁷ M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, "Theories of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs, and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics*, 3, n°4 ; B. CORIAT et O. WEINSTEIN, « Les théories de la firme entre « contrats » et « compétences », Une revue critique des développements contemporains », REI, 129-130, juin 2010, pp. 57-86 ; I. MACNEIL, "Contracts : Adjustments of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract

De façon plus générale, on peut même affirmer que la durée de la relation va être de nature à alourdir les devoirs des parties. C'est d'ailleurs ce que vient mettre en lumière la notion de *lock-in effect* précitée²⁸. Littéralement « effet de verrouillage », cette notion met en avant la pérennité subie de la relation²⁹, laquelle peut devenir un facteur de déséquilibre du marché³⁰ : « la durée est un facteur de sécurité, mais aussi de sclérose »³¹. En ce sens, le *lock-in effect* est à rapprocher du

Law“, *Northwestern University Law Review*, 1978, vol. 72 (january-february), pp. 854-905).

²⁸ Cf. *supra* n°9.

²⁹ La relation instaurée par le contrat de travail en est une illustration, in O. HART et B. HOLMSTROM, *The theory of contracts, op. cit.*, p. 53. Rapp. la notion « *path dependence* » (sentiers de dépendance) et de « *vendor's lock-in effect* » (enfermement propriétaire) qui repose, par exemple, sur la création par un fournisseur d'une spécificité sur son produit, de manière à ce qu'il ne soit pas utilisable en-dehors de la relation contractuelle : cf. S. J. LIEBOWITZ et S. E. MARGOLIS, "Path dependence, lock-in and history", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1995, 11: 205-226; O. E. WILLIAMSON, « Contested Exchange Versus the Governance of Contractual Relations », *Journal of Economic Perspectives*, 1993, 103-8 (Winter); S. J. LIEBOWITZ et S. E. MARGOLIS, "Path Dependence" entry in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, MacMillan, 1998. Adde Décision de la commission du 4 févr. 1998, n°98/526/CE, JOCE 21 août 1998, L 234/25, spec. n°75, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord EEE, *Affaire IV/M.950 – Hoffman La Roche/Boehringer Mannheim*.

³⁰ O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Bibl. de dr. privé, t. 322, LGDJ, 1999 ; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000 ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002. V. ég. la notion d'imprévision introduite par le nouvel article 1195 du Code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.*, n°522 et s. ; comp. (anté.) BOUTHINON-DUMAS H., « *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* », art. préc.

³¹ A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. de dr. privé, t. 475, LGDJ, n°13, ajoutant que « l'on sait la difficulté d'arbitrer entre ces deux impératifs opposés que sont la stabilité du contrat [...] et la liberté individuelle ».

concept économique de *path dependence* et de *vendor's lock-in effect*³². Le recours au contrat relationnel, au vu des normes cohésives dont il fait la promotion, va certes permettre aux parties de créer sur le marché une zone d'autorégulation, mais elle va également conditionner et limiter les opportunités pour chacun des contractants.

Après ce rapide exposé de ce qu'est la théorie du contrat relationnel et en quoi elle entend rompre avec la théorie classique, il semble utile de déterminer si le droit français, dont la culture en la matière est classique, n'intègre pas d'une manière ou d'une autre la dimension relationnelle du contrat.

II/ TRACES DE LA DIMENSION RELATIONNELLE EN DROIT POSITIF

13.- Evolution du droit positif. En y regardant de près, le contentieux est révélateur d'une approche plus sociologique du contrat, même si elle n'est pas fondamentalement (dans ses racines théoriques classiques) sociologique. Il n'empêche que, le contrat étant un vocable unique pour une pluralité de réalités, et la liberté contractuelle étant tempérée par des normes régulatrices, la jurisprudence et les droits spéciaux ont permis le développement d'outils propres à mettre en valeur la relation contractuelle et les normes cohésives susceptibles de s'y appliquer. De même, l'évolution des modèles économiques ainsi que le nouveau droit des contrats, sont venus souligner une approche plus pragmatique de la relation contractuelle. Le juge orchestre naturellement cette application tantôt vers plus de solidarisme, tantôt en défendant le libéralisme contractuel. Mais les parties aussi se saisissent de cet enjeu en allant jusqu'à formaliser, au sein de leur contrat, des

³² B. PALIER, "Path dependence (Dépendance au chemin emprunté)", in Laurie Boussaguet éd., *Dictionnaire des politiques publiques. 3e édition actualisée et augmentée*. Paris, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), « Références », 2010, p. 411-419. URL : <https://www.cairn.info/dictionnaire-des-politiques-publiques--9782724611755.htm-page-411.htm>

mécanismes de gouvernance clairement rattachés à une approche relationnelle de l'engagement. Dans tous les cas, il apparaît que l'approche relationnelle, réaliste dit-on encore, est incorporée dans l'approche plus classique.

Même lorsque les parties n'ont pas exprimé la dimension relationnelle de leur accord, cela n'empêchera pas la loi ou le juge de promouvoir assez clairement une conception relationnelle de l'engagement (ou, du moins, d'en tenir compte). Dans d'autres cas, la conception relationnelle peut être explicitée via des stipulations expresses. Mais parfois, la dimension relationnelle se niche là où on ne l'attend pas forcément, au sein de contrats traditionnellement présentés comme transactionnels. Elle est alors plus implicite. Nous distinguerons donc simplement entre ces cas de figures, ce qui donnera lieu à une première partie consacrée aux *traces explicites de la dimension relationnelle (A)*, et à une seconde partie dédiée aux *traces implicites (B)*.

A. LES TRACES EXPLICITES

14.- Pôle le plus représenté : la coopération³³. Plusieurs mécanismes expriment assez clairement la prise en compte de la dimension relationnelle du contrat. On peut compter la bien connue notion de rupture brutale des relations commerciales établies, mais aussi celle de tacite reconduction. De façon générale, c'est souvent le concept de loyauté qui permet d'évaluer le comportement des contractants. Il vient souligner une solidarité *minimum* attendue de leur part. Enfin, c'est parfois l'historique entre les parties dont la jurisprudence tiendra compte pour régler le contentieux contractuel. On va observer à travers ces exemples que l'expression la plus affirmée et classique de la dimension relationnelle est, sans surprise, celle du pôle de la coopération.

³³ Cf. *supra* n°10.

15.- La rupture brutale. Prévues par l'article L.442-6-I.5° du Code de commerce, la rupture brutale des relations commerciales est une faute délictuelle³⁴. Elle est sanctionnée en ce qu'elle porte préjudice au partenaire, mais aussi, on le précisera, en ce qu'elle peut constituer une pratique anticoncurrentielle. Ce qui est intéressant, c'est que cette sanction prévue par le Code de commerce met en avant une conception *immatérielle* de la relation contractuelle, dans le sens où la relation commerciale n'a pas besoin d'être formalisée par un contrat pour être identifiée. Dans son rapport annuel pour 2008, la Cour de cassation énonce en effet ce qu'il faut entendre par rupture brutale des relations commerciales établies : « *la relation commerciale entre les parties revêtait avant la rupture un caractère suivi, stable et habituel et où la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* »³⁵. On ne parle pas d'un contrat, ou même de contrats au pluriel, mais bien d'un **flux d'affaires**. Il faut ajouter que la jurisprudence permet que la preuve de l'anticipation raisonnable de la rupture puisse être rapportée par un contrat en cours ou échu, de sorte que la relation transcende précisément l'acte qui supporterait une transaction et peut ressortir de plusieurs actes séparés ou éteints. L'idée est que le partenaire doit pouvoir raisonnablement anticiper la rupture des rapports habituels et ses conséquences afin de réorganiser son affaire et ne pas souffrir d'une perte soudaine d'activité. La durée du

³⁴ Cf. not. sur la notion N. MATHEY, J-Cl. Concurrence – Consommation, Fasc. 300 : « Rupture brutale des relations commerciales établies », 2012 ; Y. STRICKLER, « Les rapports d'affaires », Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse 1995, pp. 27-57 ; J. VOGEL et L. VOGEL, *La rupture brutale de relations commerciales établies*, Bruylant, 2e éd., 2017 ; M. IGNATOFF, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur la notion de rupture brutale des relations commerciales établies », AJ contrat 2017. 203 ; MAINGUY D., « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », D. 2011. 1495.

³⁵ Cf. p. 307 du rapport disponible sur : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/.

préavis à accorder dépend d'ailleurs du temps nécessaire au partenaire évincé pour réorienter son activité et trouver éventuellement de nouveaux partenaires, *dixit* la Cour d'appel de Paris en 2017³⁶. Le préjudice résultant du caractère brutal de la rupture est constitué par la perte de la marge dont la victime pouvait escompter bénéficier pendant la durée du préavis qui aurait dû lui être accordé³⁷.

Cette sanction est d'autant plus utile que les dispositions qui y sont relatives concernent particulièrement les contrats d'assujettissement³⁸ (et s'il y a assujettissement, il y a alors contradiction avec un autre pôle de la théorie relationnelle : la réciprocité³⁹). Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'article L.146-2-I est situé dans un chapitre du Code de commerce relatif aux pratiques restrictives de la concurrence dont l'origine se trouve dans la *Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales*.

16.- La loyauté. La notion de loyauté s'enracine naturellement dans le troisième alinéa de l'ancien article 1134 du Code civil, devenu 1104, qui prévoit que les conventions doivent être exécutées de bonne foi⁴⁰. Cette prescription légale sert d'appui une approche plus

³⁶ [Paris, Pôle 5, ch. 4, 20 déc. 2017, n°15/20154 - Paris, Pôle 5, ch. 5, 14 déc. 2017, n°16/04578](#)

³⁷ [Paris, Pôle 5, ch. 4, 17 janv. 2018, n°15/17101](#).

³⁸ J. CEDRAS, « Liberté, égalité, contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *in* Rapport de la Cour de cassation 2003, p. 186 et s.

³⁹ Cf. *supra* n°12.

⁴⁰ Sur la bonne foi en général, v. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, L'essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibl. de dr. priv., 2000 ; D. MAZEAUD, « La bonne foi : en arrière toute ? », D. 2006 ; Ph. LE TOURNEAU et M. POUMARÈDE, *Rép. dr. civ. Dalloz, « Bonne foi »*, janv. 2017 ; LEVY J.-Ph. et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, Dalloz, Précis, 2e éd.*, p. 722. *Adde* J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 1990, n°139 et s., parlant d'une « coutume d'origine savante » et d'une idée en « suspension dans l'esprit de notre droit » ; M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015. 816. Cf. déjà Loysel, pour qui « tous contrats sont de bonne foi » ; J. DOMAT, *Les lois civiles*, p. AUBOÛIN,

subjective du contrat, en ce sens qu'elle permet d'apprécier le comportement des parties dans la formation et l'exécution de leur convention, mais également l'impact de ce comportement sur les attentes de l'autre partie. C'est ainsi que sur le fondement de l'obligation de bonne foi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu la faute du contractant qui, tout en n'ignorant pas que la situation de la société était désespérée et ne pouvait conduire qu'à la déclaration de son état de cessation des paiements, a cependant poursuivi des négociations de reprise après le prononcé du redressement judiciaire, entretenant de manière illusoire l'espoir d'une cession⁴¹. Est également fautif le fait pour une société qui, n'ayant adressé aucun reproche à son cocontractant pendant la durée de leurs relations commerciales, fait le choix de substituer sa filiale à la société cocontractante, mais ne met pas fin aux pourparlers, sollicitant même par courrier une modification du protocole, suscitant ainsi la confiance dans la conclusion du contrat envisagé, les pourparlers étant suffisamment avancés pour faire légitimement croire que ceux-ci allaient aboutir⁴². L'autre exemple est celui du concédant qui résilie le contrat de concession sans ignorer les difficultés causées à son cocontractant par l'impact de la rupture sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce, alors même que ce dernier cherche justement à vendre ce fonds de commerce. Pour constituer l'abus dans la rupture, il a alors suffi de relever la connaissance par le concédant de l'entrave faite à la reconversion du concessionnaire, sans avoir à lui

p. EMERY et C. CLOUZIER, 1697, Première partie, Livre 1er, Titre 1er, Section 3 : « *il n'y a aucune convention où il ne soit sous - entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi avec tous ses effets que l'équité peut y demander, tant dans la manière de s'exprimer dans la convention que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toute les suites* » ; comp. K. VINCENT, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », in Les cahiers de droit, Université de Laval, vol. 41, n°3, 2000, p. 467. 1486. *Adde* D. GARDNER et B. MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », Les cahiers de droit, Université de Laval, vol. 48, 2007, p. 543.

⁴¹ Com. 18 juin 2002, inédit, pourvoi n°99-16.488.

⁴² Com. 25 févr. 2003, inédit, pourvoi n°01-12.660.

imposer une obligation d'assistance, ni faire valoir que la résiliation faisait obstacle à la cession⁴³. Ainsi, la société concédante, **ayant pourtant respecté le délai de préavis prévu contractuellement**, n'avait pas satisfait à l'obligation de bonne foi dont elle était débitrice dans l'exercice de son droit de rompre. En revanche, ce n'est pas pour autant qu'il existe une obligation d'assistance dans cette reconversion⁴⁴, où l'on voit que le modèle relationnel reste limité.

Ensuite, outre le pôle de la coopération, le droit positif montre que le contrat n'est pas toujours envisagé selon le principe de discrétion. Qu'il s'agisse de mécanismes issus de la théorie générale ou des droits spéciaux, le législateur a prévu des outils permettant de prendre en considération la situation des parties qui contractent sans être étrangères l'une à l'autre. De même, la jurisprudence a dû trouver les solutions au contentieux naissant à l'occasion de contrats formés entre des contractants qui se connaissent et dont le passé commun doit permettre de contextualiser l'acte de contracter. Ces exemples sont ceux de la tacite reconduction (n°18), de la réitération d'opérations identiques et successives en droit du crédit (n°19) et de la distribution sélective (n°20).

17.- La tacite reconduction. L'Article 1215 (nouveau) du Code civil, héritier de l'ancien article 1738, prévoit que *« lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les*

⁴³ Com. 8 oct. 2013, pourvoi n°12-22.952, préc., Rapp. Com. 16 déc. 2008, inédit, pourvoi n°07-21.903 ; Com. 14 sept. 2009, inédit, pourvoi n°08-20.992. Rapp. (solidarité renforcée au moment de la reconversion) 11 févr. et 26 mars 1999, RTD civ. 2000. 114, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 1999, II, n°10244, obs. J.-P. CHAZAL.

⁴⁴ (critique) D. MAZEAUD, « Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vue de sa reconversion lors de la rupture du contrat », D. 2002. 2842. Rapp. Com. 25 avr. 2001, D. 2001, Somm. p. 3237, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2002, p. 99, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Dr. et patrimoine juill.-août 2001, p. 109, obs. p. CHAUVEL ; D. 2002, AJ p. 1754, obs. E. CHEVRIER.

*contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a **tacite reconduction**. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat* ». L'aspect relationnel peut sembler ici évident : on adosse la formation du contrat au comportement des parties – comportement dont on déduit en vérité la volonté explicite ou implicite de s'engager⁴⁵. Toutefois, le droit de la consommation prévient le risque d'opportunisme, particulièrement quand il s'agit d'un contrat de consommation. À l'approche de l'échéance marquant le terme du contrat en cours, c'est parfois un devoir d'information qui pèsera sur le contractant professionnel. L'article L. 215-1 du Code de la consommation, issu de la *loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur* impose au professionnel l'obligation de rappeler par écrit la possibilité, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de « résilier » le contrat. La sanction du non-respect de cette règle est la possibilité pour le consommateur de mettre fin à la relation à tout moment, et gratuitement, dès l'intervention du terme ; où l'on voit ici que le législateur fait la promotion d'une valeur relationnelle (le devoir d'information) et lutte néanmoins contre l'effet de verrouillage d'une relation qui piègerait le consommateur. Il faut être toutefois attentif au fait que la jurisprudence reconnaît la prise d'effet de la dénonciation du contrat à compter du jour où le droit de rupture

⁴⁵ Sur les clauses de reconduction (permettant ainsi aux parties de gouverner la question de la stabilité et de la durée du rapport): PRIVES p. G., "Evergreen clauses: be aware of the pitfalls", in *Business Law and Governance*, A publication of the American Health Lawyers Association, Business Law and Governance practice group, Vol. 6, Issue 1, avr. 2013, p.1: « *as a general concept, an evergreen clause provides that the term of an agreement will automatically renew for some period of time unless one party provides the other party with notice before the end of the current term that it does not wish to renew the term of the agreement. An example of such a clause is as follows: The initial term of this Agreement shall be one year commencing as of the date hereof. Thereafter, the term of this Agreement shall automatically renew for successive one year terms unless one party provides written notice to the other party at least ninety days in advance of the end of the then existing term that it does not wish to renew the term of this Agreement* ».

est exercé : elle n'agit pas rétroactivement de manière à justifier le remboursement des versements effectués dans la période intermédiaire. Ces dispositions sont bienvenues dans l'optique d'enrayer les pratiques abusives de certains professionnels qui auraient cru compter sur le manque de vigilance des usagers pour reconduire indéfiniment le rapport obligatoire et constituer ainsi une clientèle captive. Il s'agit donc ici d'empêcher l'opportunisme d'un contractant supposé mieux averti que l'autre (professionnel *versus* consommateur).

18.- Réitération d'opérations successives identiques⁴⁶. L'article L. 121-20-9 du Code de la consommation (information et droit de rétractation) prévoit que pour les contrats portant sur des services financiers comportant une première convention de service suivie d'opérations successives ou d'une série d'opérations distinctes, de même nature, échelonnées dans le temps, l'obligation d'information prévue à l'article L.121-20-10 ne s'applique qu'à la première convention de service. Pour les contrats renouvelables par tacite reconduction, elle ne s'applique qu'au contrat initial. En l'absence de première convention de service, lorsque des opérations successives ou distinctes, de même nature, échelonnées dans le temps, sont exécutées entre les mêmes parties, elle n'est applicable qu'à la première opération. Cependant, lorsqu'aucune opération de même nature n'est effectuée pendant plus d'un an, ces dispositions s'appliquent à l'opération suivante, considérée comme une première opération. On voit ici que le législateur tient clairement compte du contexte de la formation du contrat et du fait que les parties se connaissent autant qu'elles connaissent (c'est surtout ce point finalement qui ressort de la disposition) les détails de l'opération. On assiste alors à un allègement de l'obligation d'information du fait de la prise en compte de la relation déjà débutée entre les parties (dans

⁴⁶ Cf. not. B. DULOUM, *La succession de contrats entre les mêmes parties*, th. Toulouse, 2007.

la limite de n-1). Cette prise en compte du passé contractuel se retrouve également dans le contentieux relatif à la distribution sélective.

19.- La distribution sélective. La distribution sélective est une pratique qui conditionne le droit pour un distributeur de commercialiser les produits d'un fournisseur par un agrément et un cahier des charges spécifique. Elle est particulièrement utilisée sur le marché du luxe dans lequel les marques sélectionnent soigneusement les enseignes dans lesquelles ils souhaitent voir leurs produits à la vente. Il s'agit d'un contrat *intuitu personae*⁴⁷. Lorsque les parties ne sont pas des primo-contractants, la perte de confiance causée par une mauvaise expérience contractuelle (distributeur qui n'a pas respecté le cahier des charges de présentation du produit par exemple) remet en question l'opportunité d'un nouvel engagement, donnant ainsi lieu à un arbitrage nécessairement basé sur les antécédents de la relation. La marque va alors, *grosso modo*, tenir une sorte de « casier contractuel », c'est-à-dire un historique des éventuelles fautes commises par le distributeur sélectionné, pour choisir de renouveler ou non l'agrément qui lui est consenti. La formation d'un engagement réitératif, constitutif de la poursuite d'une relation dans le temps, se fait alors à la lumière de l'histoire des parties. Le refus de réitérer, dont il faut tout de même rappeler qu'il procède par essence de la liberté contractuelle, peut être exercé en fonction de la relation passée, même si le candidat à la distribution remplit (sur le papier) les critères demandés. Certains de ces candidats ont alors pu reprocher une discrimination aux fournisseurs échaudés. Mais la Cour de cassation a énoncé que le contrat de distribution sélective résilié pour inexécution a rejeté ce type de demande en déchargeant les juges du fond du devoir de rechercher si les conditions d'agrément dans le réseau (en l'espèce celui de la

⁴⁷ G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans le contrat de droit privé*, th. Paris V, 1997 ; D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Mouette, 2001 ; M.-E. ANDRE, « L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels », in *Mélanges Cabrillac*, Litec Dalloz, 1999, 23 ; A. ALBARIAN, « Le fidéisme contractuel », RIDC, vol. 4, 2011, p. 601.

société Dior) étaient remplies ou non. On a ainsi pu considérer qu'un critère de renouvellement ou d'attribution de l'agrément est l'absence de faute antérieure du distributeur⁴⁸.

20.- La dimension relationnelle prévue par le contrat. Parfois, les parties peuvent expliciter la dimension relationnelle dans le contrat. Diverses clauses vont alors contribuer à renforcer la coopération, telles que la clause de bonne foi qui permet de durcir le devoir de transparence et de collaboration entre les parties⁴⁹. Mais c'est notamment le cas des clauses de durée qui assurent la pérennité de la relation⁵⁰. Elles verrouillent effectivement une durée d'engagement afin d'inscrire dans le temps le partenariat. Elles peuvent néanmoins poser un problème sur le plan macroéconomique. En effet, allonger la durée de la relation, renforcer le lien de manière à rendre difficile la sortie de la relation, sont de nature à créer des liens de dépendance économique et ainsi limiter la mobilité des acteurs du marché qui s'en trouve alors sclérosé⁵¹. L'ordre public économique a alors un rôle à jouer pour

⁴⁸ G. LOISEAU, note sous Civ. 3^e, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n°166, pourvoi n°04-10.856, JCP 2005. II. 10173 ; Com. 19 sept. 2006, inédit, pourvoi n°04-15.025, RDC 2007, p. 417, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

⁴⁹ J. MESTRE J. et J.-Ch. RODA, *Les principales clauses en droits des affaires*, Lextenso, 2011, p. 135.

⁵⁰ M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », in *Etudes offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, Paris, 1985, p. 273. Une tendance à la pérennisation du lien contractuel est observée par la doctrine au travers des contrats dits « de durée » ; « de situation », ou « relationnels ». Cf. p. DURAND La tendance à la stabilité du rapport contractuel, LGDJ, 1960 ; J. MESTRE, « De la pérennité du lien contractuel », RTD civ. 1986. 105 ; A.-S. LAVEFVE-LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, Bibl. de dr. privé, t. 447, LGDJ ; A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. de dr. privé, t. 475, LGDJ ; A. CERMOLACCE et V. PERRUCHOT-TRIBOULET, J.-Cl. Contrats et Distribution, Fasc. 70 « Durée dans les contrats », oct. 2006 (actu. Mars 2016), n°4.

⁵¹ ADLC, Avis n°10-A-26 du 7 déc. 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, p.40 et s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le projet de

réguler ce type de pratique. C'est ainsi que, par exemple, la Loi dite *Macron* a inséré dans le Code de commerce un article L. 341-1 prévoyant que *l'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants visés par le texte, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune. La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa de ce texte*⁵². Cette résiliation d'ensemble est un indice particulièrement clair de la prise en compte du flux d'affaire qui peut exister entre les parties, de façon à intégrer des modes de sortie non seulement du contrat (ce qui ne suffirait pas à permettre la mobilité des membres des réseaux parfois engagés par plusieurs contrats qui se relaient ou s'additionnent) mais véritablement de l'emprise de la relation économique excessivement longue⁵³.

réforme tendant à l'encadrement des contrats d'affiliation pour faciliter le changement d'enseigne et le rapport Fasquelle », RDC 1er oct. 2011, n°4, p. 1274 ; du même auteur, « De Lefebvre à Macron : la valse des contrats d'affiliation devant l'Assemblée nationale et le Sénat », RDC 1er sept. 2015, n°3, p. 532 ; G. PARLEANI, « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », Gaz. Pal. 12 juin 2017, n°hors-série 3, p. 74, spéc. n°36 et s. ; Avis Grande distribution alimentaire de l'ADLC, n°10 - A - 26 du 7 décembre 2010, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire ; M. BEHAR-TOUCHAIS et R. AMARO, « Réponse présentée par Trans Europe Experts au Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, Com/2013/037 final », RLC 2013/36, p. 35 et s. ; SIMON F.-L., « L'identification du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p. 13.

⁵² Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 31, I ; C. com., nouv. art. L. 341-2, I. Les dispositions sont applicables depuis le 6 août 2016.

⁵³ Rapp. Com., 22 févr. 2000, Bull. civ. IV, n°35, p. 29, pourvoi n°97-17.020, obs. E. CHEVRIER, D. 2000.153 ; S. PIMONT, Rép. dr. civ. Dalloz, V° « Clause

Autre exemple de stipulation mettant à l'honneur la dimension relationnelle du contrat : la clause de renégociation. Celle-ci est particulièrement intéressante en ce qu'elle affirme avec force la volonté des partenaires de trouver tous les moyens de poursuivre leur relation. Elle permet de renégocier le contrat en cas d'imprévision ; et on notera à ce sujet que la tendance du droit français est à une conception plus relationnelle du contrat si l'on rappelle que la réforme du droit des obligations a consacré, non sans de strictes conditions, la révision pour imprévision du contrat⁵⁴. Mais au-delà du devoir de renégocier en cours de contrat, ce qui correspond au principe de la flexibilité⁵⁵, les clauses de renégociation sont également utilisées pour assurer aux parties un engagement de renouveler leur relation. Elles ont alors l'obligation de trouver les termes d'un nouvel accord sur le principe duquel elles ne peuvent pas revenir unilatéralement. Cette obligation emporte

pénale », n°13 ; F. GHILAIN, Gaz. Pal. 16 mai 2000, n°137. Sur régulation dans le droit de rupture : J. BEAUCHARD, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit, Mélanges. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 37 et s.; AL SURAIHY Y., *La fin du contrat de franchise*, th. Poitiers, 2008, spéc. n°12, 20, 28 ; STERLIN C., *L'essor de la protection accordée au franchisé dans ses relations avec le franchiseur aux stades de l'exécution du contrat et de sa rupture*, th. Lille 2, 2003, spéc. p. 5791. *Adde* (sur la protection) : F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°58, Litec, 2002 ; N. DISSAUX et R. LOIR (dir.), *La protection du franchisé au début du XXIe siècle*, L'Harmattan, 2009 ; A. BOUVIER, *Regards sur le contrat de franchise*, th. Montpellier, 2015, n°439 et s. ; O. TIQUANT, « Loi Doubin, le clair-obscur de la Cour de cassation », LPA, 22 juin 2010, n°123, p. 11 ; N. DISSAUX, « L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur », RDC, 1er juill. 2012, n°3, p. 1072 ; D. FERRIER, « L'obligation d'informer le futur franchisé », RDC, 1er juill. 2012, n°3, p. 1068 ; J. MESTRE, obs. sous Com., 25 févr. 1986, RTD. civ. 1987, p. 85, (parlant d'un devoir de méfiance à l'égard du concédant) ; (devoir d'assistance) Com., 30 janv. 1996, JCP G 1996, 1, 3929, obs. Ch. JAMIN ; Douai, 6 sept. 2007, RG n°06/01777 ; (devoir de bonne foi renforcé du franchiseur) Versailles, 29 oct. 1992 ; Douai, 6 oct. 1992 ; Paris, 3 févr. 1994, D. 1995, somm. p. 75, obs. FERRIER D.

⁵⁴ V. not. H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », RIDE, 2001/3, t. 15, 3, p. 339-373.

⁵⁵ Cf. *supra* n°11.

renonciation au droit de ne pas négocier ce nouvel accord, le devoir de négocier le renouvellement même si le contrat s'est déjà éteint, l'interdiction de négocier en parallèle avec d'autres « prétendants » tant que les parties n'ont pas définitivement échoué après une durée raisonnable de discussion⁵⁶.

Cette intention de préserver la relation existe encore à un autre degré dans la clause de préférence. La clause de préférence est appelée également clause de premier refus. Elle organise un devoir de rapprochement des parties qui s'engagent, à l'avenir, à ne pas contracter avec un tiers sans avoir d'abord offert à l'autre un nouveau partenariat. L'obligation forme ainsi une sorte de pacte de préférence, instaurant un droit de préemption au profit du bénéficiaire. La clause se rapproche de celle de première négociation qui offre au bénéficiaire une priorité dans la possibilité de négocier au cas où l'autre partie souhaiterait vendre. Il dispose souvent d'une contrepartie à son engagement consistant en l'obligation pour le créancier de s'aligner sur les offres émanant des concurrents.

Ce faisceau de mécanismes de gouvernance du contrat concerne à l'évidence des contrats dont l'identité relationnelle est très marquée. Elle procède de la nature même de l'opération effectuée. Toutefois, il est aussi possible d'observer des traces plus implicites de la dimension relationnelle.

B. LES TRACES IMPLICITES

21.- Situer le modèle relationnel. Aujourd'hui, de façon assez schématique, on oppose les contrats dits relationnels à ceux dits « transactionnels »⁵⁷. Cela signifie qu'il y aurait d'un côté les contrats

⁵⁶ Cf. W. J. SALACUSE, *The three laws of international investment, National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford University press, 1ère éd., 2013, p. 281.

⁵⁷ Les contrats relationnels sont « ceux qui permettent à des agents d'organiser une collaboration durable » d'après H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats

dont l'objet est précisément de soutenir un partenariat et ceux qui obéiraient, d'un autre côté, au principe de *discreteness*, c'est-à-dire limités à la transaction définie strictement par le contrat (à rapprocher du fameux achat d'essence sur l'autoroute). Cependant, cette opposition est assez réductrice dès qu'on s'aperçoit que des transactions considérées typiquement comme des actes isolés, compulsifs, discrets et anonymes, peuvent en réalité participer à une véritable stratégie de « *relationnalisation* » du contrat. Je prendrai un exemple qui me semble en dire long sur ce phénomène : il s'agit de l'affaire dite de « la guerre des capsules Nespresso ».

22.- La guerre des capsules. On aura compris les avantages induits par le *lock-in effect*. Ces avantages sont certains lorsqu'ils sont mis en œuvre avec un partenaire, mais si un acteur économique parvenait à les mettre en œuvre avec une masse de partenaires, ils deviendraient sans aucun doute considérables. C'est ce qui se joue de façon générale dans les pratiques commerciales de fidélisation. Tout est fait pour que le consommateur, anonyme, dont le comportement peut sembler *a priori* imprédictible et libre de choisir n'importe quel concurrent, reste le plus fidèle possible à une enseigne ou à un réseau. Ces pratiques développées à l'aide du fichage client, de pratiques promotionnelles (mais aussi actuellement d'internet) se sont fortement développées grâce à l'économie cognitive. Par l'alliance des innovations technologiques et mercatiques, la marque Nespresso a redéfini son approche du marché de la vente de café et ainsi réalisé en

relationnels et la théorie de l'imprévision », RIDE, 2001/3, t. 15, 3, p. 339. V. aussi sur la notion C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005. Sur la distinction entre les contrats transactionnels, considérés comme statiques (« *the static nature of classical contract law* ») et les contrats relationnels : v. not. M. A. EISENBERG, "Why there is no law of relational contracts", in 94 Nw. U. L. Rev. 805 (1999), Berkeley Law Scholarship Repository, p. 807, p. 812 et s. ; I. R. MACNEIL, « Relational contract: what we do and we do not know », in HeinOnline 1985, Wis. L. Rev. 1985, not. p. 487. V. ég. J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 1^{er} janv. 2004, 1, p. 47, n°31, opposant « le contrat tangible » et le contrat « évolutif ».

France un quart de son chiffre d'affaire mondial en 2012⁵⁸. La technique repose sur une volonté de s'imposer comme distributeur exclusif de capsules de café compatibles avec les machines de la même marque utilisant la technologie des capsules. A cela, s'ajoutent une communication et une méthode de vente qui construisent l'idée d'un « Club Nespresso » au sein duquel l'expérience client est personnalisée et l'offre exclusive⁵⁹. Ainsi, alors que, en soi, l'achat d'une machine à café et/ou de café peut sembler correspondre purement à un acte de consommation relevant de contrats isolés, « transactionnels », l'enseigne a créé les conditions d'une « relationnalisation »⁶⁰ en favorisant la répétition des transactions par un mécanisme simple : la vente d'un appareil appelant l'achat ultérieur de consommables adaptés et exclusifs (en l'espèce, une machine à expresso domestique fonctionnant avec du café portionné encapsulé aux caractéristiques spécifiques). Le *lock-in effect* est parfaitement compris au travers de la pratique de « ventes liées »⁶¹, et c'est une situation de quasi-monopole

⁵⁸ ADLC, communiqué, 17 avr. 2014.

⁵⁹ » *Les capsules peuvent être acquises par le consommateur uniquement par l'intermédiaire du Club Nespresso, soit en se rendant dans les boutiques Nespresso (environ une vingtaine d'emplacements répartis sur le territoire national, représentant [20-40 %] des ventes), soit par téléphone ([5-25 %] des ventes), soit par Internet ([40-60 %] des ventes). (...) Lorsqu'un client achète une machine Nespresso, il est invité à devenir membre du Club Nespresso. Le numéro de membre permet de l'identifier, de connaître le nombre et les variétés de capsules consommées et, ainsi, d'adapter la démarche commerciale à son comportement individuel* », in ADLC n°26 et 28.

⁶⁰ Ce terme est un barbarisme que j'utilise ici pour mettre en lumière comment un contrat qui, *a priori*, n'a rien de relationnel, peut être utilisé pour mettre en place une relation. En participant à l'instauration d'un lien économique particulier entre des acteurs économiques, l'acte transactionnel est en quelque sorte converti en acte relationnel.

⁶¹ Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE [article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02) : « *Il y a vente liée lorsque la vente d'un produit donné (le produit liant) est subordonnée à l'achat d'un autre produit (le produit lié) à l'entreprise dominante. Cette pratique peut avoir des raisons techniques*

qui s'instaure ainsi sur le marché : Nespresso ne vend pas simplement des machines à café ou du café au tout-venant, ils établissent une relation stable, suivie et durable avec chacun de leur client.

Tout cela n'est toutefois pas sans poser de problème sur le plan du droit de la concurrence. En effet, en 2011, a éclaté ce que l'on a appelé la « guerre des capsules », ou encore « guerre des dosettes ». Les concurrents de la marque ont commercialisé auprès du grand public des capsules compatibles avec les machines Nespresso et relevé, à l'occasion d'une saisine de l'Autorité de la concurrence, qu'il existe *« entre la machine et ses consommables, un lien de nature industrielle qui peut aller jusqu'à imposer l'utilisation exclusive de dosettes « propriétaires » si aucun fabricant ne propose de dosettes compatibles avec la machine utilisée par le consommateur »*⁶². Ils ont plus précisément reproché à la marque d'empêcher leur entrée sur le marché des consommables, notamment en communiquant négativement sur les capsules concurrentes, en affirmant aux « membres du club » que les dosettes d'autres marques détérioraient les machines Nespresso, ou en apposant sur l'emballage des machines des mentions telles que *« Nespresso capsules only »* ou encore *« cette machine fonctionne avec les capsules Nespresso disponibles exclusivement auprès du Club Nespresso. Seul l'usage des capsules Nespresso avec les machines Nespresso garantit la qualité Nespresso »*⁶³. Les marques concurrentes se sont également plaintes

ou résulter de dispositions contractuelles » (point 48). *« Il y a vente liée pour des raisons techniques lorsque le produit liant est conçu de telle manière qu'il ne fonctionne correctement qu'avec le produit lié (et non avec d'autres produits concurrents). Il y a vente liée contractuelle lorsque l'acheteur du produit liant s'engage à acheter également le produit lié (et non les autres produits concurrents) »* (page 15, n^o2).

⁶² ADLC 2014, préc., n^o16.

⁶³ Cf. ADLC 2014, préc., n^o74, avec d'autres exemples : « Cette machine fonctionne uniquement avec les capsules Nespresso en vente directe exclusive auprès du Club Nespresso » ; « N'utilisez exclusivement que des capsules Nespresso. Toute autre utilisation n'est pas conforme avec les instructions » ; « Cette machine fonctionne avec les capsules Nespresso disponibles exclusivement auprès du Club Nespresso.

d'une éviction du fait de modifications techniques opérées par Nespresso dans le but de rendre plus difficile de perçage par les machines des dosettes compatibles et amoindrir la qualité de leur utilisation. En bref, on reprochait à Nespresso un abus de position dominante en application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce.

C'est ainsi qu'en 2014, à l'issue d'une procédure de conciliation, Nespresso a pris des engagements en vue de permettre le développement du marché complémentaire des consommables : communiquer les informations techniques utiles aux concurrents pour la conception et la commercialisation des dosettes compatibles et cesser la campagne de communication discréditant l'utilisation des capsules compatibles. Le même type de contentieux émerge dans le secteur des consommables pour imprimantes. En effet, un marché des cartouches compatibles s'est développé mais s'est heurté aux pratiques des fabricants de machines à imprimer visant à limiter, voire exclure, la possibilité pour les usagers d'utiliser les cartouches qui ne seraient pas de la même marque que celle de l'imprimante. Cette pratique a donné lieu à plusieurs recours de la part de consommateurs.

23.- « Relationnaliser » les transactions. Ces exemples tendent à montrer comment les contrats considérés habituellement comme « transactionnels » peuvent être pensés et utilisés pour transformer des opérations réputées discrètes et anonymes en contrats relationnels *via* l'économie de fonctionnalités et de service. On notera toutefois que, dans le contexte de ces actes de consommations, la

Seul l'usage des capsules Nespresso avec les machines Nespresso garantit la qualité Nespresso » ; « Cet appareil est conçu pour des capsules de café Nespresso disponibles exclusivement via le Club Nespresso ou votre revendeur Nespresso agréé. La qualité Nespresso n'est garantie que lorsque les capsules Nespresso sont utilisées dans les appareils Nespresso » ; « Seul l'usage des capsules Nespresso garantit le bon fonctionnement et la longévité de votre machine Nespresso. Tout dommage ou dysfonctionnement occasionné par l'utilisation de capsules autres que de marque Nespresso ne sera pas couvert par cette garantie ».

dimension relationnelle est stratégique pour le contractant professionnel et artificiel, dès que l'on relève que les valeurs du contrat relationnel, telles que la coopération, la transparence et la réciprocité ne se retrouvent pas dans le rapport entre consommateurs et professionnels. C'est une fidélité commerciale, voire une dépendance, qui procède surtout d'une technique de domination du marché. Mais il semblait vraiment intéressant d'évoquer ces exemples hors du champ du droit des affaires, pour observer comment le modèle contractuel en matière de consommation a pu utiliser et réceptionner le modèle relationnel. De plus, au-delà de la stratégie plus ou moins subie par les consommateurs et des questions que soulève le droit de la concurrence, on ne peut nier de manière très basique qu'il existe, par le biais de la répétition des échanges entre mêmes usagers et commerçants, des efforts commerciaux consentis par certaines enseignes ou petits commerçants, et de la confiance qui peut se nouer entre ceux-ci et leurs « habitués », un phénomène naturel et ancien de « relationnalisation » des transactions. Les transactions répétées se font tout autant *intuitu rei* que *intuitu personae*, même lorsqu'il s'agit de la consommation de masse. La fidélité et la proximité qui peuvent exister entre un acteur économique et ses clients n'a rien de nouveau. Elle renvoie peut-être à un ordre économique préindustriel qui repose sur les gestes commerciaux, crédits, commandes « sur mesure » et autres méthodes de satisfaction et de (re)connaissance du client, desquelles les géants de la distribution ne font finalement que s'inspirer pour en reproduire les codes et les avantages au travers des fichiers clients, des ventes liées, etc.

C'est également le cas du service après-vente qui participe directement à l'économie de fonctionnalités et permet très souvent de maintenir le consommateur dans le réseau d'une enseigne *via* la vente de garanties commerciales et d'offres de reprise.

24.- Conclusion. Finalement, de façon générale, le droit a réceptionné sans aucun doute, de façon plus ou moins explicite, le

modèle économiste relationnel⁶⁴ ; ce qui semble inévitable si l'on rappelle simplement que la notion même d'obligation renvoie à l'idée d'un lien interpersonnel qui, dans sa conception antique, ne liait pas tant deux patrimoines que deux personnes qui répondaient sur le corps de la dette contractée. La dimension relationnelle est donc inhérente au sens originel d'*obligatio* qui signifie littéralement « se lier en vue de », ce qui me permet de relever qu'opposer strictement théorie classique et théorie relationnelle n'est pas judicieux et que les deux approches ont vocation à se croiser dès lors que la définition même du contrat repose sur l'idée d'une relation. Ce sont davantage les modalités et le degré de prise en compte des dimensions comportementale et psychologique qui sont au cœur des oppositions théoriques, au même titre que l'on pourrait comparer les courants solidariste et libéral. Quoiqu'il en soit, même si ce lien personnel qu'est l'obligation a été rationalisé par la doctrine et le législateur, on observe nécessairement la dimension relationnelle du contrat au travers des directives de comportement qui s'imposent aux parties, de certains types de situations contractuelles qui reposent sur une idée forte de partenariat (le contrat de travail et le contrat de distribution en sont des exemples typiques), mais aussi de l'évolution récente du droit positif, de sorte que la dimension contractuelle du contrat s'impose comme un véritable contre-point de la théorie classique sans pour autant appartenir exclusivement à d'autres modèles théoriques. L'ensemble des illustrations choisies lors de cette communication montrent également que, notamment par le biais du devoir de bonne foi et d'une tendance au pragmatisme, on ne peut nier, sauf à la caricaturer, que la théorie du contrat prend clairement en compte l'aspect relationnel, de même qu'elle permet aux parties elles-mêmes de l'exprimer. L'ordre public économique, notamment au travers du droit de la concurrence, intervient enfin comme régulateur des phénomènes de « relationnalisation » lorsque ceux-ci sont facteurs

⁶⁴ Y.-M. LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », D. 2006. 1003.

de sclérose du marché, montrant toute l'actualité des travaux de Ian MacNeil, et de théories adjacentes telles que celles du *lock-in effect*.