

# L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat

## Présentation de thèse

Conférence du Laboratoire de droit civil de l'Université Panthéon-Assas  
Jeudi 11 mai 2017

B. Moron-Puech

Mesdames, Messieurs,

C'est une joie d'être là et je remercie du fond du cœur le Professeur Leveneur de m'avoir invité à participer à cette conférences du laboratoire de droit civil, conférence qui me permet de revenir à cette belle question, étrangère aux réalités d'ici-bas qui trop souvent nous déçoivent, qu'est-ce que le contrat et, par extension, qu'est-ce que l'acte juridique ?

Cette question, tous les étudiants se la posent ou plutôt on les force à se la poser, d'abord en première année, puis en deuxième année. Que leur dit-on généralement à nos étudiants ? Sur l'acte juridique, on leur enseigne en première année, généralement à l'occasion d'un cours sur la preuve, que l'acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. On ajoute alors qu'il s'oppose au fait juridique, c'est-à-dire à ce fait quelconque auquel la loi attache une conséquence juridique.

Plus tard en deuxième année, la question revient dans deux endroits différents, mais sous une forme plus incarnée, plus concrète. D'abord, les étudiants recroiseront l'acte juridique au moment de commencer les développements du cours de droit des obligations consacrés au contrat. Le contrat, une espèce d'acte juridique leur enseignera-t-on, une espèce qui cohabiterait avec d'autres : l'acte unilatéral et peut-être aussi, parfois mentionné, l'acte collectif. La même chose leur sera ensuite peu ou prou enseignée en droit public où leur enseignant leur opposera l'acte administratif unilatéral et l'acte administratif plurilatéral, le contrat administratif. Dans chacune de ces matières, les étudiants recevront un enseignement sur la définition et le régime de ces différentes espèces d'acte juridique. On leur dira par

exemple, en droit des obligations, que le contrat est un accord de volonté destiné à créer (éventuellement modifier, transmettre ou éteindre) des obligations. Pour quelques chanceux, leur enseignant leur dira quelques mots de l'acte unilatéral et peut-être se risquera-t-il alors à préciser son régime, avec notamment la question de l'application de la théorie des vices du consentement aux actes unilatéraux.

Toute cette construction intellectuelle paraît aujourd'hui naturelle et ne guère poser de problème à la doctrine qui, au demeurant, comme le révèle l'étude des travaux préparatoires de l'ordonnance, a largement contribué à sa consécration dans la réforme. Il faut en effet souligner le contraste entre le code civil de 1804 et le nouveau code civil. En 1804, point d'accord de volonté, point d'acte juridique ni même d'espèce d'acte juridique, point de fait juridique. Voyez en contraste les nouveaux textes que j'ai reproduit dans ce tableau.

	Code civil actuel	Code civil de 1804
Définition de l'acte juridique	Art. 1100-1 al. 1 <sup>er</sup> – <i>Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.</i>	Néant
Régime de l'acte juridique	Art. 1100-1 al. 2 – <i>Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.</i>	Néant
Définition du fait juridique	Art. 1100-2 – <i>Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.</i>	Néant
Définition du contrat	Art. 1101 – <i>Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.</i> Art. 1113 – <i>Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.</i>	Art. 1101 – <i>Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.</i>

Et pourtant cette construction intellectuelle qui nous paraît naturelle et qui, finalement, est assez peu discutée en doctrine me semble en crise. Mais attention, ce n'est pas de cette crise du contrat entendue et réentendue, la crise de sa force obligatoire, crise que Josserand a su si bien mettre en évidence dans son sombre article de 1940 sur les *Dernières étapes du dirigisme contractuel*. Article dans lequel Josserand comparait cette crise du contrat avec la crise politique et militaire dans laquelle était plongée la France dans son combat face au III<sup>e</sup> Reich. Non ce n'est pas de cette crise-là, même renouvelé plus récemment par un solidarisme contractuel, qu'il s'agit.

Non, la crise dont je voudrai vous parler est une crise véritablement notionnelle, tenant à la notion même de contrat

Cette crise, me direz-vous, où est-elle ? Le contrat ne se porte-t-il pas bien ? Ne vient-on pas de le réformer ? Ne conclue-t-on pas des contrats tous les jours ? Allons, allons, M. Moron-Puech, n'y aurait-il pas là une autre de vos lubies ?

Et pourtant... Regardez la relation médicale. Elle qu'on affirmait naguère contractuelle l'est-elle toujours aujourd'hui ? Le contrat n'a-t-il pas succombé sous les assauts d'une logique statutaire qui, partie du droit public, a depuis peu gagné les terres du droit privé où elle gagne sans cesse du terrain ? Voyez le refus traditionnel du Conseil d'État encore affirmé l'an dernier, de qualifier cette relation de contractuelle. Voyez, plus récemment, le rejet par la Cour de cassation de la nature contractuelle de la responsabilité médicale. La crise est donc là vous voyez.

Certes, me rétorquera-t-on, M. le contrat peine à s'appliquer à la relation médicale, mais encore ? Faut-il changer le droit commun, seulement pour cette petite matière spéciale insignifiante ?

Le problème, voyez vous, c'est que la crise n'est pas seulement perceptible en droit médical. Lorsqu'on commence à y regarder de près, l'on prend conscience que la révolte contre le contrat se fait entendre un peu partout dans les terres du droit ! Je parlais tout à l'heure du droit public où le rejet du contrat est patent pour les relations entre usager et service public, mais point besoin d'aller si

loin pour trouver d'autres manifestations de cette crise. En droit du mariage, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'analyse contractuelle est à la peine, concurrencée qu'elle est par l'analyse statutaire, institutionnelle. En droit du travail, également, même si les auteurs ne mettent plus guère en doute de nos jours l'analyse contractuelle de la relation individuelle de travail (encore que, il y a le règlement intérieur...), le contrat demeure bien à la peine pour la convention collective. En droit de la concurrence également, à partir des années 1950, le contrat va commencer à être regardé avec suspicion lorsqu'il s'agit d'analyser les ententes économiques et cette même hostilité a récemment gagné les terres du droit des marchés financiers où plusieurs docteurs, de cette maison, ont souligné les insuffisances du contrat. Je pourrai poursuivre encore longtemps cette litanie et évoquer les difficultés rencontrées en droit pénal, en droit international public, en droit international privé, en droit du numérique. Mais nous arrêtons ici la litanie. Car vous avez compris mon message : un peu partout dans les branches du droit, le contrat est en crise, il ne s'impose pas avec l'évidence qu'il devrait et c'est cela qui justifie nous semble-t-il qu'on puisse parler de crise du contrat, mais d'une crise technique cette fois.

La difficulté identifiée, reste maintenant à la régler. Comment répondre à cette crise du contrat ? Peut-on laisser vivre le contrat, ou faut-il le remplacer par un ou plusieurs autres concepts, mais alors lesquels ? Pour répondre à cette question, il faut dans un premier temps comprendre l'origine de cette crise. L'on ne soigne pas un mal sans avoir compris comment ce mal opérait ! Ce n'est qu'une fois ce travail achevé qu'on pourra, dans un second temps, tenter d'apporter une réponse à cette crise.

## I. L'origine de la crise du contrat

Pour comprendre cette crise du contrat, je vous propose de partir principalement de la relation médicale car, comme l'a souligné un des membres de mon jury, elle constitue un exemple « paroxystique » de cette crise du contrat. Pourquoi ? Car la critique y est ancienne, abondante et diversifiée, caractéristiques que je n'ai pas rencontrées dans les autres manifestations des faiblesses du contrat.

L'examen de ces critiques permet de comprendre qu'elles s'appuient sur des critiques de nature différentes. Les unes tiennent à la faiblesse proprement dite des éléments de définition du contrat, ce sont les faiblesses techniques ; les autres procèdent d'un décalage entre la définition du contrat en droit positif et l'idée commune qu'en ont les juristes, ce sont les faiblesses psycho-sociales.

#### A. D'une part donc, les faiblesses techniques du contrat

Les faiblesses techniques du contrat peuvent être regroupées autour de deux idées tenant soit à l'imprécision des éléments de définition du contrat soit à leur caractère limité.

##### 1. D'abord, donc, cette définition est imprécise

L'imprécision concerne *premièrement* l'un des critères de définition du contrat : la « rencontre des volontés ». Cette expression, dont Rémy Libchaber a pu souligner qu'elle était une véritable « boîte noire », là où Demolombe dénonçait son caractère « métaphysique », contribue en effet beaucoup à alimenter les débats sans fin sur le point de savoir si tel objet relève ou non du contrat. Ce critère implique en effet l'idée d'une courte distance entre les volontés. Si ces volontés sont trop éloignées, alors aucune « rencontre » n'est possible. Or, cette appréciation de la distance est éminemment subjective. D'où des difficultés dans la relation médicale où d'une branche du droit à l'autre (privé ou public) ou d'un auteur à l'autre, l'on va estimer que la volonté du patient d'un côté et celle du professionnel de santé ou de l'établissement de santé de l'autre, sont ou non trop éloignées pour pouvoir se rencontrer. Relevons au passage que ce type d'argument se retrouve en droit pénal où la supériorité idéologique de l'État sur l'individu conduit généralement les auteurs à refuser toute idée de contrat entre un détenu acceptant un aménagement de peine et le juge le lui offrant.

L'imprécision de la notion concerne, *deuxièmement*, la manière dont ce critère de la rencontre des volontés s'articule avec l'autre critère qu'est la création d'effets de droit, de normes. Il est en effet exigé qu'il y ait une intention de créer des effets de droit. Or, si l'on

peut présumer sans trop d'artifices que les parties à un contrat ont bien voulu quelque chose lorsqu'elles se sont « rapprochées », il paraît en revanche excessif de dire qu'elles ont précisément voulu les effets de droit que l'ordre juridique étatique attache à leur contrat. Demogue l'avait bien perçu quand il disait dans son traité que « Le but qui domine l'acte juridique est un but de fait [...] le côté juridique n'apparaît qu'accessoirement dans la pensée. » Pourtant, c'est ce but juridique qu'impose la définition du contrat exigeant une *intention de créer des effets de droit*. Mais, appliqué à la relation médicale, ce critère révèle immédiatement ses limites : la plupart du temps ni le patient ni le médecin n'ont envie de conclure un contrat juridiquement obligatoire. L'un veut être soigné, l'autre veut soigner. Point.

Vous le voyez donc, la définition du contrat n'est pas des plus précises. Là n'est pas sa seule faiblesse technique.

## 2. La définition contrat est ensuite limitée

Limitée, la définition du contrat, l'est *premièrement* par son incapacité à englober toutes les situations. Le contrat ne marche bien qu'en présence de deux consentements. Or, pour la relation médicale, il arrive que celle-ci ne naisse qu'à la suite de l'expression d'une seule volonté (hypothèse du patient inconscient) ou au contraire de plus de deux volontés (hypothèses de la pluralité des professionnels de santé d'une part et des assentiments successifs donnés par un même patient d'autre part). Compte tenu de cette limite, plusieurs auteurs entendent récuser la qualification contractuelle et lui préférer celle de statut, qui serait plus à même d'accueillir ces situations formées par l'expression de plus de deux volontés.

*Deuxièmement* le contrat est limité par sa prétention à vouloir trop englober. En effet, le contrat est utilisé pour appréhender deux objets de nature différentes : il est compris à la fois comme la procédure par laquelle des normes sont créées et comme le résultat de cette procédure, c'est-à-dire les normes elles-mêmes. Si le phénomène a été particulièrement souligné par Kelsen, Marcadé faisait déjà le même constat cent ans auparavant lorsqu'il dénonçait le fait que les rédacteurs du code civil avaient sans cesse confondu le contrat et l'effet du contrat. Or, cette double nature pose problème, en particulier

pour la relation médicale. En effet, même en admettant qu'il y aurait une rencontre des volontés et que, par sa procédure, la relation médicale ressemblerait à un contrat, il semble délicat de retenir cette qualification lorsqu'on examine les effets de cette relation presque intégralement régis par des dispositions impératives. D'où cette tension entre la procédure — plutôt contractuelle — et les effets, plutôt statutaires.

Là encore relevons que le problème ne se rencontre pas qu'en droit médical. Il existe également en droit du travail à propos de la convention collective ou encore en droit de la famille avec le mariage qui se rapprochant du contrat par leur forme paraissent s'en distinguer par ses effets.

Outre ces faiblesses techniques du contrat, qui sont les plus visibles, existent d'autre part des faiblesses psychosociales.

## B. Les faiblesses psycho-sociales

Par faiblesse psycho-sociales j'entends des faiblesses qui résultent moins de la définition positive du contrat, autrement dit de la technique juridique, que de l'image commune que les juristes ont du contrat. Image, qui relève de la psychologie sociale.

En effet, l'examen de l'image commune du contrat, de ce qu'on appelle chez les psychologues sociaux la représentation sociale du contrat, laisse apparaître que l'idée commune du contrat n'est pas toujours en accord avec sa définition positive.

Ainsi, les « petits contrats » que nous concluons quotidiennement (achat alimentaire, prestation de service) nous conduisent à penser, en contradiction avec le droit positif, qu'il n'y a contrat là où il y a une grande liberté contractuelle et un échange économique. De même les « grands contrats » (relatifs au logement ou au travail), font naître chez les juristes l'idée, là encore erronée au regard du droit positif, qu'il n'y aurait contrat que s'il y a formalisation de la relation ou irrévocabilité de celle-ci, par l'effet de la force obligatoire.

Or, appliquées à la relation médicale, ces représentations sociales des juristes fragilisent le contrat et sont autant d'occasion nouvelles de rejeter le contrat. Ainsi, la relation médicale n'apparaît pas comme un espace de liberté, compte tenu du fort ordre public qui l'entoure. Elle n'est pas généralement perçue comme un échange économique, en

particulier en raison de l'influence du discours déontologique : « la médecine ne doit pas s'exercer comme un commerce » dit l'article R. 4127-19 du code de la santé publique. Elle n'est pas perçue non plus comme formalisée, même si les devis et autres documents signés tendent à se multiplier. Enfin, elle n'est pas perçue comme générant des effets irrévocables compte tenu du droit de rétractation reconnu au patient. Voilà tout autant de raisons de rejeter la qualification contractuelle de la relation médicale. Et c'est donc en ce sens qu'on peut dire que la représentation sociale du contrat affaiblit la notion de contrat, tout autant si ce n'est plus que les faiblesses techniques précédemment évoquées.

Telles sont les faiblesses du contrat, telles sont les raisons de la crise. Comment, dans un second temps y remédier ?

## II. La réponse à la crise du contrat

Répondre à la crise du contrat pourrait théoriquement passer par différents moyens, voilà pourquoi apporter une réponse à la crise du contrat implique de procéder en deux temps : identifier le bon remède d'une part et préciser le fonctionnement de ce remède d'autre part.

### A. L'identification du remède

La première idée qui viendrait à l'esprit serait de « réparer » si j'ose dire l'instrument de base qu'est le contrat, sans le remplacer ou lui en adjoindre un autre. Je crois malheureusement que non et cela pour deux types de raisons, des raisons pratiques d'abord et des raisons théoriques ensuite.

Concernant d'abord les raisons pratiques. Premièrement, il ne paraît pas envisageable de remédier aux faiblesses psycho-sociales du contrat. Les représentations sociales du contrat sont alimentées par notre pratique quotidienne des contrats et cette pratique ne changera pas. Nous continuerons demain comme hier à conclure en très grande majorité des contrats de vente et dès lors nous continuerons demain à percevoir le contrat comme un instrument économique, laissant place à une grande liberté.



Deuxièmement, sur l'intention de créer des effets de droit. Cet élément de définition est si présent dans la doctrine qu'il paraît illusoire de croire que les juristes pourraient demain l'ôter de leur définition usuelle du contrat.

Concernant ensuite les raisons théoriques, la principale d'entre elles résulte de l'impossibilité de régler le problème de l'ambivalence du contrat — à la fois procédure et effet — sans recourir à un autre concept. Il faut couper la poire en deux et donc recourir à un autre concept, à côté de celui du contrat.

Voilà pourquoi, je défend l'idée que le contrat ne peut pas seul se sortir de cette crise. Il lui faut un soutien et ce soutien c'est l'acte juridique, mais pas l'acte juridique tel que défini dans l'article 1100-1 nouveau du code civil car si celui-ci échappe aux faiblesses psychosociales du contrat, il n'échappe pas en revanche à certaines de ses faiblesses techniques. Non, ce qu'il faut, c'est un acte juridique renouvelé.

Comment fonctionnerait-il alors concrètement ? c'est qu'il nous faut examiner d'autre part.

## B. D'autre part, donc, le fonctionnement du remède

La théorie de l'acte juridique proposée porte d'abord sur sa définition, ensuite sur son régime.

D'abord est retenue une définition qui, afin d'échapper aux faiblesses du contrat, exclut l'intention de créer des effets de droit et évite l'ambivalence. Je propose ainsi de définir l'acte juridique comme *un acte volontaire créateur de norme dans un ordre juridique*.

Dans cette conception, l'acte juridique s'oppose à la coutume en ce que la norme est créée volontairement par un individu, au lieu que dans la coutume c'est d'une collectivité inconsciente de son pouvoir normatif que naît la norme.

L'acte juridique s'oppose également au fait juridique en ce que l'acte juridique crée des normes, qui sont donc imputables à leur auteur, tandis que le fait juridique ne fait que déclencher le jeu de normes préexistantes. Quand je commets un délit ce n'est pas moi qui crée une règle d'indemnisation, la règle est déjà créée.

L'acte juridique s'oppose en outre aux contrats, actes unilatéraux ou actes conjonctifs dont il est proposé de considérer qu'ils ne sont pas des actes juridiques, mais qu'ils sont seulement un certain types de normes ou de groupes de normes créées par des actes juridiques. Pourquoi cela ? Parce qu'en examinant de près ce qu'on appelle contrat, acte unilatéral ou acte conjonctif, on s'aperçoit que ces notions combinent en réalité deux choses. D'un côté un ou plusieurs actes juridiques : oui le contrat, comme l'acte collectif sont formés de plusieurs actes juridiques (j'y reviendrai lors des questions si vous le souhaitez). De l'autre des normes particulières. Ainsi, les normes contractuelles sont celles qui sont interdépendantes l'une de même dans les prétendus contrats unilatéraux ! —, alors que deux normes unilatérales ne sont nullement interdépendantes.

Concernant ensuite le régime, l'acte juridique ayant été restreint à la seule procédure les propriétés de celui-ci seront inhérentes à cette procédure. Or, quelle différence entre cette procédure de création de norme et la coutume ? C'est la conscience de créer du droit, laquelle existe dans l'acte juridique mais pas dans la coutume. D'où cette propriété principale de l'acte juridique : les normes qu'ils créent ne doivent pas être entachées d'un vice du consentement, vice que je me suis efforcé, dans une construction renouvelée, de ramener à l'unité : l'erreur. Quant aux conditions de l'annulation, j'ai fait en sorte que celles-ci fonctionnent pour tous les actes juridiques, ce qui n'est pas le cas actuellement dans le code civil où les vices du consentement sont énoncés uniquement pour le contrat, le soin étant laissé à l'interprète de deviner comment les appliquer à l'acte juridique !

Tout ceci vous paraîtra peut-être bien tarabiscoté et pourtant cela marche ! Cela permet de résoudre la crise du contrat dans les matières où je l'ai identifiée. Cette approche renouvelée donne des critères fiables pour mettre un terme aux problèmes de définition et donc de régime qui vont avec.

Ainsi, pour la relation médicale, mais aussi pour le mariage, ou la convention collective, grâce à cette conception renouvelée, ceux-ci peuvent se comprendre comme des normes résultant d'une pluralité d'actes juridiques, toutes susceptibles d'être l'annulées si créées à la suite d'une erreur. Certaines de ces normes sont contractuelles :

chacun s'engageant à la condition que l'autre s'engage. Mais, il peut aussi y avoir des normes unilatérales. Celles-ci peuvent être créées par les actes juridiques à l'origine de la relation en cause, comme c'est le cas dans la convention collective pour les normes adressées aux salariés et employeurs représentés. Ces normes unilatérales peuvent aussi simplement avoir été déclenchées, comme c'est le cas pour les règles impératives régissant la relation médicale ou le mariage.

Vous le voyez donc, bien que peut-être plus complexe, cette théorie marche. Et finalement, enseignée, cette théorie serait-elle vraiment plus complexe que la théorie de l'acte juridique que reçoivent actuellement nos étudiants ? Ne la trouvons-nous pas complexe seulement parce qu'elle s'oppose à ce que nous avons reçu de nos maîtres ?