

## Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Professeur à l'Université Paris IX-Dauphine*

*Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social\**

1. Le doyen Jean Carbonnier analyse les trois piliers du droit que sont la famille, la propriété et le contrat (1). La responsabilité n'y figure pas. Peut-être, par pré-tériorité, est-ce l'idée que la responsabilité contractuelle relève, comme l'a développé Philippe Rémy, d'une problématique d'exécution (2) et se trouve subsumée dans le mécanisme contractuel global, tandis que la responsabilité pure, pour faute, relèverait finalement d'un autre ordre que le droit. Aujourd'hui, le contrat mais aussi la responsabilité, fonctionnant certes en couple, semblent fournir de nouveaux principes au système juridique, dans le sens où ils lui sont sources de dynamisme et d'évolution.

2. Ces sortes de moteurs immobiles du système tirent une puissance renouvelée – car on nous a tant parlé du déclin du contrat et de la responsabilité – par une interférence avec un tryptique dynamique constitué par les consentements, les pouvoirs et la régulation économique. En effet, le contrat semble aujourd'hui tirer sa puissance du fait qu'il véhicule le consentement, ce qui le rend lui-même mobile, tandis que la responsabilité est la marque des pouvoirs, leur signe. Signe des temps, cette mobilité et ce dynamisme ont un rapport avec le phénomène du marché qui repose sur de semblables caractéristiques et sur lequel ces objets juridiques circulent désormais. Le marché exerce alors ses propres exigences de régulation sur le contrat et la responsabilité.

3. Inversant le rapport, on se demande si le contrat et la responsabilité peuvent être des moyens autonomes de régulation. On peut par provision définir la ré-

(\*) Je remercie Denis Mazeaud et Jean-Marie Chevalier d'avoir bien voulu lire ce texte, ayant servi de base à une intervention dans le colloque *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation : premier bilan*, organisé par le CREDECO, et de m'avoir fait à son propos des remarques précieuses.

(1) *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1995.

(2) Critique du système français de responsabilité civile, *Droits et Cultures*, 1996/1, p. 31 et s. ; La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept, cette *Revue* 1997.329 et s.

gulation comme l'organisation, le maintien et la pérennité d'un équilibre dans un ensemble. En droit, contrairement à la science économique qui ne distingue pas l'une de l'autre, la régulation s'oppose à la réglementation ; elle est souvent la conséquence de la déréglementation. La réglementation est sans doute la marque du normatif lorsqu'il prétend soumettre une organisation à des principes exogènes ; elle est ainsi le propre de l'économie administrée. Si l'on peut dire que la déréglementation correspond à une économie libérale, notamment dans sa brutalité, la régulation évoque une économie sous surveillance, dont les rouages ne sont plus gouvernés mais dans laquelle les équilibres internes ne sont pas pour autant laissés à eux-mêmes. La violence des ajustements n'est pas admise. La régulation est alors une sorte d'accompagnement de l'économie, entre l'abandon et la mise sous tutelle. Elle a la modernité de l'entre-deux.

4. Dans une régulation technique, la régulation sera de tendance sectorielle. C'est ainsi que sont en train de s'organiser les régulations des services publics, sous l'emprise de la science des économistes et des ingénieurs. La nouvelle loi sur les télécommunications, la directive communautaire sur l'ouverture du marché électrique, en sont exemplaires. Cela pose aujourd'hui la question de savoir si nous assistons à une montée du juridique, comme on le dit souvent, ou si s'opère au contraire celle de l'a-juridique, notamment des normes techniques et scientifiques, ne prenant, à travers des règlements, des protocoles, etc., la forme du droit que pour mieux prendre la place de celui-ci. Le tracé des frontières doit être refait. On peut certes affirmer que le droit a la prétention d'organiser une régulation plus globale, éventuellement celle de la structure sociale en son entier. Mais le terme de régulation risque alors de se dissoudre à être manié si largement, presque en synonyme d'organisation sociale.

5. Enfin, on peut concevoir des phénomènes d'autorégulation. Il s'agit ici de puiser dans le thème plus général de l'auto-organisation (3). Hors de la perspective inspirante de la biologie, des théories prêtent cette puissance à la société, d'autres y associent le mécanisme du marché, notamment le marché financier. Les deux peuvent d'ailleurs se croiser si l'on observe la pertinence des analyses de Niklas Luhmann autour de l'auto-observation lorsqu'elles sont appliquées à la réalité du marché financier. Dans cette perspective, le renouveau du contrat et de la responsabilité est lié au fait qu'ils constituent aujourd'hui des objets juridiques en circulation sur un marché. Cela n'exclut en rien que contrat et responsabilité puissent être aussi une régulation alternative au marché, voire le refus d'une perspective objective de régulation, en ce qu'ils portent en eux la marque de la volonté, de la subjectivité, du sujet de droit.

L'ambivalence du contrat et de la responsabilité tient aussi en cela : ils peuvent aussi bien signifier l'objectivation d'un bien circulant qu'exprimer la volonté aristocratique (4) des personnes. Mais leurs régimes seront alors différents, voire opposés. D'ailleurs, le phénomène d'objectivation est plus net que le maintien d'une reconnaissance de la personne et de sa volonté (5). Cela montre sim-

(3) D. Terré, *L'hypothèse autopoïétique du droit à l'épreuve des marchés financiers*, à paraître.

(4) V. *infra*, n° 34 et s.

(5) Ph. Rémy, *Critique du système français de responsabilité civile*, préc.

plement l'attraction du marché sur le droit, identique voire supérieure à celle qu'exerça sur lui l'Etat.

6. La montée en puissance du contrat et de la responsabilité, les transformations techniques qu'ils subissent, peuvent alors s'expliquer par leur aliénation : ils sont eux-mêmes soumis à une régulation de marché. Cela tient au fait qu'ils constituent les doubles juridiques des biens économiques et sont aujourd'hui eux-mêmes des biens économiques. Consentement et pouvoir deviennent les deux références objectives et respectives du contrat et de la responsabilité. Mais contrat et responsabilité sont aussi les bastions de résistance au marché, parce qu'ils peuvent exprimer le contraire de ce qui fonde celui-ci, à savoir le commerce, lorsqu'ils sont le lieu de la volonté et de l'amitié. Objets de marché et contre-feux du marché, le contrat et la responsabilité sont alors scindés, et leurs traits différent, voire s'opposent, suivant qu'ils sont l'un ou l'autre. Il n'y a pas incohérence ; il y a distribution. Il n'y a pas décadence ; il y a répartition entre ce que l'on pourrait appeler la vie juridique de marché, en ce qu'elle est fondée sur la standardisation et la massification des consentements, et la vie juridique aristocratique, en ce qu'elle est fondée sur la singularité et la volonté particulière.

## **I. — LE CONTRAT ET LA RESPONSABILITÉ COMME OBJETS D'UNE RÉGULATION DE MARCHÉ**

7. Le contrat et la responsabilité sont objets d'une régulation de marché, lorsqu'ils constituent les doubles juridiques des objets économiques. En ce sens, ils sont les piliers de l'économie libérale. Sautant le pas, ils peuvent devenir des objets économiques à part entière et circuler sur des marchés qui leur sont propres : marché financier des options, marché de l'assurance, dont le dynamisme est avéré. Délivrés du bien économique qui les alourdissait, les obligeant à circuler à son rythme physique, le contrat et la responsabilité comme biens autonomes sur des marchés spécifiques ont tendance à se mettre à circuler d'une façon tourbillonnante. Le marché financier des produits dérivés, qui n'est que cela, donne ainsi le vertige.

### **A. — *Le contrat et la responsabilité sont les doubles juridiques des objets économiques***

8. En matière contractuelle, le droit classique a subi l'antinomie suivante. Le contrat particulier est une activité subjective, l'accord entre deux volontés. Or, le marché veut de l'objectif, condition de la circulation. Certes, l'objectif peut venir d'une norme, d'une loi, d'un règlement, d'une production administrative inflationniste, qui saisit alors les contrats dans leur ensemble. Mais le marché est par ailleurs rebelle à la réglementation. Le droit et le marché peuvent se repousser mutuellement.

L'évolution du droit semble avoir résolu cette aporie. En effet, le contrat est appréhendé aujourd'hui davantage comme le lien objectif entre les consente-

ments. L'objectivité du consentement acclimate en droit l'appréhension du contrat comme lien entre deux patrimoines et participe à la scission aujourd'hui observée entre personne et patrimoine. Les lignes de force convergent dans le contrat de sûreté (6).

Le contrat devient parfait dans ce nœud fait de deux consentements objectifs. La volonté est solitaire puisqu'elle est liée à la personne, personne dont la pensée classique affirme qu'elle est unique et irréductible. Mais la souveraineté de la volonté est associée à une extrême faiblesse puisque, intime avec la personne, elle est incapable de s'extérioriser sans dénaturation. Pour qu'une volonté se lie avec une autre, elle doit produire un objet, qu'on désigne comme le consentement. Le contrat se forme par l'échange des consentements (7). Mais si ce sont les consentements qui forment le contrat, les volontés ne s'étant exprimées que pour produire antérieurement des consentements, le caractère objectif de ceux-ci se propage au contrat. Le doyen Jean Carbonnier avait souligné cette objectivation du contrat (8).

9. Il en résulte une nouvelle adéquation du contrat et du marché. Le contrat peut être objectif sans tenir pour autant cette objectivité d'une norme générale. Le contrat, c'est l'objectif particulier, l'objectif atomisé. Sans doute, est-ce la « redécouverte » d'une conception aristotélicienne du droit, défini comme objectif particulier. C'est également la définition de l'objet de marché. Ce souci aristotélicien du particulier et de l'objet concret atteste, s'il en était besoin, que sa philosophie est aujourd'hui très opératoire, permet de penser le monde de demain, dont on peut penser qu'il sera un monde d'objets particuliers. Certes, on nous prédit souvent que le monde sera gouverné par les discours (9), l'étude philosophique du monde se réduisant alors à l'étude de ceux-ci, qu'il s'agisse de la philosophie analytique ou de la science rhétorique. Sans méconnaître la puissance des discours, on doit considérer que les objets particuliers et les valeurs existent, même s'ils n'apparaissent qu'au terme et à travers des procédures (10), procédures dont on mesure l'importance constitutive sur le marché boursier et le droit des offres publiques. Dépassant l'opposition souvent faite entre objectif et discours, le contrat est donc un objet inséré dans des procédures, lesquelles peuvent être les procédures de marché qui ajustent les intérêts.

10. Cette adéquation entre contrat et marché, qui permet de dire que le contrat est le pilier du marché, réside aussi dans le fait qu'ils sont l'un et l'autre l'alternative à la hiérarchie. Certes, la France a beaucoup affectionné la hiérarchie comme principe d'organisation. Cela permet la circulation, verticale, du

(6) J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1997, n° 144 et s., p. 127 et s.

(7) M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats, cette *Revue* 1995.573 et s.

(8) Sociologie de la vente, in *Flexible droit*, préc.

(9) M. Foucault, *L'ordre du discours*, Gallimard, 1976.

(10) Ce souci de ce que Jürgen Habermas désigne comme « le formalisme éthique » (*Droit et éthique*, Le Seuil, 1997) est au cœur du travail de Chaïm Perelman sur le droit (*De la justice*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1945 ; V. aussi G. Haarscher, La justice perelmanienne, les droits de l'homme et le dialogue, in *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruylant, 1994, p. 7 et s.).

pouvoir, d'une façon formelle et opaque. Kelsen a donné au système ses lettres de noblesse.

Mais dans le contrat, il n'y a pas de hiérarchie *a priori*, même s'il y a des rapports de force. Il n'y a pas d'ordre ni d'obéissance antérieurs ; c'est par le contrat que les ordres sont donnés. Certes, les rapports de force peuvent imprégner le contrat, tel le contrat de travail si l'on laisse les comportements s'ajuster spontanément, mais cela est très différent du principe hiérarchique. Celui-ci engendre directement des manières de faire, par la simple situation des personnes les unes par rapport aux autres, sans engagement consenti ni avant ni après. En cela, le principe hiérarchique est de nature archaïque par rapport au principe contractuel. De même, dans la responsabilité, il y a l'expression d'un lien, généralement la causalité, qui exclut une telle verticalité.

Or, en économie, Williamson a montré que l'effacement du principe hiérarchique entraîne la constitution d'un modèle du marché. La régulation hiérarchique appelle l'Etat et réciproquement ; la régulation contractuelle appelle le marché et réciproquement. On observera au passage que l'affaiblissement du principe hiérarchique, corrélé avec la montée en puissance du marché et de son instrument de négociation qu'est le contrat, participe au fait que la règle de droit tient aujourd'hui elle-même à se négocier (11). Dès lors, le droit ne peut que se détacher de l'Etat.

11. Cette position du contrat et de la responsabilité sur les marchés explique la standardisation de ceux-ci. L'industrialisation économique a conduit à l'industrialisation juridique. Contrat et responsabilité sont débités, souvent à l'identique. Objets de consommation, ils circulent sur les marchés, accrochés aux biens économiques dont ils sont les doubles, leurs accessoires nécessaires. Un marché ne peut fonctionner sans circulation des objets, source de la prospérité ; en matière financière, le dynamisme dépend directement de cette liquidité. Or, cette circulation s'opère par le contrat (12) : quiconque veut se saisir du bien économique trouve à sa disposition le consentement de vendre que le producteur y a préalablement inséré. Cela explique le statut fondamental du refus de vente, qui n'est pas concevable sur un marché et qui est sanctionné à ce titre.

En outre, le marché suppose la liberté, liberté du commerce et de l'industrie notamment, afin que les intérêts s'expriment, afin que les pouvoirs s'exercent. Or, la responsabilité est la source de la liberté et elle s'attache en conséquence aux pouvoirs. Contrat et responsabilité ont pour pendant capitalisme et libéralisme : plus l'organisation de marché gagnera du terrain, dans les faits et dans les esprits, plus les premiers s'amplifieront.

12. Cette intimité entre le bien économique et le contrat, à travers la puissance du consentement et l'antériorité de la volonté, explique la résurrection, la « redécouverte » des contrats réels, ceux qui se forment par emprise concrète sur le bien. Le doyen Jean Carbonnier soulignait en 1958 l'insuffisance de la

(11) V., par ex. Ph. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1997, et spéc. F. Ost, Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites, p. 17 et s.

(12) F. Zenati, Le droit et l'économie au-delà de Marx, in *Droit et économie, Archives de philosophie du droit*, t. 37, Sirey, 1992, p. 121 et s.

place accordée à la catégorie des contrats réels, « pourchassée comme un archaïsme au nom de l'autonomie de la volonté » (13), alors qu'un contrat réel reconnaît à la chose sa force. Le droit des sociétés le plus moderne fait aujourd'hui place au réalisme, à travers notamment la question de l'incorporation de l'action d'une société commerciale dans son inscription en compte (14), la doctrine pouvant alors soutenir que la cession se fait par tradition.

Plus encore, puisque le contrat, en incorporant le consentement dans un objet, rend celui-ci apte à circuler, il le constitue en bien.

13. A observer la jurisprudence, celle-ci semble évoluer vers l'état d'un bien qui circulerait désormais avec tous ses accessoires juridiques, indépendamment de la volonté des parties. Ainsi s'expliquent la montée en puissance de l'article 1135 du code civil, la jurisprudence symptomatique sur la clause de réserve de propriété transmise par accessoire de la cession de créance, et bien encore la transmission de l'action en non-conformité dans les chaînes de contrats comprenant au moins un contrat de vente. Se constitue un faisceau d'accessoires sous forme de clauses et d'actions, dont le bien économique a besoin pour circuler.

14. La responsabilité fait aussi partie de ces accessoires. Il peut s'agir d'une clause ou d'un effet du contrat, partie intégrante donc de ce double contractuel qui propulse le bien économique. Il peut aussi s'agir d'un double autonome, lié à la nature du bien ou à sa mise sur le marché. La responsabilité des professionnels, des fabricants, des importateurs, est conditionnée par cela. Il s'agit d'un accessoire de l'intermédiation. La gestion d'affaires, les quasi-contrats, peuvent aussi s'expliquer ainsi. Dans cette perspective, l'existence ou non d'un contrat comme porteur de responsabilité est relativement indifférente car c'est avant tout le bien qui est le support immédiat ou réflexe de la responsabilité (15). Cela peut éclairer ce que certains désignent comme le déclin de la *summa divisio* de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité extra-contractuelle, basée sur l'existence ou non d'une volonté, considération désormais moins pertinente.

15. Au contact du marché, toujours friand de transparence, le contrat devient translucide. Se répand une sorte d'horreur du caché contractuel. Cela s'observe à travers le recul constant du secret des affaires, lequel trouvait encore appui, d'une part, sur le principe du calcul et des anticipations de profit cachés à l'autre cocontractant (16), et d'autre part, sur la relativité du contrat, qui le masquait juridiquement aux tiers. Le goût de la transparence a contribué à bousculer la distinction entre la partie et le tiers. Cette transparence du contrat tient aussi à la circulation des biens, en ce que son centre est éclaté dans chacune de ses clauses : ce sont les clauses que l'on veut voir à travers le contrat.

(13) « De la contribution que la sociologie juridique peut apporter au droit des contrats », in *Flexible droit*, préc.

(14) V., en dernier lieu dans une controverse doctrinale très riche, D. R. Martin, De l'inscription en compte d'actifs scripturaux, *D.* 1998.*Chron.* 15 et s.

(15) V. *infra* n° 30.

(16) On comprend l'émoi que suscita en doctrine l'arrêt Com. 27 févr. 1996 (*JCP* 1996.II. 22665, note J. Ghestin ; *D.* 1996.518, note Ph. Malaurie).

16. Dans ces conditions, le contrat se définit comme un amas de clauses accrochées chacune à un bien. Au-delà de l'unicité du contrat, on observe désormais les rouages contractuels. Est en train de naître le droit des clauses. Ainsi s'est formé le déferlement du droit des clauses abusives. D'une façon plus générale, alors que le contrat classique pouvait prétendre être plus que l'addition de ses clauses, symétriquement la clause peut aujourd'hui être plus qu'une division syntaxique du contrat. On pourrait soutenir que le contrat est une universalité de droit, comprenant des clauses qu'il met en corrélation, en masse, mais qui peuvent vivre sans lui. Il est assez naturel que le modèle dans notre monde patrimonialisé devienne celui du patrimoine. C'est pourquoi une clause peut perdre tout effet sans que le contrat soit mis à mort et, plus symptomatique encore, peut survivre après l'anéantissement du contrat. L'autonomie des clauses gagne du terrain. Il devient urgent que le droit engendre une théorie générale des clauses.

17. Il résulte de tout cela que le contrat devient mobile. Cette mobilité est liée à l'objectivation du contrat (17). Mais il faut pour cela que le contrat reste proche du modèle classique de l'objet de marché, atomisé. *Quid* quand le contrat devient rigide, notamment parce qu'il organise un agrégat de contrats, parce qu'il est le support d'un réseau de distribution ? Le contrat brise la mobilité du marché, alors même que celle-ci est en principe garante de l'égalité des opérateurs. Le contrat va être éventuellement l'instrument du déséquilibre organisé, notamment parce qu'il pourra gérer le long terme alors que le marché ne se satisfait en principe que d'échanges instantanés, permettant aux opérateurs d'aller chercher ailleurs meilleure combinaison économique et juridique (18). On le mesure particulièrement en matière de distribution. Le droit de la concurrence va contrer le droit des contrats. L'on pourrait dire que droit de la concurrence et droit des contrats s'arc-boutent alors l'un contre l'autre. Cela explique les difficultés des réseaux en droit de la concurrence (19).

18. On peut alors reprendre une grande distinction faite entre les contrats : le contrat opérant un échange et le contrat d'organisation (20). La vente est l'illustration du premier ; le contrat de société celle du second. Le contrat comme échange colle avec le marché ; mais le second l'entrave. Aujourd'hui, pour mettre en adéquation la théorie des sociétés avec la théorie du marché, on brise le fondement contractuel de celles-ci pour construire leur organisation sur le monde concurrentiel, à travers ce que l'on désigne sous le vocable barbare de « marchandisation » des sociétés.

Pourquoi cette répulsion du marché pour autre chose que son propre modèle ? Parce que le marché est déjà une organisation. Il tolère mal un autre procédé d'intégration que peut constituer le contrat ou la société. Le marché est une organisation totale, un fait construit et totalitaire (21). Cela explique le trai-

(17) J. Carbonnier, préc.

(18) V. *infra*, n° 10.

(19) CREDA, *Le contrat-cadre*, 2 vol. Litec, 1995.

(20) P. Didier, Le contrat de société, in *L'échange des consentements*, *RJ com.* 1995, n° spéc. p. 74 et s.

(21) M.-A. Frison-Roche, Le marché, comme modèle, *Archives de philosophie du droit*, 1995.

tement difficile du mécanisme sociétaire des filiales communes par le droit de la concurrence et des concentrations.

19. On peut alors suggérer une nouvelle formulation de la distinction : elle serait celle du contrat-objet qui peut circuler sur le marché et du contrat-situation qui vise à organiser une relation autrement que par la mobilité extrême du marché. Cela est à mettre en perspective avec la théorie économique des transactions, où l'on situe le contrat, le contrat intégratif, le contrat constitutif d'une situation durable et stable, comme alternatif au marché.

20. En effet, cette mobilité requise par le marché a pour corollaire l'instantanéité ; le contrat est un objet consommable. Mais en matière de marché comme pour le contrat, le rapport est ambigu entre la mobilité et la stabilité. Dans la théorie classique de l'un comme de l'autre, ils ne connaissent que l'instant. Seul l'État et les personnes se meuvent dans le temps. C'est pourquoi l'activité normative de l'État vient imposer un autre rythme, un autre temps. Ainsi, les préoccupations du jour prochain, y compris le jour prochain des générations futures, peuvent prendre des formes étatiques : le puissant droit de l'environnement le manifeste. Mais il ne s'agit alors plus de contrat. D'ailleurs, les personnes insufflent au marché leur pouvoir d'appréhender l'avenir : la vertu d'anticipation est commune au marché et au contrat. Les clauses de flexibilité d'un rapport juridique à long terme, aujourd'hui admises et puissantes, vont dans le sens d'un équilibre entre mobilité et stabilité grâce au contrat.

21. Cette intégration du futur est le propre du contractuel, non seulement lorsqu'il organise des obligations durables, successives ou renouvelées, mais même dans l'hypothèse d'une exécution immédiate. En effet, le souci des écrits, preuves précisément désignées comme « pré-constituées » atteste le souci d'anticiper, ne serait-ce que sur les litiges. Le contrat a aussi pour objet de gérer sa propre faillite, l'organisation des litiges constituant davantage une exécution contractuelle qu'un événement extérieur, rendant plus fragile encore la frontière entre contrat et procès. L'organisation par avance dans le contrat des défaillances de celui-ci est depuis toujours monnaie courante, à travers les clauses pénales, clauses compromissaires, etc. Le contrat gère sa propre déconfiture et en limite par là les dégâts. La jurisprudence reconnaît la puissance de ces dispositifs, se souciant d'en limiter les excès (22).

22. Ce qui est plus nouveau, c'est l'intégration du futur dans la responsabilité. La responsabilité pour trouble du voisinage, l'excroissance formidable du droit de l'environnement, reposent sur cette prise en charge du futur par la responsabilité. Il ne s'agit pas tant de réparer l'irréparable dommage passé mais d'enrayer la perspective du dommage futur, anéantie parce que la réparation le rend techniquement impossible ou parce que la dissuasion opère. Cela explique sans doute et l'importance grandissante des réparations en nature et l'augmentation très sensible des sanctions et des dommages-intérêts, surtout s'ils s'appliquent aux entreprises, auxquelles on prête toujours la rationalité de calculer le

(22) V., par ex., D. Mazeaud, *La clause pénale*, LGDJ, 1992 ou Ch. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996.



coût de l'illicéité. Le lien entre réparation et dommage s'efface. Faute d'avoir conservé son souci moral, la responsabilité endosse aujourd'hui une fonction éducative.

23. Là aussi, la responsabilité circule en double de l'objet de marché ; le produit est flanqué lorsqu'il entre sur le marché et de son double contractuel et de son double de responsabilité.

Mais il y a aujourd'hui autonomie du contrat et de la responsabilité, comme objets économiques et financiers de marché.

### **B. — *Le contrat et la responsabilité sont des objets économiques autonomes***

24. On a pu soutenir que le contrat se cède, que le contrat circule et qu'il lui convient d'en être ainsi (23). Il en découlerait que le contrat est lui-même un bien. Se constituent des marchés de contrats, dont le marché des produits financiers dérivés est le meilleur exemple.

La volonté n'interférant pas directement avec le marché, peuvent encore se constituer des marchés de consentement. On peut ainsi soutenir que le marché des actions est un marché de consentements, l'associé majoritaire ayant seul le pouvoir d'avoir une volonté. Le consentement de l'associé minoritaire est déjà acquis puisque sa volonté ne peut rien : l'acheteur d'une action minoritaire a consenti — au sens de défaite que suggère aussi ce mot — à être gouverné par un autre.

25. On pourrait en déduire, en premier lieu, que sa volonté peut reprendre le dessus lorsque la règle du jeu, le pacte social, ont été brisés par l'associé majoritaire : le droit de retrait du minoritaire pourrait être la revanche de sa volonté contre un consentement donné aveuglément à un majoritaire qui, par exemple, en abuse (24). En second lieu et en droit boursier, dès l'instant que le marché d'actions n'est qu'un marché de consentements et que seul l'actionnaire majoritaire ou contrôlaire peut faire jouer sa volonté dans le fonctionnement de la société et ce qu'il advient du contrat de société, cette volonté inépuisable ayant une valeur économique supérieure à celle d'un consentement définitivement donné, il faut admettre la légitimité d'une prime de contrôle lorsque celui-ci est cédé.

26. Toujours est-il que si le contrat est un objet de marché, les exigences du marché vont s'appliquer directement sur lui. Ainsi, le critère de la circulation, la cessibilité du contrat étant un élément de sa valeur (25), celui de la liquidité en matière financière, va s'imposer à lui. Les formalités à l'égard du débiteur cédé deviennent inutiles ; les clauses d'agrément sur un marché financier deviennent illicites. Les notions de transparence et de sécurité deviennent la loi des con-

(23) A. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Economica*, 1984.

(24) La finalité du pouvoir dans les sociétés cotées, *Cah. dr. entr.* 1996, n° 3.

(25) M.-L. Izorche, *Information et cession de contrat*, *D.* 1996.*Chron.*374 et s., spéc. n° 5.

trats, à travers les obligations d'information et de sécurité, non seulement sur l'objet concret du contrat mais sur le contrat lui-même.

27. Le marché a alors un effet sur le contrat que l'on peut décrire par le terme de « refroidissement ». On sait que le marché neutralise la violence, y compris la violence des rapports contractuels. Le marché opère une mise à distance et en cela il est facteur d'apaisement. Il en est particulièrement ainsi du marché financier, dans lequel vendeur et acheteur ne se rencontrent jamais, même au sens juridique du terme.

28. Cette référence au mécanisme de refroidissement du droit est empruntée à la sociologie du procès dans lequel on distingue le contentieux chaud et le contentieux froid (26). Dans le premier, les parties investissent leur personne et leurs valeurs dans le contentieux (l'exemple type en est le divorce pour faute) ; dans le second, ils se contentent d'ajuster leurs intérêts. On pourrait songer à reprendre la distinction pour le contrat et plus encore pour la responsabilité.

29. Le doyen Jean Carbonnier a décrit le phénomène de dépersonnalisation du contrat, permettant sa circulation. Mais le marché fait davantage qu'une réduction du contrat à son objet : il fait du contrat un pur objet. En effet, le contrat, s'il est saisi par le marché économique, devient un rapport juridique froid. De la même façon que le « contentieux froid » est celui dans lequel les personnes n'injectent pas leurs valeurs, le « contrat froid » est un objet produit par la confrontation mécanique des intérêts. Il n'y a pas d'âme du contrat parce qu'il n'y a d'état d'âme nulle part. Cela est encore plus vrai lorsque le contrat est happé par le marché financier et contribue lui-même à financiariser l'économie, laquelle se glace en même temps qu'elle se mondialise, coupée des hommes, coupée des cultures et des peuples. La désincarnation du contrat, sa standardisation devenue possible, ont grandement participé à ce phénomène nouveau et déroutant.

30. Ce refroidissement lié au phénomène d'objectivation et de mise en contact avec le marché est plus net encore concernant la responsabilité. Le mouvement est plus étonnant aussi parce que la responsabilité s'est éloignée de ce fait de la chaleur de la faute. C'est pourquoi elle peut désormais s'attacher aux actes des enfants et des déments. Ce mouvement est apparu plus nettement et plus précocement que pour le contrat. On mesure une nouvelle fois que la responsabilité est le bastion avancé de la théorie des obligations. Elle est cette part d'intuition qui saisit par frémissement les évolutions.

31. La responsabilité, c'est ce qui porte sur celui qui doit répondre. Pourquoi répondre ? C'était la question des origines, c'est-à-dire celle de la faute. Elle est en principe aujourd'hui délaissée. En effet, qu'importe les origines (d'où arrivent les règles ?), qu'importe même la genèse (comment se construisent les règles ?), seuls comptent les effets (que produisent les règles ?). On passe de la faute à la réparation. Cela ne s'explique pas seulement par des raisons contingentes et un souci accru des victimes. Cela tient aussi à la façon de penser le

(26) Fr. Terré, Sociologie du procès, in *Le procès*, *Archives de philosophie du droit*, 1995.

monde. Depuis les Lumières, nous sommes passés de la question de la source (d'où viennent les règles, leur sens et leur légitimité ?) à la question de l'engendrement (comment s'élaborent et s'appliquent les règles ?), puis, depuis quelques années nous sommes en train de délaissier la question de l'engendrement pour nous pencher sur celle des résultats (quel bénéfice et quel effets néfastes provoquent les règles ?). Il s'agit d'une culture du pragmatisme, dans laquelle efficacité et effectivité sont les maîtres-mots.

32. De quoi répondre ? du risque et du malheur. La juridicisation du malheur est un phénomène nouveau, pilier du droit de l'environnement, soutien du droit international public. Sans doute parce qu'on a cessé pour le malheur aussi de poser la question des origines, délaissant l'hypothèse de la volonté de Dieu ou du mal radical kantien. Puisqu'elle n'est plus religieuse ou morale, la réponse sera désormais juridique (27) et de nature assurantielle.

33. Car tout est là : qui doit répondre ? Celui qu'on a payé pour cela. Etre responsable, c'est un métier. La responsabilité est une prestation. Si la responsabilité est un objet, elle peut aussi circuler. Ce sera fait sur le marché essentiel de l'assurance. La responsabilité s'accroche désormais à un critère tout différent : celui du pouvoir. Cela explique l'importance, notamment en matière pénale, de la délégation dans la détermination de la personne responsable.

On peut aussi soutenir qu'est responsable celui qui est « le mieux placé pour cela ». Il peut s'agir de celui qui était là, critère archaïque et fort opératoire qui frappe les conducteurs d'automobiles contre lesquels s'applique la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes des accidents de la circulation. Il peut s'agir du propriétaire, non qu'il s'agisse d'une compensation redistributive des richesses, dans une conception socialisante de la responsabilité, mais lorsqu'il est mesure d'anticiper la responsabilité, notamment par le biais de l'assurance ; la propriété engendre la responsabilité parce qu'elle est source de connaissance et de pouvoir.

Cette observation met en lumière ce qui paraît la règle principale : celui qui a le pouvoir doit répondre. Certes, cela n'est pas sans effet pervers, car il est assez naturel de fuir alors devant le pouvoir afin d'éviter de répondre. Notre société souffre de la dilution ainsi encouragée du pouvoir dans les institutions, telle l'administration, ou du refus d'exercice du pouvoir, notamment dans les organes de contrôle. Les pouvoirs ne sont plus mis en œuvre.

Ainsi, le marché n'a pas que des effets heureux ; sa puissance est d'ailleurs telle qu'il ne peut qu'avoir des effets parfois malheureux. Mais le contrat et la responsabilité peuvent alors prendre forme comme des alternatives au marché.

(27) B. Edelman, Restons sauvages !, in *La responsabilité*, Autrement, 1994, p. 132 et s.

## II. — LE CONTRAT ET LA RESPONSABILITÉ COMME OBSTACLES À LA RÉGULATION DU MARCHÉ

34. On a relevé le mouvement tout à la fois de quasi-disparition de l'autonomie de la volonté et de redécouverte de celle-ci (28). Cela n'est pas contradictoire. En effet, la puissance du marché qui participe à la première n'exclut en rien qu'une vie juridique existe, et fort heureusement, en dehors de ce moment : la volonté s'exprime alors, à travers le contrat et la responsabilité.

Pour essayer de décrire cela, cette sorte d'homonymie dans les contrats et la responsabilité, alors que ce n'est pas la même vie qui les traverse et que les règles juridiques les organisent alors différemment, il est ici proposé de recourir à la notion de « vie aristocratique ». Ce ne sont que des hypothèses susceptibles d'être ultérieurement approfondies, contredites et argumentées. La vie aristocratique suscitait moins d'intérêt actuellement que la vie de marché, la perspective est embryonnaire mais l'on peut l'appliquer au contrat (A) comme à la responsabilité (B).

### A. — *L'hypothèse du contrat aristocratique*

35. Il existe en effet ce que l'on peut appeler l'aristocratie de la volonté. Par le contrat, ce sont alors véritablement les volontés de deux personnes particulières qui, par leur puissance, construisent pour eux seuls une relation juridique sur-mesure, relation imprégnée par leur personnalité. L'objet économique n'est pas transposé dans un instrument juridique anonyme, il est la concrétisation des intentions.

36. Contrairement à ce que l'on pourrait penser dans un premier temps, cette distinction entre contrat de marché et contrat aristocratique ne recouvre pas la distinction du droit commercial et du droit civil. En effet, la standardisation des contrats, leur anonymat, leur mobilité, sont particulièrement la marque des contrats de consommation, tandis que le contractuel cousu main est souvent le fait des relations d'affaires, dominées par l'autonomie des volontés (29).

37. De la même façon, cette distinction ne recouvre pas nécessairement la distinction entre contrats à titre gratuit et contrats à titre onéreux. Certes, le contrat peut être un lien d'amitié. C'est l'hypothèse extrême dans laquelle c'est la personne qui reste présente dans le contrat, non plus seulement la volonté mais la personne elle-même. Elle récusé l'idée même d'un intérêt, préalable au mécanisme de marché qui le postule. Mais n'oublions pas qu'il existe aussi une économie des présents, évoquant l'échange et l'instrumentalisation.

38. Cela tient plutôt et tout d'abord au fait que dans des relations entre égaux et forts, il n'est pas besoin de recourir au marché, dont la puissance correctrice et

(28) *Le droit contemporain des contrats*, travaux coordonnés par L. Cadiet, préf. G. Cornu, Economica, 1987, spéc. Ph. Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, p. 271 et s.

(29) Ph. Rémy, *ibid.* n° 22 et s. p. 277.

égalisatrice n'est plus requise. Ainsi, relèveront de transactions hors-marché par exemple les cessions de titres financiers de gré à gré ou les contrats d'État.

Cela tient aussi en second lieu au fait que certains objets sont récalcitrants au marché non pour des raisons essentielles, telles que la bioéthique peut nous les indiquer, mais pour la raison concrète qu'ils ne sont pas standardisés. C'est précisément la théorie économique des transactions et celle de la firme qui ont montré que des objets économiques sur-mesure ne peuvent entrer sur un marché mais doivent faire l'objet d'une intégration économique de la relation par le contrat.

39. Le contrat est donc l'alternative au marché, soit parce qu'il peut être l'expression de la puissance des personnes ne supportant pas l'interchangeabilité absolue du marché, soit parce qu'il est l'expression de la spécificité de l'objet, qui y résiste pareillement. Notion d'égalité entre parties également fortes, effectivement éclairées, notion d'objet unique, tout cela évoque la vie aristocratique, l'opposé absolu du marché, étant rappelé tout à la fois que par nature l'aristocrate est rentier – la rente étant le poison du marché – mais qu'il peut y avoir de l'aristocratie dans les affaires.

## **B. – L'hypothèse de la responsabilité aristocratique**

40. Reste l'aristocratie de la responsabilité. Elle est la plus importante car elle désigne la responsabilité de la volonté. On le sait, demander réponse des fautes, c'est promouvoir la puissance de la personne individuelle, la reconnaître dans sa rationalité, son libre arbitre et son irréductibilité à une autre personne. La responsabilité pour faute est de nature aristocratique ; la responsabilité pénale l'est par excellence.

41. Or, on souligne aujourd'hui la dénaturation dont souffre la responsabilité pénale, puisque le législateur, et le juge, utilisent cet instrument par seul souci de sa puissance et sans respect de sa nature. Il se constitue ainsi – particulièrement en matière économique (30) mais également dans le droit de l'environnement, de la consommation, etc. – un sous-droit pénal, accessoire des règles ordinaires. Cette instrumentalisation « refroidissante » (31), en réalité indifférente à la faute, est contraire à la nature de la responsabilité pénale.

Dès lors, comment comprendre le principe nouveau de la responsabilité pénale des personnes morales, cette responsabilité instrumentalisée, dans laquelle il n'est pas sérieusement question d'évoquer la faute ? Cela est encore moins concevable lorsque cette responsabilité se cumule avec celle des dirigeants, lesquels auraient dû capter, monopoliser l'éventuelle imputation fautive des actes.

42. Il ne faut pas alors s'étonner que se constitue une sorte de marché de la responsabilité pénale. Ainsi, il y a de fait une sorte de marché des sanctions admi-

(30) *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997.

(31) *V. supra*, n° 26 et s.

nistratives répressives, notamment en matière de concurrence, de fiscalité, de droit boursier, sur lequel les sanctions tendent à être négociées entre les organes de répression et les entreprises justiciables. Plus encore, il y a une sorte de marché noir de la délégation de pouvoirs au sein des entreprises, l'employeur louant ainsi les services d'une personne pour laquelle la responsabilité pénale fait partie intégrante de son travail.

43. Cela est certes critiquable car les acteurs économiques s'empressent de se conduire comme des opérateurs sur un marché des sanctions. Mais qui a commis la confusion première, en détournant des mécanismes fondamentalement aristocratiques, car fondés sur la volonté, la conscience, la faute, pour obtenir autre chose que la sanction de cela ? Qui a commis l'instrumentation première ? Ainsi, la mesure de l'organisation juridique de la vie de marché, par le contrat et la responsabilité, permet de poser les limites de celle-ci et de préserver ce que certains considéreront sans doute légitimement comme la vraie vie, celle de la liberté, des volontés et des fautes, que doit traduire une tout autre forme de contrat et de responsabilité.

44. Ainsi, grille de lecture comme une autre, la césure ne s'opère pas entre le contrat et la responsabilité, entre l'ancien et le nouveau, mais entre les vies que le droit exprime : vie de marché avec des instruments juridiques objectivés, standardisés, servant efficacement l'impératif de circulation ; vie aristocratique avec des instruments juridiques imprégnés encore des personnes qui les conçoivent sur mesure et qui sont régis à l'aune des intentions qui les animent.