

## I. Le contrat, une convention qui gouverne toute négociation

Les différentes formes et les nombreux domaines de la négociation — commerciale, interne, externe, interculturelle, environnementale, salariale, sociale, de médiation, raisonnée, diplomatique, internationale — ont toutes pour but d'arriver à un résultat convaincant pour les parties concernées afin qu'elles entament ou continuent une coopération, une collaboration, une participation, une médiation. Ce résultat prend des noms différents selon la personnalité juridique des parties. Entre deux ou plusieurs États, pour nommer le résultat d'une conférence internationale, d'une négociation, d'un congrès, d'une réunion, d'un sommet, nous avons coutume d'utiliser les termes, « accord », « charte », « convention », « déclaration », « feuille de route », « pacte », « plan », « protocole », « traité ». Entre partenaires de statut juridique strictement commercial — comme les entreprises entre elles ou avec leurs représentants du personnel —, nous revenons au droit commercial et au droit social. Les rencontres entre partenaires deviennent des négociations commerciales ou des négociations salariales qui débouchent ou non sur des résultats qualifiés de différentes manières — « accords », « protocoles », « conventions » —, selon les enjeux de la négociation, le contenu des discussions et les circonstances des rencontres entre partenaires. **A priori, nous appelons « contrat », les engagements réciproques des partenaires d'une négociation menée à terme, qui créent un lien ou des liens multiples à durée et dimension variables.** Mais a

*posteriori*, les imbrications entre ce que peuvent, d'une part, convenir de manière expresse les négociateurs et, d'autre part, les interprétations possibles par chacune des parties au moment de l'exécution, voire d'un tiers consulté pour arbitrer un conflit d'intérêts, nous conduisent à explorer cinq problématiques sous-jacentes pour avoir une idée de la complexité qu'entraînent certaines catégories de contrats.

1. **Qu'est-ce que le contrat ?**
2. **Quelles formes de contrats reconnaissent explicitement le Code civil ?**
3. **Combien d'autres catégories de contrats ont réussi à s'imposer ?**
4. **Sur quelles idées repose la théorie du contrat ?**
5. **Comment comprendre la formation et les implications du contrat commercial ?**

Dans toutes les formes de négociations, l'idée de contrat et ses implications juridiques demeurent en filigrane. Dans un ouvrage consacré aux multiples formes de négociations que mène quotidiennement l'entreprise moderne, une présentation des fondements de la formation des contrats — donc des obligations unilatérales ou réciproques des négociateurs, des parties prenantes et des tiers concernés — s'avère impérative pour bien comprendre ce qui, au fond, peut faire ressembler une négociation commerciale à une négociation sociale ou une négociation interculturelle à toute autre forme de négociation. Bien avant d'entamer une négociation, il serait prudent de s'armer de quelques notions de droit pour avoir conscience de toutes les conséquences juridiques de chaque parole, promesse, proposition échangées. Plus exactement, on ne saurait négocier sans avoir quelques connaissances sur les contrats et leurs effets juridiques. À travers les cinq problématiques sous-jacentes retenues pour l'analyse, nous verrons comment toute négociation commencée ou toute négociation conclue produira un lien contractuel créateur d'effets de droit qui sera contraignant pour les négociateurs, les parties prenantes et les tiers impliqués. Et chaque type de lien contractuel aura des conséquences juridiques qui découlent de sa catégorie, selon la classification des sources d'obligations adoptée par le Code civil, les auteurs, la doctrine ou la jurisprudence.

## 1. Qu'est-ce que le contrat ?

L'article 1101 du Code civil définit le **contrat** comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Le droit français distingue le contrat civil du contrat administratif, celui-ci lie l'Administration et une personne de droit privé.

**Le droit fait bien la distinction entre « contrat » et « obligation ».**

Cette définition nous révèle combien nous sommes quotidiennement, dans pratiquement tous nos gestes, liés par toutes sortes de conventions qui constituent le cadre dans lequel nous vivons en société, nous transférons à nos partenaires ce qui est convenu avec ou sans contrepartie, nous obtenons d'eux ce à quoi ils se sont engagés avec ou sans contrepartie. Les juristes distinguent le contrat et l'obligation, le premier n'est qu'un élément du second. Convenir (de... ou avec...) c'est s'obliger (à faire... ou ne pas faire...) ; mais s'obliger (à faire... ou ne pas faire...) n'est pas seulement convenir (de... ou avec...). Il ne s'agit pas de nuance, mais de différence dans la mesure où l'obligation est ce « lien », reconnu et sanctionné par le droit, entre deux personnes, dont l'une exige légitimement de l'autre de lui fournir la prestation attendue ou de s'abstenir de faire, de donner, de divulguer, etc. Nous sommes dans le cas de l'obligation juridique, un cas tout à fait distinct de toutes les formes d'obligations entretenues par les nombreuses circonstances de la vie quotidienne, civile ou commerciale. Cette distinction a suscité des controverses que nous évoquerons ci-après. Les juristes nous disent que cette obligation peut avoir le caractère d'obligation civile ou le caractère d'obligation naturelle. Dans le premier cas, on distingue le *debitum*, — fournir une prestation au détenteur du droit ou s'abstenir de faire ce qui nuit à ses intérêts — et l'*obligatio* — le droit du créancier à recourir à la contrainte pour obtenir ce qui lui est dû. Dans le second cas, on ne retient que le *debitum*, qui demeure sans possibilité du recours à la contrainte pour obtenir ce qui lui est dû. Mais si on obtient volontairement ce « dû », c'est-à-dire sans contrainte, on ne sera aucunement obligé de le rendre. Les juristes citent le cas des obligations alimentaires mentionnées dans les articles 203 et suivants, entre parents et enfants, considérées comme une obligation civile, et entre frères et sœurs, considérées comme une *obligation naturelle*. Si bien que la première oblige le parent concerné à reconnaître la dette et le contraint à la payer à l'enfant, tandis que la seconde oblige seulement le frère ou la sœur à reconnaître la dette sans être contraint de la payer et en cas de paiement, le ou la bénéficiaire ne devra rien restituer, puisqu'il (elle) n'a reçu que ce qui lui a été naturellement dû ; d'autant plus que la pension promise ou accordée volontairement transforme l'obligation naturelle en obligation civile.

Dans un article sur « La classification des sources des obligations », publié dans le numéro 36-1, 2002, de la *Revue juridique*, éditions Thémis (Montréal), le professeur Benoît Moore de la faculté de Droit de Montréal, retrace ce qu'il appelle la « courte histoire d'une valse-hésitation ». Il commence par rappeler que ce concept d'**obligation** existait déjà dans le droit romain et « il est classique de remonter à celui-ci afin de le définir ». Il

**Plusieurs siècles de propositions sur la classification des « sources des obligations ».**

évoque les *Institutes* de Justinien qui sont encore une référence aujourd'hui pour initier l'étudiant à ce concept. Un texte datant de

l'époque de l'empereur Justinien (VI<sup>e</sup> siècle), mais dont la paternité n'est pas authentifiée, stipule que « l'obligation est un lien de droit qui nous impose la nécessité de payer quelque chose, conformément aux droits établis dans notre patrie ». Dans la mesure où la notion de « lien » englobe toutes les activités économiques avec les enjeux que ce lien représente pour les parties, les propositions de classification n'ont pas reçu que de bons accueils ; elles ont également suscité des controverses. *On retrouve des classifications des obligations par objet, par effet, par intensité ou par source.* Les obligations classées par source existaient dans les *Institutes* de Gaius et les *Institutes* de Justinien. Elles ont alimenté les débats entre auteurs jusqu'à nos jours. Ainsi, Benoît Moore, en se référant à des auteurs contemporains, parle de classification « instable » et « contestée », faisant échos aux propos d'Henri Mazeaud et d'Henri Lévy-Bruhl. Quand le premier admet combien cette manière de procéder occupe une place centrale dans la classification des obligations, il s'empresse aussitôt d'alerter ses lecteurs sur deux aspects du problème : classer les obligations de cette manière est « inutile » et « faux » (« Essai de classification des obligations », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, note 3, 3). Tandis que le second est persuadé que cette manière de classer les obligations constitue « une des plus faibles parties du droit privé » (*Aspects sociologiques du droit*, Librairie Marcel Rivière et C<sup>ie</sup>, Paris, 1955, p. 7). Certains juristes regrettent que l'article 1370 du Code civil français soit rédigé d'une manière qui ne facilite pas l'émergence d'une théorie globale des obligations, mais se contente d'une énumération non exhaustive des obligations. Puisque les obligations énumérées dans cet article sont traitées dans le cadre de l'acquisition des biens, la critique adressée au Code civil consiste à trouver des obligations non énumérées. Certains pays ont tenté de répondre à cette lacune au moment de la rédaction de leur Code civil. Ainsi, au Bas-Canada, pour unifier le droit des obligations, les codificateurs ont retenu cinq sources : « contrats », « quasi-contrats », « délits », « quasi-délits » et « loi seule ». Cette classification fait constamment l'objet de critiques qui méritent ou

bien une réponse du pouvoir judiciaire ou bien de nouvelles propositions de classification par les auteurs. Benoît Moore évoque quelques-uns de ces reproches : cette classification « fait de la loi une source subsidiaire d'obligation » (François Langelier, Maurice Tancelin) ; elle lie « les quasi-contrats à la volonté » (Louis Baudoin) ; elle reprend « la distinction entre délit et quasi-délit » (Tancelin) ; elle mentionne inutilement le « cas fortuit » alors qu'un juriste comme Pierre-Basile Mignault, exclut ce cas des sources d'obligations. Cependant, le célèbre arrêt *Lapierre* répond à cette préoccupation des auteurs et Benoît Moore nous dit que « l'ensemble de ces critiques à l'encontre des solutions législatives, tant québécoise que française, concernant les sources des obligations, ne pouvaient pas rester sans conséquence et les auteurs vont proposer, avec le temps, une pléthore de nouvelles classifications » (*op. cit.*, p. 289). En 1936, Henri Mazeaud constatait que c'est la classification proposée par Marcel Planiol (« Classification des sources des obligations », *Revue critique législative et juridique*, 1904) qui est « unanimement admise aujourd'hui ». Car, soutient Henri Mazeaud, si l'on considère « que la loi est la source des obligations contractuelles comme de toutes les autres obligations », on devra admettre que « tantôt la loi opère directement, tantôt par l'entremise des parties ». Non exempte de reproches, cette vision est critiquée par Louis Josserand, Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, parce qu'elle pourrait facilement tout ramener à la loi, y compris le contrat. D'autres auteurs ont proposé leur classification, comme René Demogue (« *Traité des obligations en général* », Paris, Arthur Rousseau, 1923), Henri Lévy-Bruhl (*op. cit.*), René Savatier (« *Cours de droit civil* », LGDJ, Paris, 1949), Nooman Goma (« *Théorie des sources des obligations* », LGDJ, Paris, 1968), Boris Starck (« *Obligations – 1. Responsabilité délictuelle* », n° 4, Litec, Paris, 1996, p. 4) qui nous propose comme sources des obligations : « le contrat », « le délit », « le quasi-délit » et « la catégorie résiduelle » (la gestion d'affaire, l'enrichissement sans cause et les obligations naturelles). De tout cela, il en ressort une classification adoptée par la doctrine, qui distingue « l'acte juridique » et le « fait juridique », mais qui suscite à son tour la critique des auteurs qui soulignent son incapacité à fixer des critères rigoureux pour différencier chacune des deux catégories. Benoît Moore trouve que « cette classification est fréquemment retenue sans produire réellement d'effet, soit parce que l'on considère impossible la création d'un régime unique pour l'ensemble des actes juridiques (thèse de Jean Hauser), soit encore parce que l'on refuse la théorie de l'engagement unilatéral de volonté. Dans ce dernier cas, la catégorie d'acte juridique devrait alors se limiter à celle de contrat et la classification des sources se ramener à l'opposition entre le contrat et le fait juridique. » (*op. cit.*, p. 291).

À l'occasion du bicentenaire du Code civil en 2004, le constat établi par les juristes sur l'inadaptation de certaines de ses dispositions aux besoins actuels ainsi que les écarts constatés entre les avancées de la jurisprudence et le conservatisme du Code civil, ont conduit le gouvernement français à confier à des universitaires le soin d'analyser cette situation, comme cela avait été fait pour le Droit de la famille sous la direction du civiliste le doyen Carbonnier. Par exemple, la jurisprudence a mis à jour des « principes essentiels » concernant la négociation, l'offre, l'acceptation, la date et le lieu de formation du contrat, le contrat préparatoire. Le garde des Sceaux a présenté, le 23 septembre 2005, un avant-projet de réforme du droit des obligations. Les articles 1104 à 1107 sur la formation du contrat et la classification des obligations contractuelles sont directement concernés par cette « actualisation » du Code civil aux nouveaux principes forgés par les auteurs et la jurisprudence, pour répondre à la nécessité d'encadrer la multitude de liens créateurs d'obligations et de prévenir les litiges.

Nous venons de voir avec Benoît Moore, qu'aucune des classifications des sources d'obligations n'a réussi à s'imposer longtemps aux autres. Cela ne nous empêche pas d'exposer ici une classification d'après les sources. L'article 1370 du Code civil énonce « certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrations qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des conflits ou quasi-délits ». Ainsi, nous pouvons dire qu'une obligation peut naître de *la loi*, d'un *fait juridique* ou

**Les obligations sont classées d'après leurs sources.**

*d'un acte juridique.* 1) Par *la loi* qui, par exemple, oblige le géniteur à entretenir sa progéniture :

« les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants » (article 203 du Code civil). 2) Par le *fait juridique* considéré comme un « événement susceptible de produire un effet juridique » (une définition proposée par Le Robert). Peu importe que cet événement se soit naturellement manifesté (donc involontaire) – comme la tempête, la grêle ou le *tsunami* – ou bien qu'il soit volontairement produit et engage la responsabilité civile qui entraîne une obligation civile donnant lieu à réparation de dommages causés à la victime. 3) Par l'*acte juridique* compris par tout juge, juriste ou justi-

cialable comme la manifestation de volonté, voire rencontre de deux ou plusieurs volontés, conduisant à produire des effets juridiques. On peut citer la rédaction d'un testament — un acte unilatéral, expression d'une seule volonté, celle du testateur —, et aussi la rédaction et signature d'une convention — un acte multilatéral, expression et rencontre de volontés de part et d'autre — qui crée automatiquement des obligations civiles engageant les partenaires les uns vis-à-vis des autres. Entre les juristes, la controverse ne s'arrête pas à propos du terme « acte » et ses implications. Ainsi, au Canada, l'article 1372 du Code civil québécois sur la classification des sources d'obligations inspire au professeur Benoît Moore les propos suivants : « Dire que la loi doit reconnaître l'acte juridique pour qu'il produise des obligations, ne transforme pas celui-ci en fait juridique. Tous les actes juridiques, y compris le contrat, doivent recevoir une reconnaissance légale afin de créer des obligations. Ce qui distingue le contrat des autres actes juridiques, c'est que le premier reçoit une reconnaissance générale, alors que les autres reçoivent cette reconnaissance de façon spécifique. Le terme « fait », quant à lui, ne réfère pas nécessairement au fait juridique, mais plutôt à toute autre situation, non mue par l'homme, qui crée des obligations. On revient donc à la subdivision des obligations légales entre celle découlant d'un acte de l'homme (acte) et celle prenant naissance d'un autre type d'événement (fait) » (*op. cit.*, p. 294-295).

Après des siècles de controverses sur la classification des obligations, la doctrine semble accepter la classification en trois catégories. 1) *L'obligation de donner, faire ou ne pas faire*. Une obligation peut naître comme un effet d'un contrat rappelé par l'article 1101 du Code civil : « donner », « faire » et « ne pas faire », repris dans d'autres articles (1136 à 1145). Lorsqu'il s'agit des obligations de faire, de donner ou de ne pas faire (article 1101), dans un acte de vente ou d'échange, par exemple, les partenaires sont convenus que « donner » c'est transférer la chose objet du contrat, c'est-à-dire que le bien devra être transféré du vendeur vers l'acheteur (article 1136). Mais ce transfert est considéré par la loi comme une conséquence de l'acte de vente et non pas comme objet de la vente. Ceci dans la mesure où la loi dit que la vente « est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix » (article 1583).

**Mais également d'après l'objet.**

Lorsqu'on achète un appartement,

la signature de la promesse de vente ne signifie pas remise immédiate des clés à l'acquéreur. Cette précision est d'une importance capitale puisqu'elle libère le vendeur qui n'est pas chargé de transférer la propriété. Quant à la distinction de « l'obligation de faire » et de « l'obligation de ne pas

faire », elle rappelle les situations qui se rapportent respectivement au fait d'agir — l'actif — et au fait de s'abstenir — le passif ; sinon à la contrainte d'une part, de « l'obligé » à fournir, livrer, réparer, payer, dédommager, et la contrainte d'autre part, de « l'obligé » à ne pas divulguer un secret professionnel ou un secret de fabrication, à ne pas concurrencer son ex-employeur pendant une certaine durée fixée contractuellement ou par la loi. 2) Une obligation peut se limiter aux moyens dont est censé disposer « l'obligé » pour remplir son contrat ou se dégager de sa responsabilité contractuelle. On appelle cette situation *une obligation de moyens* ou *une obligation de résultat*. Ainsi, un malade ne pourra pas accuser son médecin d'incompétence et donc le rendre responsable de l'aggravation de sa maladie, si ce dernier a eu recours aux moyens technologiques actuels pour soigner son patient mais sans y parvenir. Du moment qu'il a diligenté tous les moyens selon le respect du protocole reconnu dans la profession, il aura dégagé sa responsabilité puisqu'il est seulement tenu par *l'obligation de diligence* (de moyens). Le fait, par exemple, d'avoir payé ce praticien au tarif le plus élevé de la profession — les dépassements d'honoraires — ne change absolument rien à la nature de ce lien contractuel qui sera toujours l'obligation de diligenter les moyens. En cas d'accident provoquant des dommages corporels ou matériels, on pourra mettre hors d'accusation un transporteur patenté qui a pris toutes les mesures de sécurité réglementaires dans la profession pour accueillir un public ou transporter des marchandises. Dans les deux cas — le patient et le voyageur — la responsabilité du médecin ou du transporteur est engagée lorsque le plaignant prouve la faute de « l'obligé ». Finalement, dans cette seconde catégorie d'obligations, on n'engage sa responsabilité « d'obligé » que sur ce qui est strictement en rapport avec les moyens, la prudence, le respect du protocole (cas de la médecine), la soumission à des normes et consignes (cas du transport). De nombreux procès opposant médecins et patients, transporteurs et voyageurs, ont pris des années pour établir jusqu'à quel degré les obligés se sont acquittés de leurs obligations de moyens ou leurs obligations de résultat. 3) *L'obligation pécuniaire et l'obligation en nature*. La lecture de l'alinéa premier de l'article 1153 conduit bien à distinguer l'obligation pécuniaire qui accorde au créancier des intérêts moratoires en cas de retard de paiement par le débiteur. « En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement. » Alors que l'obligation en nature ne semble pas contraindre le retard de livraison à paiement automatique d'intérêts moratoires, parce que pour la justice une dette (somme d'argent) se prête