

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in *Droit négocié, droit imposé ?*, dir. Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 231-252.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman
— <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/1996-negociation-ou-marchandage-de-l-ethique-de-la-discussion-au>

Benoit Frydman

DEUX méthodes s'offrent à ceux qui s'attachent à l'élaboration d'un droit nouveau. La première part des principes ou valeurs que l'on souhaite protéger ou consacrer et les concrétise dans des contextes spécifiques pour en déduire un corps de règles pratiquement applicables. La seconde prend, à l'inverse, pour point de départ des dispositions positives ponctuelles dont elle élargit le champ d'application en induisant de leur comparaison ou de leur agencement une institution ou des règles nouvelles. La doctrine recourt généralement à cette seconde approche. La première jouit le plus souvent de la préférence des philosophes et des théoriciens. A la recherche d'un droit de la négociation, peut-être conviendrait-il de combiner ces deux démarches et de vérifier si elles se rejoignent en quelque point. C'est ce que nous proposons d'esquisser à l'échelle de cet article. Dans un premier temps, nous dégagerons trois modèles théoriques contemporains de la négociation : le modèle marchand de l'analyse économique du droit, la négociation sous le voile de l'ignorance décrite par John Rawls et l'éthique de la discussion liée à la philosophie de Jürgen Habermas. On appréciera leur contribution respective à l'élaboration d'une procédure générale de négociation des normes. Dans un second temps, nous synthétiserons, au départ du droit positif belge des obligations, les évolutions récentes de la réglementation des pourparlers précontractuels, avant d'envisager l'extension éventuelle de son application, au delà du droit des contrats, à toute négociation ayant pour enjeu la création ou l'aménagement de règles juridiques. Cette étude n'a donc pas pour objet de décrire ou d'évaluer le *fait* du « droit négocié » en tant que phénomène social contemporain mais plutôt de contribuer, par quelques réflexions et propositions, à l'élaboration d'un *droit* de la négociation.

1.- Un cas d'école pour l'analyse économique. - Mr Smith et Mr Johnson se disputent un terrain de banlieue, dont chacun s'estime le seul et légitime propriétaire. Mr Smith envisage de bâtir sa résidence sur ce terrain qu'il évalue à 2.000 Unités en fonction du prix moyen du m² à bâtir dans le quartier. Mr Johnson projette d'affecter ce même terrain à l'extension d'une activité industrielle qu'il exerce déjà sur un fonds contigu et évalue son utilité à 3.000 U en fonction de l'accroissement de profit escompté¹. Chacun des protagonistes consulte son avocat sur les chances de succès d'une action en justice éventuelle. Les deux conseils estiment l'affaire totalement incertaine et fixent la probabilité de gagner le procès à 50%. Le coût de l'action est estimé tant pour Johnson que pour Smith à 500 U., cette somme étant destinée à couvrir les honoraires des conseils. Quelle est l'issue probable et souhaitable du litige, en supposant que, conformément aux paramètres de l'analyse économique, Smith et Johnson prennent

1. L'utilité d'un droit, ou plus généralement d'un bien, est un concept technique : elle équivaut au prix qu'un acteur serait prêt à payer pour l'acquérir.

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

leurs décisions de manière purement rationnelle et chacun dans le souci exclusif de maximiser ses intérêts patrimoniaux personnels?²

1.1. D'abord, il est évident que les parties ont tout intérêt à négocier pour tenter d'aboutir à une transaction amiable satisfaisante pour chacune. Dans ce cas de figure, et si on fixe par hypothèse à 0 le coût d'une transaction amiable, ils économiseront chacun les 500 U. représentant le surcoût du procès. En d'autres termes, l'action en justice représente a priori une modalité de réalisation de l'opération immobilière plus onéreuse que la négociation.

1.2. Ensuite, chacune des parties va normalement, avant de s'engager dans la négociation, évaluer sa position afin de mettre au point sa stratégie. Ainsi, Smith calcule qu'en cas de victoire judiciaire son bénéfice s'élèvera à 2.000 U (valeur du terrain) - 500 U (coût du procès) soit 1.500 U. En cas de défaite, il supportera un coût de 500 U. Vu les chances de succès (50%), la valeur actuelle du droit litigieux est fixée par la moyenne arithmétique des deux résultats, soit $(1.500 - 500) : 2 = 500$. Le même calcul pour Johnson donne un bénéfice optimal de 2.500 U, une perte maximale de 500 et une valeur moyenne de 1.000. Ces calculs donnent les seuils planchers respectifs (500 S et 1.000 J) à partir desquels la transaction est rentable par rapport au risque du procès. Dépasser ce seuil équivaut en effet à réaliser immédiatement et au-dessus de sa valeur actuelle un droit litigieux peu liquide. Au-delà de ce plancher, chaque partie va bien sûr poursuivre la réalisation d'un bénéfice maximum. Pour affiner sa stratégie de négociation, les parties doivent encore impérativement tenir compte et par conséquent tenter de deviner les positions de leur adversaire : son seuil plancher, sa position optimale et l'objectif probable qu'il poursuit. Elles tenteront, par contre, de dissimuler autant que faire se peut leur propre position à leur interlocuteur.

1.3. Le bien ne pouvant, par hypothèse, être divisé sans perdre son utilité, la transaction devra attribuer le terrain à une des parties, à charge pour celle-ci d'indemniser l'autre au moyen d'une somme d'argent, ou de n'importe quelle autre manière intéressante. Il faut donc déterminer s'il est préférable que le terrain soit attribué à Smith ou à Johnson. Envisageons successivement les deux hypothèses. Si le bien est attribué à Smith, son bénéfice sera de 2.000 U (utilité du terrain pour lui) diminué de l'indemnité qu'il devra verser à Johnson, celle-ci représentant le bénéfice de ce dernier. Si le bien est attribué à Johnson, son bénéfice se montera à 3.000 U (utilité du terrain pour lui) diminué de l'indemnité qu'il doit verser à Smith. Considéré d'un point de vue global, on constate que le bénéfice global à répartir est de 2.000 dans le premier cas et de 3.000 dans le second. L'intérêt commun bien compris impose donc de placer le bien dans le patrimoine de celui qui le

2. Sur les présupposés de l'analyse économique et de son application au droit : R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Little Brown, 1992, p. 3.

Benoit Frydman

valorise le plus, soit en l'espèce Johnson. Techniquement, l'attribution du bien à Johnson est efficiente selon le standard de *Kaldor-Hicks* car l'accroissement de gain de Johnson compense théoriquement la perte de Smith, ceci indépendamment du fait qu'une indemnité soit ou non versée³.

1.4. Il reste à fixer l'indemnité à verser par Johnson à Smith. Supposons que l'opération se déroule dans un contexte transparent, chacune des parties disposant de toutes les informations pertinentes. L'indemnité minimum envisageable est de 500 U., représentant le seuil plancher de Smith. Dans ce cas de figure idéal, Johnson atteint le résultat optimal en cas de procès (+ 2.500 U.). Quant au maximum, il équivaut au résultat optimal de Smith soit 1.500 U., ce qui laisse encore à Johnson, après paiement, un bénéfice confortable de 1.500 U. Le résultat final de la négociation dépend à présent des qualités de négociateur de chacun, c'est-à-dire en particulier de sa capacité à jouer sur la crainte et le désir de l'autre : la crainte du risque ou de la perte du procès; le désir de réaliser un bénéfice maximum. Un élément fondamental entre ici en ligne de compte : la situation patrimoniale antérieure des parties; en clair, leur richesse et leurs besoins d'argent. Mais, à supposer qu'ils soient équivalents, Smith pourra faire monter les enchères par exemple en spéculant sur le caractère unique du terrain litigieux pour Johnson car il est contigu à son fonds. En revanche, Johnson jouera peut-être sur le coût du procès qui, compte tenu de l'espérance de gain, est proportionnellement plus lourd pour Smith que pour lui. En finale, la question, vue de Sirius, peut-être formulée simplement : dans quelle mesure Johnson va-t-il devoir partager avec Smith la plus value apportée à ses affaires par le terrain litigieux? La réponse dépend des termes fixés par un pur marchandage (*bargaining*).

2. Négociation et marchandage (Law & Economics).— Le cas Johnson vs Smith illustre la préférence de l'analyse économique pour le droit négocié par rapport au droit imposé. D'une part, celui-ci permet une réduction du coût social des transactions (1.1). D'autre part, la négociation favorise l'allocation optimale des ressources, à savoir l'attribution des biens aux personnes qui sont les mieux en mesure de les mettre en valeur (1.3). Toutes les parties profitent en définitive de cette valeur ajoutée (1.4). Enfin, la négociation permet aux parties d'éviter, par le moyen d'un calcul rationnel (1.2), l'incertitude et le retard liés à l'engagement d'une procédure judiciaire.

Les tenants de l'analyse économique ne limitent d'ailleurs pas l'application de ce modèle négocié aux affaires patrimoniales mais l'étendent à toutes les situations où les parties sont en mesure de transiger en fonction de leurs préférences respectives concurrentes,

3. Sur le standard de Kaldor-Hicks, voyez : J. Coleman, « Efficiency, Utility and Wealth Maximization », 8 *Hofstra Law Review* (1980), pp. 509-551, spéc. pp. 518-520.

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

c'est-à-dire en réalité, selon les prémisses mêmes du modèle, dans tous les cas. Ils étudient ainsi dans la même optique, par exemple, le marchandage auxquels se livrent les époux dans la négociation des conditions de leur divorce ou celui qui se déroule dans le bureau du District Attorney pour convaincre le prévenu de plaider coupable en échange d'une incrimination moins pénalisante⁴.

Le modèle du marchandage, pour « naturel » qu'il aime à se représenter, repose en réalité sur quelques thèses élémentaires mais lourdes de conséquences, tenues pour accordées, relatives à la nature des droits et au statut du Droit, à la personnalité des hommes, au fonctionnement de la société, au rôle de la législation et des juges :

2.1. Les *droits* et les obligations ne sont rien d'autres que des moyens pour les individus de promouvoir leurs intérêts ou de satisfaire leurs désirs ou de limiter les entraves à une telle satisfaction. Ils tirent leur valeur relative, positive ou négative, de cette propriété et s'identifient totalement à cette valeur au point de s'y réduire. Concrètement, le droit de propriété de Smith et Johnson sur le terrain litigieux est réduit à l'utilité patrimoniale que représente pour chacun la possession de ce bien. Cette valeur est mesurable et, de préférence, exprimable en équivalent monétaire⁵.

2.2 Les *êtres humains* sont motivés avant tout, voire exclusivement, par la poursuite de leurs désirs et de leurs intérêts égoïstes, par leurs appétits aurait-on dit anciennement. Prudents, soucieux d'éviter autant que possible les risques et les incertitudes du conflit frontal, ils sont prêts aux concessions et aux négociations. Rationnels, ils transigent au cours imposé à leur désir par les désirs concurrents d'autrui⁶. Ces hommes ressemblent aux créatures décrites par Thomas Hobbes dans l'état de nature mais qui auraient médité Adam Smith et transformé la guerre de tous contre tout le monde en marchandage permanent.

2.3. La *société* est un vaste marché où les droits se négocient et se fixent, à l'instar du prix dans la vente, au croisement des courbes de l'offre et de la demande. Cette régulation marchande conduit, de ma-

4. R. Mnookin and L. Kornhauser, « Bargaining in the Shadow of the Law : The Case of Divorce », 88 *Yale Law Journal* (1979), p. 950. - Pour un modèle général de la négociation sur la base des mêmes hypothèses : R. Cooter and S. Marks with R. Mnookin, « Bargaining in the Shadow of the Law : A Testable Model of Strategic Behavior », 11 *The Journal of Legal Studies* (1982), pp. 225-251. - Pour un survol des études économiques du droit pénal américain : A.K. Klevorick, « On the Economic Theory of Crime » in J. R. Pennock and J.W. Chapman eds., *Criminal Justice : Nomos XXVII*, pp. 289-309.

5. Sur la mesure de la valeur en richesse et de celle-ci en équivalent \$, voir très clairement : R. Posner, « Utilitarianism, Economics and Legal Theory », 8 *The Journal of Legal Studies* (1979), pp. 103-140, spéc. p. 119 et s..

6. Sur l'aversion au risque comme anthropologie des économistes : R. Posner, *Economic Analysis of Law*, o. c., pp. 3 et 13.

Benoit Frydman

nière aussi nécessaire que spontanée, à l'allocation optimale des droits et des ressources, conformément au paradigme de la théorie néoclassique de l'équilibre. Le marché permet la maximisation des richesses produites ainsi que leur répartition par le jeu des transactions⁷.

2.4. Dans un tel système, les *juges* ne sont appelés à intervenir que de manière marginale, lorsqu'une des parties refuse de jouer le jeu de la négociation. Dans ce cas, ils seront en principe amenés à décider dans le même sens que la simulation d'une négociation optimale puisque celle-ci mène naturellement à la situation la plus efficiente pour la société. En toute hypothèse, s'ils choisissent une autre voie, une négociation ultérieure restaurera bientôt l'ordre de l'efficace⁸. Insensiblement, le marché passe du statut de principe explicatif à celui de critère normatif de décision⁹. Les juges sont également être amenés à intervenir pour restaurer les conditions d'un bon fonctionnement du marché (transparence, concurrence, etc.) lorsque le jeu normal des transactions est perturbé.

2.5. Dès lors que le marché produit naturellement l'équilibre optimal, le *droit objectif*, au sens de l'ensemble des règles juridiques édictées par les autorités, sera idéalement réduit à la portion congrue. Dans cette optique libertarienne, presque anarcho-capitaliste, les règles juridiques ne peuvent servir qu'à assurer le bon fonctionnement du marché. Au-delà, elles perturbent le libre jeu de la concurrence et de la négociation et faussent donc le résultat de cette dernière dans un sens forcément contraire à l'allocation optimale des ressources. Ainsi, selon les termes du célèbre *théorème de Coase*, quelque soit la distribution initiale des droits de propriété sur les parcelles d'une zone immobilière X, dès lors que les droits des différents agents sont bien définis, si on suppose que le coût des transactions privées tend vers 0¹⁰, et à condition qu'une trop grande disparité des richesses ne fausse pas le jeu des transactions¹¹, la redistribution de ces droits au fil du temps va tendre naturellement vers l'exploitation optimale des ressources. Il suit de là que l'intervention des autorités dans les affaires de troubles de voisinage causés par des nuisances

7. Sur toutes ces questions, Posner, *loc. cit.*, spéc. pour le marché (p. 15), la loi de l'offre et de la demande (p. 4 et s.), l'efficacité économique (p. 13 et s.).

8. Dworkin, « Is wealth a value ? », 9 *The Journal of Legal Studies*, pp. 191-226, spéc. pp. 193-194, commentant Coase.

9. Sur cette confusion assumée du descriptif et du normatif dans l'analyse économique du droit : Posner, *loc. cit.*, pp. 23-25 et « Utilitarianism, Economics and Legal Theory », *o. c.*, p. 107. - J. Coleman and J. Lange eds., *Law and Economics*, vol. II, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth, 1992, introduction, p. xxi. - Adde : R. Dworkin, « Is wealth a Value? », 9 *The Journal of Legal Studies* (1980), pp. 191-226, spéc. p. 219.

10. On néglige ici les droits de mutation immobilière (droits d'enregistrement, etc.).

11. Il s'agit là d'une précaution récurrente dans les études de Law and Economics mais purement rhétorique dans la mesure où le modèle ne prend pas en compte les situations de disparité de richesses qui sont pourtant en pratique les plus fréquentes.

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

industrielles, par exemple par la prescription de règles d'urbanisme, n'est pas utile et même nuisible en termes d'efficacité économique¹².

2.6 Suivant les analyses de la *Public Choice Theory*, la législation elle-même, telle que votée par les assemblées, spécialement le Congrès américain, n'est d'ailleurs que la résultante d'un grand marchandage à l'échelle nationale à l'occasion duquel les groupes d'intérêts se répartissent, par l'intermédiaire de leurs représentants parlementaires, les bénéfices (subventions) et les charges publiques (impôts, contraintes). Toutefois les experts estiment généralement que cette négociation est faussée par l'intervention de groupes de pression organisés qui provoquent des distorsions sur le marché législatif et obtiennent des lois « *rent-seeking* », qui allouent unilatéralement des ressources à un groupe déterminé sans que ne soit exigée en retour une contribution positive de ce groupe au bénéfice des autres ou de la collectivité dans son ensemble¹³. Le marché législatif fonctionne donc de manière insatisfaisante, ce qui légitime, aux yeux de certains auteurs, l'intervention des juges pour corriger, par l'*interprétation*, les effets néfastes de ces lois¹⁴.

Considérons, par exemple, à la suite d'Eskridge, le cas *Montana Wilderness Association vs United States Forest Services*¹⁵. L'affaire tranche un problème de droits de passage dont l'origine remonte au XIX^e siècle. À cette époque, de nombreuses terres fédérales avaient été distribuées à des propriétaires privés en rémunération d'un service public, comme la construction d'une voie de chemin de fer. Dans certaines régions, les terres privées et celles qui sont demeurées fédérales se côtoient comme les cases d'un échiquier, chaque lot étant généralement clôturé. Pendant une centaine d'années environ, les pouvoirs publics ont autorisé le passage sur les terres fédérales des exploitants privés, escomptant qu'en retour ceux-ci laisseraient libre accès aux agents du gouvernement. Toutefois, en 1979, la Cour Suprême des États-Unis décida que l'état fédéral ne jouissait pas d'une servitude générale de passage sur les fonds privés¹⁶. L'avocat général interpréta cette décision comme interdisant en retour le passage des propriétaires privés sur les terres fédérales. Le Congrès devait bientôt lui apporter un démenti à l'occasion du vote d'une loi fédérale relative à la protection de l'Alaska en 1980¹⁷. À la faveur d'un amendement de

12. R.H. Coase, « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law and Economics*, III (1960), pp. 1-44.

13. W.N. Eskridge Jr., « Politics Without Romance : Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation », 95 *Virginia Law Review* (1988), pp. 275-338.

14. Eskridge, *loc. cit.* - Plus nuancé : Farber and Frickey, « The Jurisprudence of Public Choice », 65 *Texas Law Review* (1987), p. 873.

15. Arrêt de la Cour d'appel fédérale du 9^eme circuit : 655 F. 2d 951 (9th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 989 (1982).

16. *Leo Sheep Co. vs United States*, 440 U.S. 668 (1979), pp. 681-2, cité par Eskridge.

17. *Alaska National Interest Lands Conservation Act* (1980)

Benoit Frydman

dernière minute introduit au Sénat, l'article 1323(a) de la loi impose en substance au secrétaire chargé de l'agriculture de pourvoir - gratuitement - les propriétaires privés d'un accès aux terres fédérales de nature à leur assurer de manière raisonnable la jouissance utile de leur bien¹⁸. Les propriétaires privés ne s'en tinrent pas là et entreprirent une nouvelle fois de pousser leur avantage devant les juridictions. Le litige portait sur le champ d'application de la nouvelle disposition : devait-elle se limiter à l'Alaska ou s'étendre au contraire à l'ensemble des états fédérés? La Cour d'appel fédérale du 9^{ème} circuit tranche en faveur de la seconde thèse et des propriétaires privés en se fondant sur l'intention du sénateur initiateur de la proposition. Eskridge critique cette décision contraire à l'efficacité économique. Avant la loi, le propriétaire privé et l'état fédéral se trouvaient dans une situation de double monopole. Chacun ayant besoin de l'autre pour accéder à sa terre, ils étaient condamnés à s'entendre sur les termes d'un échange. L'article 1323(a) et l'interprétation que lui a donnée la Cour créent au contraire une situation de déséquilibre sur cet étroit marché et supprime l'incitation naturelle à la négociation entre voisins, aux dépens de l'entité fédérale donc finalement de la collectivité toute entière. La Cour aurait dû au contraire, de l'avis d'Eskridge, interpréter restrictivement la loi et, restaurant ainsi l'équilibre, donner un signal clair aux groupes de pression au Congrès.

En résumé, depuis l'élaboration de la loi au niveau de l'état jusqu'aux règlements des litiges individuels, la détermination des droits de chacun n'est que le produit d'innombrables transactions négociées. Ces négociations s'analysent en un simple marchandage où chaque partie tente de maximiser égoïstement son profit ou ceux de son groupe en fonction de ses propres préférences et au détriment de celles d'autrui. Toutefois, d'un point de vue global, cette négociation aboutit naturellement à la meilleure répartition possibles des droits et des obligations. Le rôle du droit objectif se borne, pour l'essentiel, à assurer l'efficacité des négociations en entérinant leur résultat et en régulant le marché sur lequel celles-ci doivent se dérouler. En somme, si l'analyse économique nous offre le modèle d'un *droit négocié* de part en part, elle ne propose que les rudiments d'un *droit de la négociation*. Ce droit de la négociation se résume pour l'essentiel aux principes de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi, étendu à la gestion de l'ensemble du social.

3. Négociateur sous le voile de l'ignorance (Rawls).- Dans *Théorie de la justice*¹⁹, John Rawls ne propose pas, à proprement parler, un modèle général de la négociation mais décrit une négociation particulière, qui a cependant une valeur exemplaire. Rawls reconstitue la

18. « (The Secretary) shall provide such access to nonfederally owned land within the boundaries of the National Forest System as the Secretary deems adequate to secure to the owner the reasonable use and enjoyment thereof ».

19. traduction Catherine Audard, Paris, Seuil, 1987.

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

négociation hypothétique, à l'issue de laquelle peuvent être définis les termes du contrat social sur lequel repose nos démocraties libérales et pluralistes²⁰. Les parties à la négociation doivent s'accorder sur les principes de justice qui s'appliqueront dans cette société. Mais les débats sont affectés par une circonstance très particulière : les négociateurs discutent sous le voile de l'ignorance, ce qui signifie qu'ils ignorent les positions respectives qu'ils occuperont dans la société dont ils sont chargées d'établir les règles. Dans ce contexte hautement spécifique, Rawls estime que les parties s'accordent d'abord sur une règle d'argumentation, le *maximin*, qui considère comme la meilleure la règle qui maximise la position de la partie la plus mal lotie²¹. L'enjeu de la négociation est tellement grand qu'il vaut mieux s'assurer une position minimale satisfaisante, chacun s'imaginant qu'il appartient à son pire ennemi de lui assigner sa position future sur l'échiquier social. Munis de cette règle d'argumentation, les négociateurs vont s'accorder unanimement sur deux principes de justice. Le premier, dit principe d'égalité de liberté, garantit à chacun un droit inaliénable aux libertés de base (expression, réunion, droit de vote et d'éligibilité, etc.)²². Le second, appelé principe de différence, énonce que les inégalités sociales dans la distribution des biens et avantages, qui sont utiles dans la mesure où elles motivent les acteurs et augmentent par voie de conséquence la masse globale de richesses à partager, ne sont cependant acceptables que dans la mesure où elles profitent aux plus défavorisés²³.

3.a. Le modèle de Rawls, ouvertement présenté comme anti-utilitariste, partage cependant visiblement certaines prémisses fondamentales du modèle marchand :

3.a.1.- L'objet de la négociation vise essentiellement les règles du partage d'une part des bénéfices et avantages, d'autre part des charges au niveau des institutions sociales. Le modèle de la négociation est donc identifié chez Rawls, comme chez les économistes, à une procédure de *répartition de biens matériels*. La justice de Rawls se réduit à la justice distributive²⁴.

20. Rawls ambitionnait à l'origine de découvrir les principes universels et donc anhistoriques de la justice. Il a réduit lui-même ses ambitions, acceptant l'analyse de nombreux auteurs selon laquelle Rawls explicite les principes à la base de notre société. Par exemple : J.M. Ferry, *Philosophie de la Communication*, Paris, éd. du Cerf, 1994, t. II, pp. 29 et 115-6. - Pour une étude assez détaillée de l'évolution de Rawls sur cette question : P. Ricoeur, « Après *Théorie de la justice* de John Rawls », in *Le juste*, Paris, éd. Esprit, 1995, pp. 99-120, spéc. p. 112 et s.

21. Rawls, *Théorie de la Justice*, o. c., pp. 184-5.

22. Rawls, o. c., p. 91.

23. Rawls, *loc. cit.*, spéc. pp. 106-109.

24. En ce sens : Ricoeur, o. c., p. 82. - Sur la difficulté que pose l'identification des droits à des biens dans une conception déontologique de la justice : J. Habermas, « Reconciliation Through the Public Use of Reason : Remarks on John Rawls's Political Liberalism », 92 *The Journal of Philosophy* (1995), pp. 109-131, spéc. pp. 113-116.

Benoit Frydman

3.a.2. Les parties à la négociation présentent les mêmes traits de caractère que les acteurs économiques : ils sont motivés par le souci de poursuivre dans la société leurs propres buts, leurs propres intérêts, de faire prévaloir leurs *préférences égoïstes*²⁵. Ils sont *prudents*, ce qui les conduit à choisir la solution la moins risquée, compte tenu de leur niveau d'information (ici nul par hypothèse); ils sont purement *rationnels*, c'est-à-dire qu'ils opèrent leur choix en fonction d'un calcul formalisable et reproductible²⁶. Cette anthropologie permet à Rawls de prévoir, par le moyen d'une modélisation inspirée de la théorie économique des jeux, les principes de justice qui s'imposeront nécessairement à tous. La prévision est ici facilitée par le fait que le voile d'ignorance place chaque partie dans la même position, ce qui aboutit à une choix rationnel identique pour chacun. Il n'y a, en l'espèce, ni tractations ni marchandage mais calcul et démonstration contraignante de la solution optimale.

3.a.3.- Chaque partie poursuit donc son intérêt particulier de manière purement *stratégique*. Mais le voile de l'ignorance oblige le décideur rationnel à s'élever au « point de vue moral », soit à considérer le bien-être de l'ensemble des citoyens²⁷. L'artifice du voile permet à Rawls d'opérer le passage de l'égoïsme de Hobbes à l'exigence d'*universalité* de l'impératif moral kantien. Les négociateurs se fondent donc en un super-sujet rationnel unique qui découvre les principes conduisant à une répartition optimale des ressources²⁸. Rawls nomme « état d'équilibre réfléchi » (*reflective equilibrium*) ce résultat final de la négociation. Cet état n'est pas sans rappeler l'équilibre nécessaire et spontané que produit, selon les économistes néoclassiques, le fonctionnement normal du marché, à la différence que l'équilibre procède chez Rawls d'une décision concertée et non d'une main invisible.

3.b. S'il se situe à l'intérieur du cadre de la cité marchande, Rawls en complète cependant les règles et en amende le fonctionnement, grâce à ses deux principes de justice :

3.b.1. Le principe d'égale liberté tempère la règle de base de l'autonomie de la volonté par le nécessaire respect de l'ensemble des *libertés fondamentales*. Rawls amorce une déontologie de la négocia-

25. Le modèle est construit dans cette optique (Ferry, *o. c.*, t. II, p. 25).

26. J.M. Ferry, *o. c.*, vol. 2, p. 54.

27. J.M. Ferry, *o. c.*, vol. 2, pp. 53-55.

28. Habermas, « Reconciliation Through the Public Use of Reason... », *o. c.*, p. 113 : « Rawls imposes a common perspective on the parties in the original position through informational constraints and thereby neutralizes the multiplicity of particular interpretive perspectives from the outset » et p. 120 : « the central concept of the person, on which the theory ultimately rests ». - Rawls récuse le caractère « monologique » de la position originale (« Reply to Habermas », 92 *The Journal of Philosophy* (1995), pp. 132-180, spéc. p. 140, note 14).

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

tion qui accorde à chacun le droit d'y participer, de s'y exprimer et de prendre part par sa voix à la décision, en toute liberté et sans violence. En outre, ce premier principe est antérieur au principe de différence, ce qui a pour conséquence que les parties ne peuvent en aucun cas établir des discriminations au niveau des libertés fondamentales, fût-ce en invoquant le plus grand profit commun²⁹. Rawls assigne, tout comme Dworkin, ses limites à l'utilitarisme : l'utilité ne constitue pas la mesure des droits individuels mais, au contraire, les droits fondamentaux représentent des « atouts » (*trumps*) dans la main de leurs titulaires, qui peuvent les opposer victorieusement aux pressions de l'intérêt général et de l'utilité commune³⁰. Rawls, contrairement aux ultras de *Law & Economics*, exclut du champ d'application de la négociation le domaine des droits fondamentaux. Ceux-ci ne sont pas négociables.

3.b.2.- Quant au principe de différence, il transpose, en les aménageant, les critères d'efficience de l'analyse économique³¹. Selon le standard de *Kaldor-Hicks*, on l'a vu (1.3), une répartition X' est plus efficiente que la répartition X si la perte de ceux qui voient leur situation se dégrader en X' est plus que compensée par le gain de ceux qui améliorent leur position, qu'une indemnité soit effectivement versée ou non. Seul est ici pris en considération, l'accroissement global de valeur. Plus exigeant pour les parties « faibles », le critère de *Pareto-supériorité* admet que X' est supérieur à X si et seulement si X' améliore la position d'au moins une partie mais sans que la situation d'aucune autre ne soit préjudiciée³². Une répartition X'" est *Pareto-optimale* lorsqu'aucune autre ne permet d'améliorer la position d'une partie sinon aux dépens d'au moins une partie³³. Le principe de différence renforce encore l'exigence de Pareto en faveur de la partie défavorisée : non seulement la distribution inégale ne peut s'opérer à sa charge mais encore elle doit lui procurer un avantage.

En somme, Rawls tempère l'ordre marchand et le moralise en lui imposant le respect des droits de l'homme de première et de deuxième générations, à savoir des libertés fondamentales d'une part et de certains droits économiques sociaux de l'autre³⁴.

29. Voyez sur la portée de cette antériorité le commentaire éclairé de Ricoeur, *o.c.*, pp. 85-86.

30. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978, p. xi sur la notion de « trump ». - Dans cet ouvrage, Dworkin discute et rejoint, sur le contenu mais non le fondement, les principes de Rawls.

31. En ce sens : Ricoeur, *o.c.*, p. 77 et Ferry, *o.c.*, vol. 2, p. 55.

32. Coleman, « Efficiency... », *o.c.*, p. 515. - Posner, *Economic Analysis of Law*, *o.c.*, p. 13.

33. Coleman, « Efficiency... », *o.c.*, pp. 517-8.

34. Pour un examen approfondi de ces droits et de leur fondement rationnel : G. Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, 4ème éd. revue, éd. de l'U.L.B., Bruxelles, 1995.

Benoit Frydman

3.c. Rawls ne s'en est toutefois pas tenu à ce modèle de la négociation sous le voile de l'ignorance mais l'a richement complété dans son second grand ouvrage, *Political Liberalism*³⁵, où il s'intéresse davantage à la situation "en aval" de la position originaire, à savoir la concrétisation des principes de justice au sein de la société, après la levée du voile. Synthétiquement, l'accord politique sur les principes n'est plus que le premier stade d'une procédure plus élaborée, qui se déroule en trois temps. Lors d'une deuxième étape, chacun vérifie que le résultat de la discussion est compatible avec ses propres conceptions du bien ou celles de son groupe (religieux, ethnique, etc.). Enfin, dans un troisième et dernier temps, les uns et les autres prennent en compte le fait que leurs contreparties acceptent ces principes comme légitimes au regard de leurs conceptions propres pour se LI^e ensemble, aboutissant ainsi à ce que Rawls appelle un "consensus par recoupe-ment" ("*overlapping consensus*"). Cette procédure complexe a pour but de concilier, d'une part, l'impossibilité, dans une société pluraliste, d'obtenir un accord unanime ou même général sur une conception du bien et, d'autre part, la nécessité de prendre en compte, dans une certaine mesure, les valeurs de chacun dans la légitimation du juste, ce que le voile de l'ignorance interdisait³⁶.

4. L'éthique de la discussion (Habermas).— Le modèle marchand de Law & Economics et la théorie de la justice de Rawls limitent l'enjeu de la négociation à la répartition d'un certain nombre de biens, de bénéfices ou de charges. La négociation a pour horizon le contrat qui enregistre les termes et les modalités d'une transaction, le rapport d'un échange de biens, les contre-prestations réciproques des parties, voire les principes de cette répartition. Mais toute négociation se réduit-elle à une répartition ou à un échange de biens obéissant au principe du donnant-donnant? La justice distributive serait-elle toute la justice?

Le droit des gens, lorsqu'il connaît des traités conclus entre sujets du droit international, tels les états et les organisations internationales, distingue classiquement entre les "traités-lois" et les "traités-contrats". Si les deux types d'accord obéissent en principe aux mêmes principes fondamentaux ("*pacta sunt servanda*" etc.), ils diffèrent néanmoins par leur portée. Les *traités-contrats* entérinent une opération ponctuelle, un échange instantané ou un règlement définitif comme par exemple tel accord commercial de livraison de matières premières. Dans les *traités-lois* par contre, les parties ne se contentent pas de réaliser une transaction définie. Elles édictent de véritables règles juridiques qui régiront, dans l'avenir, leurs relations ou les relations de leurs membres ou ressortissants. Relèvent de cette deuxième catégorie les grandes conventions de droit international comme, entre MILL^e

35. New-York, Columbia, 1993.

36. Pour un résumé de ses thèses par l'auteur lui-même, voyez Rawls, « Reply to Habermas », o. c., p. 142 et s..

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

exemples, la Convention de Montego Bay qui fixe "le droit de la mer", le Traité de l'union européenne ou celui qui crée l'Organisation Mondiale du Commerce et définit les nouvelles règles du jeu du commerce international, etc. Dans tous ces cas et beaucoup d'autres, l'objectif avoué de la négociation ne consiste pas à fixer des parités d'échange mais bien à se mettre d'accord sur les règles de comportement de tous les acteurs impliqués dans une situation déterminée.

La distinction familière traités-contrats/traités-lois peut être étendue au stade antérieur à la conclusion du traité, celui de sa négociation. On fait ainsi la part des choses entre la *négociation-échange* ou *négociation-partage* et la *négociation-règlement*. La première, dans laquelle les parties se partagent des ressources sans autre critère que leur mutuelle convenance, peut être décrite par le modèle marchand comme la recherche d'un point de rencontre entre deux ou plusieurs calculs stratégiques. La seconde, par contre, à l'occasion de laquelle les négociateurs cherchent à fixer des règles à prétention universelle sous lesquelles ils vont s'engager à vivre, nécessite sans doute le recours à un autre modèle, à une autre forme de rationalité.

A la recherche de cet autre modèle et de cette autre rationalité, on rencontre l'éthique de la discussion de Jürgen Habermas et la raison communicationnelle. Pour Habermas, les membres d'une communauté, même la plus fermée, sont amenés en permanence à se parler, à argumenter, bref à communiquer pour tenter de résoudre les problèmes quotidiens posés par la vi^e en commun et notamment les questions morales c'est-à-dire décider des règles sous lesquelles ils souhaitent coexister³⁷. Or ce débat permanent n'est concevable, selon Habermas, qu'à l'intérieur d'un certain cadre normatif, qui définit une éthique de la discussion, dont les principes et les règles tiennent en peu de mots :

4.1. Au regard du *principe de discussion* (principe D), « seules peuvent prétendre à la validité les normes qui pourraient rencontrer l'accord de toutes les parties prenantes d'une discussion pratique³⁸ ». L'élaboration des normes nécessite une négociation qui aboutisse à un accord unanime. Cette discussion présuppose une situation idéale de parole dans laquelle :

4.1.1. Chaque membre de la communauté a le droit de participer à la discussion et jouit d'un *droit égal à la prise de parole*. Dans le jeu de questions-réponses qu'implique le dialogue, chaque partie dispose des mêmes facultés de faire des propositions, de les expliquer et de les

37. Pour cette définition de la morale distinguée de l'éthique : J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Cerf, Paris, 1992, p. 115.

38. J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Cerf, Paris, 1992, p. 17. - On reprend ici la traduction corrigée de J.M. Ferry, *o. c.*, t. 2, p. 30.

Benoit Frydman

soutenir ainsi que d'appuyer ou de réfuter les propositions des autres parties³⁹.

4.1.2. La discussion n'est influencée par aucune contrainte extérieure à la communication elle-même⁴⁰. Elle fait prévaloir la solution qui repose sur la *meilleure argumentation*. Tout recours à la pression ou à la force pour peser sur la décision est donc exclu.

4.1.3. Chaque partie peut en conséquence être invitée à justifier sa position en donnant ses raisons ou en motivant son refus de les donner. Cette *transparence* de la discussion inclut une obligation de sincérité quant à l'exposé par chacun de sa position et de ses intérêts.

4.2. En vertu du *principe d'universalisation* (principe U), une proposition est convaincante et donc acceptable par tous si chacun peut en accepter les effets prévisibles, directs et indirects, comme conformes à la satisfaction des besoins de tous et de chacun⁴¹. Selon Alexy, ce second principe découle logiquement du premier : dès lors que la proposition requiert l'accord de tous, chacun doit être convaincu que les besoins qu'il exprime sont rencontrés⁴² mais, dans ce cas, il est tenu de marquer son accord. La qualité de l'argumentation sera donc

39. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, trad. anglaise, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 120.

40. Alexy, *o. c.*, p. 119.

41. « Zugleich wird der Kategorische Imperativ zu einem Universalierungsgrundsatz "U" herabgestuft, der in praktischen Diskursen die Rolle einer Argumentationsregel übernimmt : - bei gültigen Normen müssen Ergebnisse und Nebenfolgen, die sich aus einer allgemeinen Befolgung für die Befriedigung der Interessen eines jeden ergeben, von allen zwanglos akzeptiert werden können » Traduction Hunyadi : « En même temps, l'impératif catégorique est ramené au rang d'un principe d'universalisation, "U", qui dans les discussions pratiques assume le rôle d'une règle d'argumentation : dans le cas de normes valides, les conséquences et les effets secondaires qui d'une manière prévisible découlent d'une observation universelle de la norme dans l'intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun doivent pouvoir être acceptées sans contrainte par tous ». L'interprétation de ce texte n'est pas aisée. Entendu littéralement, le principe paraît de faible portée, simple rappel du principe de la convention-loi, aménagé par la théorie de l'imprévision : les parties à la discussion doivent accepter toutes les conséquences prévisibles des normes sur lesquelles elles se sont accordées. La consultation du texte original n'apporte guère de lumière supplémentaire. Mais il faut considérer le statut pragmatique du principe, dont Habermas indique qu'il fonctionne comme une "règle d'argumentation". Son sens se renverse alors dans la perspective de la recherche de l'adhésion d'autrui au cours de la discussion. Comme l'explique bien Alexy, le principe U signifie à présent qu'un consensus n'est possible que sur une norme que tous peuvent vouloir, c'est-à-dire dont chacun peut accepter les conséquences directes et indirectes au regard de la satisfaction des besoins de chacun (Alexy, *o. c.*, pp. 115-6). Cette condition de l'accord fait peser sur les interlocuteurs la contrainte argumentative de généraliser les intérêts par la discussion, en d'autres termes la nécessité de montrer que la norme proposée rencontre l'intérêt de tout un chacun. Mais cette contrainte lourde a un corollaire : les interlocuteurs sont fondés à attendre les uns des autres qu'ils marquent leur accord à la norme proposée dès lors qu'il est établi que sont rencontrés les intérêts de chacun, tels qu'ils ont été exposés, au cours de la discussion, en vertu du principe D.

42. Alexy, *o. c.*, p. 116.

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

fonction de la capacité des uns et des autres à généraliser les intérêts divers, à leur découvrir un dénominateur commun.

L'éthique de la discussion rejoint dans une certaine mesure les principes de justice de Rawls mais elle affiche sa différence à plusieurs niveaux. Sur le plan des présuppositions, elle ne recourt pas à l'hypothèse du voile de l'ignorance mais considère au contraire que chacun intervient dans la discussion avec sa propre identité et ses besoins concrets. La négociation opère comme une « prise de rôle idéale » (*ideal role taking*) dans la mesure où pour discuter avec l'autre, le comprendre ou le convaincre, chacun des participants doit se projeter dans le monde de l'autre et de ses attentes spécifiques afin de construire progressivement la perspective idéale du « nous » qui permet de soumettre à une évaluation commune telle norme soumise à la discussion⁴³. En ce qui concerne le domaine d'application, la discussion pratique n'est pas limitée à la répartition de biens mais propose une procédure généralisable à la détermination de toutes les règles de la VI^e en commun universalisables. Enfin, quant au contenu, les règles de la discussion paraissent plus élaborées en même temps que plus contraignantes : la discussion pratique idéale suppose une écoute mutuelle et un échange qui vont au-delà du respect des droits fondamentaux d'expression; l'impératif pragmatique de généralisation des intérêts exige plus que le maximin.

5. Situation idéale de parole.- La tentation de construire le droit de la négociation sur la base de l'éthique de la discussion se heurte cependant à l'objection des « réalistes ». Pour ces derniers, le modèle de Habermas ne tient pas compte de la réalité humaine. Il repose sur « l'hypothèse héroïque » d'un bon vouloir généralisé dans la discussion, où chacun, s'émancipant de ses passions égoïstes et de toute velléité de domination, se décide uniquement en fonction des exigences que pose la raison pour la réalisation du juste. Habermas retomberait ainsi sur l'exigence kantienne exorbitante d'une volonté absolument bonne⁴⁴ à laquelle Rawls n'avait réussi à échapper que grâce à l'artifice du voile de l'ignorance. Cette critique vaudrait à plus forte raison pour la négociation telle qu'elle se déroule effectivement en pratique. Tout négociateur expérimenté témoignera que la discussion est souvent mal ouverte (monopoles de représentation, exclusion de certaines parties) ou peu transparente (rétention d'informations), menée sous des contraintes et des pressions extérieures diverses (échéance, grève, menace d'intervention de l'autorité...) et occasion de manoeuvres rhétoriques plus ou moins élaborées.

43. Habermas, « Reconciliation Through the Public Use of Reason », o. c., pp. 117-118.

44. Sur l'exigence de construire la morale sur la base d'une volonté absolument bonne : É. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, section 1 et *Critique de la raison pratique*, Paris, P.U.F., Quadrige, p. 75 et s..

Benoit Frydman

Notons, tout d'abord, que cette critique est également applicable à Rawls dès lors que la négociation se déroule non pas dans la position originnaire d'ignorance mais dans les circonstances concrètes de la vie quotidienne en société. Dans *Political Liberalism*⁴⁵, Rawls envisage précisément le sort des principes de justice en aval, au sein de la société constituée, après la levée du voile. Leur application et leur interprétation correctes requièrent de la part des citoyens qu'ils se comportent de manière non plus seulement rationnelle, c'est-à-dire en poursuivant adéquatement leur propre bien, mais encore *raisonnable*, ce qui signifie qu'ils acceptent d'appliquer, même contre leur intérêt personnel, les principes de justice préalablement décidés de manière loyale et de préciser leur contenu dans des circonstances concrètes en fonction de la meilleure justification proposée. L'exigence du raisonnable réintroduit donc l'hypothèse d'une bonne volonté nécessaire à l'accomplissement de la justice⁴⁶.

A cette critique réaliste, Habermas oppose un argument subtil, auquel les juristes ne resteront pas insensibles. La situation idéale de parole que requiert la discussion pratique ne constitue certes pas une donnée empirique. Elle ne prétend pas décrire la réalité des choses. Habermas n'est pas un penseur naïf. Il sait, bien sûr, qu'en pratique, les gens tentent de se dominer les uns et les autres, agissent de mauvaise foi, se manipulent par la rhétorique. Mais, quoi qu'il en soit, le processus de la communication porte en lui-même l'idéal d'une discussion transparente menée selon la loi du meilleur argument de sorte que, lorsque les parties s'engagent dans une négociation, cet idéal forme nécessairement l'horizon de leurs attentes réciproques et conditionne la légitimité de leurs échanges. Il soutend la prétention à la validité de tous les énoncés. La situation idéale de parole est contrefactuelle. Ce n'est pas un fait mais un idéal et pourtant elle est effective car toute discussion pratique anticipe cette situation et par là même contribue à la réaliser. En d'autres termes, la situation idéale de parole ne décrit pas la négociation telle qu'elle se déroule mais telle que la structure de la communication implique qu'elle doive normalement se dérouler. L'éthique de la discussion se situe sur un plan différent du modèle du marchandage. Elle ne fournit pas une grille de lecture, économique ou autre, du phénomène du droit négocié mais un horizon normatif pour le droit de la négociation. Elle prétend en outre donner un fondement naturel à ce droit dans la mesure où ses règles définissent les conditions de possibilité de toute négociation.

La philosophie de Habermas nous conduit ainsi à déplacer notre point de vue de l'individu sujet-négociateur vers la structure de communication langagière dans laquelle la négociation s'inscrit. Son

45. New-York, Columbia U.P., 1993.

46. Pour une définition par Rawls du raisonnable : « Reply to Habermas », *o. c.*, pp. 134 et 149. - V. aussi l'analyse critique par Habermas du concept in « Reconciliation Through the Public Use of Reason », *o. c.*, p. 123 et s..

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

éthique de la discussion ne repose pas, à l'inverse de Law & Economics, sur une anthropologie ou une psychologie mais sur une théorie du discours. Le modèle économique de la négociation est fondé sur le choix rationnel de l'*homo oeconomicus*, préoccupé par la satisfaction de ses intérêts égoïstes. Pour contraindre cet individu égoïste à s'élever au niveau moral, Rawls a imaginé le procédé du voile de l'ignorance. Quant à Habermas, il ne s'intéresse ni aux motivations plus ou moins secrètes de l'individu ni à ses intentions réelles mais seulement à son discours, pris dans l'ensemble de la discussion. Ce que le négociateur pense importe moins que ce qu'il dit, le message qu'il adresse aux autres et l'effet de conviction que ce message produit auprès des autres. Si l'individu discute, c'est pour convaincre et, pour parvenir à cet objectif, il mobilise une pragmatique du discours. Cette pragmatique ne définit aucune règle substantielle de justice ou de partage mais bien une procédure de délibération que soutient la raison communicationnelle.

6.- Pourparlers précontractuels.- Quittons à présent les modèles théoriques pour la pratique en envisageant synthétiquement comment le droit positif contemporain réglemente la négociation et en particulier les droits et obligations des négociateurs dans la phase des pourparlers préalables à la conclusion d'une convention de droit privé.

Le Code civil de 1804 ne réglemente pas la négociation des contrats⁴⁷. Il consacre la possibilité pour les parties de créer des droits et obligations par consentement mutuel et n'intervient qu'exceptionnellement pour régler l'objet ou les termes de l'accord⁴⁸. La loi n'envisage la phase préalable au contrat que par le biais des conditions de sa validité et spécialement des vices de consentement. L'accord d'une personne capable n'est valide que si celle-ci n'a pas versé dans l'erreur, succombé à des manoeuvres dolosives ou à une violence injuste⁴⁹. En d'autres termes, le Code Napoléon consacre la validité d'un droit négocié mais n'élabore guère un droit de la négociation. Ce droit a été construit beaucoup plus récemment⁵⁰ par la doctrine et la jurisprudence, principalement sur la base de la responsabilité aquilienne donc de l'obligation générale de diligence et de prudence qui s'impose à tous. Cette construction prudentielle aboutit aujourd'hui à faire peser sur chacun des négociateurs un certain

47. En ce sens : W. De Bondt, « Precontractuele aansprakelijkheid », *R.G.D.C.*, 1993, pp. 93-117, p. 93.

48. L'objet et la cause doivent être licite etc. (art. 1126 à 1133 CC). - Quant aux termes de l'échange, le Code n'envisage leur correction que dans des cas tout-à-faits exceptionnels (art. 1118), spécialement la lésion du mineur et la lésion énorme de plus des sept douzièmes en matière immobilière.

49. art. 1109 du Code civil.

50. La comparaison des examens de jurisprudence de Pierre Van Ommeslaghe en droit des obligations publiés à la *Revue Critique de Jurisprudence Belge* de 1975 (p. 492) et de 1986 (pp. 146-153) illustre bien l'importance prise par la question en l'espace de dix années seulement.

nombre d'obligations concrètes qui peuvent être regroupées autour de deux pôles⁵¹.

6.1. Les négociateurs sont d'abord tenus d'*informer* leurs interlocuteurs au sujet de tous les éléments essentiels du contrat à conclure et tous les autres éléments dont la discussion a montré qu'ils sont déterminants du consentement de l'une ou l'autre des parties⁵². Chaque partie doit donc aviser l'autre des éléments importants à son estime et porter à sa connaissance les informations utiles à la prise de décision. Les informations doivent être précises et, en cas de changement, actualisées⁵³. Il est bien entendu déloyal et dès lors interdit de tromper l'autre par de fausses informations⁵⁴ mais également d'en dissimuler par un silence fautif. L'étendue de l'obligation de parler dépend ici de la qualité des parties⁵⁵. La jurisprudence met à la charge des professionnels et des spécialistes une véritable obligation de conseiller l'autre, y compris sur l'opportunité, les termes et les conditions du contrat à conclure⁵⁶. Le professionnel ne saurait se retrancher derrière son ignorance chaque fois que celle-ci aurait pu être vaincue par les investigations appropriées qu'on est en droit d'attendre des spécialistes⁵⁷. Mais le non professionnel ne peut demeurer passif et doit lui-même chercher à se renseigner auprès de sa contrepartie⁵⁸. Chaque partie doit user avec discrétion des informations communiquées à l'occasion de la discussion⁵⁹.

6.2. Les négociateurs s'engagent en outre à faire diligence et à *collaborer en vue d'aboutir* à la conclusion d'un contrat valable dans un délai raisonnable. Ainsi, sont sanctionnés le fait de s'engager dans une négociation sans réelle volonté d'aboutir, de laisser se prolonger indéfiniment les pourparlers sans aviser l'autre qu'on a changé d'avis⁶⁰, de faire une proposition manifestement inacceptable qui ne peut que faire capoter l'affaire⁶¹ ou de rompre de manière brutale et intempes-

51. Ces obligations ne sont pas toujours formulées positivement mais on peut les déduire des cas de manquements c-à-d dans lesquels la responsabilité d'un négociateur est reconnue engagée.

52. Ces derniers sont appelés « éléments substantiels » en droit des contrats. Les éléments essentiels sont par contre objectifs; ils découlent de la nature même du contrat, comme, par exemple, l'objet et le prix dans la vente.

53. *Marchandise, o. c.*, § 18, p. 623.

54. C'est l'hypothèse classique du « dol » (art. 1116 CC).

55. Anvers, 30/11/93, *R.D.C.*, 1994, p. 705.

56. *Marchandise, o. c.*, § 24.

57. voyez De Bondt, *o. c.*, § 33.

58. Van Ommeslaghe, *o. c.*, 1986, § 63, p. 153. - *Marchandise, o. c.*, § 16.

59. *Marchandise, o. c.*, § 23.

60. *Marchandise, o. c.*, § 20.

61. *Marchandise, o. c.*, § 20.

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

droit de croire qu'elle allait aboutir⁶². Cependant, toute rupture de pourparlers ne constitue pas une faute dès lors qu'elle s'effectue de manière prudente et motivée⁶³. D'autre part, on sanctionne la négligence d'une partie qui empêche la formation du contrat⁶⁴, provoque son annulation ou lui ôte toute utilité⁶⁵.

Ces obligations, qui s'imposent de manière générale, peuvent être aménagées et complétées soit par les usages du commerce ou de la profession⁶⁶, soit par référence à un code de déontologie, soit encore par les parties elles-mêmes à l'occasion de la signature d'un avant-contrat⁶⁷.

En outre, les obligations d'information et de collaboration ne s'épuisent pas lors de la conclusion de la convention mais au contraire se renforcent encore dans la phase d'exécution, notamment pour l'interprétation de l'accord ou pour faire face à des difficultés d'exécution ou à des circonstances nouvelles.

Cependant, le droit des obligations ne prévoit pas en principe d'obligation de négocier, sauf dans les hypothèses, de moins en moins rares il est vrai, où le refus de contracter est jugé illicite⁶⁸. Il ne commande pas davantage de convier tout tiers intéressé à la négociation mais les effets internes du contrat sont limités aux parties c'est-à-dire que la convention ne crée en principe de droits et d'obligations que dans le chef des parties elles-mêmes et non à l'avantage ou à la charge des tiers (art. 1165 du Code civil).

7. Vers un droit de la négociation.- Cette réglementation contractuelle relativement récente est-elle généralisable à tous les cas de négociation juridique et dans quelle mesure s'accorde-t-elle avec les modèles théoriques que nous avons présentés?

A priori, l'idée de construire un droit de la négociation sur la base de la théorie des contrats convient parfaitement au modèle marchand de l'analyse économique qui repose explicitement sur le système conventionnel. La réglementation minimale de la négociation proposée par Law & Economics correspond d'ailleurs bien à l'embryon de

62. Bruxelles, 5 février 1992, *J.T.*, 1993, p. 130. - Dieux, *o. c.*, § 4. - De Bondt, *o. c.*, § 17.

63. Comm. Bruxelles, 19 janvier 1990, *R.D.C.*, 1990, p. 555. - Liège, 20 octobre 1989 et observations Dieux, *o. c.*, § 4. - De Bondt, *o. c.*, § 19.

64. Voyez le cas classique de la vente d'immeuble sous la condition suspensive de l'octroi d'un crédit bancaire lorsque l'acheteur néglige d'introduire un dossier d'emprunt avec toute la diligence requise.

65. Sur la responsabilité qui découle de la confection d'un contrat annulable, voyez De Bondt, *o. c.*, §§ 34-36.

66. *Marchandise, o. c.*, §§ 26-29.

67. Dieux, *o. c.*, § 1.

68. Dieux, *o. c.*, § 5.

Benoit Frydman

régulation inscrit dans le Code civil : convention-loi, autonomie de la volonté et consentement exempt de vic^e.

Cependant les développements récents de la *culpa in contrahendo* définissent un régime de la négociation à la fois plus élaboré et plus contraignant dont la logique se rapproche davantage de l'éthique de la discussion. Il est remarquable, de ce point de vue, que les règles nouvelles de la négociation contractuelle ne sont pas substantielles mais pour l'essentiel de nature purement *procédurale*. Le contrôle judiciaire opère moins au niveau du contenu des stipulations finales que de la procédure au terme de laquelle les parties ont abouti ou non à un accord. Il s'agit non pas de prescrire un partage égal ou efficace des ressources mais bien de définir un *mode équilibré de discussion*. D'autre part, les droits et les obligations des négociateurs sont appréciés *in concreto*, en tenant compte de la situation et de la qualité de chacun, non sur la base d'une égalité formelle et anonyme. Ainsi, le spécialiste qui négocie avec un néophyte lui doit-il information et conseil. Mais cette appréciation ne conduit pas les juges à sonder les coeurs et les reins des parties pour apprécier leurs intentions. Leur comportement est apprécié au niveau du discours qu'ils tiennent au cours de la négociation. On repère, en droit des obligations comme dans l'éthique de la discussion, un *déplacement du centre de gravité du « for intérieur » du sujet au cercle de la communication intersubjective*. Par exemple, l'annulation du contrat pour erreur substantielle n'est admise que si l'autre partie a su, et donc été avisée d'une façon ou d'une autre, du caractère déterminant de l'élément sur lequel porte l'erreur. Ou encore, l'obligation d'informer qui pèse sur le professionnel ne se limite pas à ce qu'il sait effectivement mais s'étend à tous les éléments qu'il est supposé connaître eu égard à sa qualité. Plus généralement, le comportement des négociateurs est mesuré à l'aune des attentes légitimes de leurs contreparties plutôt qu'au regard de motivations purement intérieures, comme l'absence d'intention de nuire, par exemple. La valeur du message est appréciée non du point de vue de son énonciation mais plutôt de sa réception par l'auditoire. Selon Xavier Dieux, ce *respect dû aux anticipations légitimes d'autrui* constitue un *principe général de droit*, qui fonde notamment les obligations pesant sur les négociateurs dans la phase précontractuelle, mais qui s'impose, comme tel, bien au-delà du droit des contrats ou des obligations⁶⁹. Que l'on rattache les règles de la négociation au principe général de droit défini par Xavier Dieux ou qu'on les rapporte plus traditionnellement aux règles de la responsabilité civile aquilienne de droit commun, rien ne s'oppose *de lege lata* à leur généralisation à tous les cas de négociation quelconques.

69. X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Paris-Bruxelles, Bruylant-L.G.D.J., 1995, spécialement sur la responsabilité précontractuelle, § 4, pp. 26-28.

Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discu...

Cet élargissement du champ d'application des règles de la négociation, au-delà du domaine des contrats au sens strict, paraît d'ailleurs d'autant plus indiqué qu'il permettrait de rencontrer certains griefs légitimes souvent formulés par les négociateurs. Ceux-ci se plaignent souvent soit de la dissimulation de données pertinentes, notamment techniques, par la partie la mieux informée ou la plus puissante sur le plan logistique, soit encore d'être instrumentalisées dans de véritables mises en scène de négociation, sans enjeu réel ni volonté d'aboutir, dont le but véritable consiste à gagner du temps, à amuser les médias ou encore à épuiser les énergies.

L'obligation d'information et l'obligation de faire diligence pour produire un accord valable dans un délai raisonnable imposées aux négociateurs, sous leur responsabilité, non seulement répondrait à ces préoccupations mais encore préciserait utilement en pratique les deux principes éthiques D et U formulés par Habermas. L'obligation d'informer l'autre de manière sincère et précise sur tous les éléments qui peuvent conditionner son propre consentement comme celui du partenaire tend à mettre en place les conditions d'une discussion transparente, à permettre à chacun de s'élever depuis sa position jusqu'à la compréhension des besoins et des intérêts spécifiques d'autrui dans la recherche de l'accord. Elle ouvre la voie à une reconnaissance mutuelle des parties en négociation dans leur identité spécifique. Quant à l'objectif de produire un contrat valable dans un délai raisonnable, il précise l'acceptation de principe des parties à une discussion de se 11^e par une règle dont la discussion aura démontré qu'elle satisfait les intérêts légitimes de tout un chacun, tels que la négociation aura permis de les mettre en lumière.

Resterait à régler le sort de la revendication primordiale d'un véritable droit d'accès de tous à la négociation. Dans sa logique atomiste, le droit positif des contrats est impuissant à fournir une solution au-delà de l'effet relatif des conventions. Cette solution négative montre toutefois ses limites dès lors que la négociation se déroule au sein d'une communauté et qu'elle a pour objet la définition des règles de comportement qui s'imposent également à tous.

Pour conclure, il apparaît donc bien que les principes de l'éthique de la discussion, loin de se cantonner au statut de pures idéalizations philosophiques sans rapport avec la pratique, sont d'ores et déjà concrétisés dans le droit positif de la négociation, rendus opérationnels par la jurisprudence et reconnus par la meilleure doctrine. Quant à leur statut « contrefactuel », ils le partagent avec toutes les normes juridiques, lesquelles ont, par nature, vocation non à décrire ce qui « est », en l'espèce la pratique de la négociation, mais à prescrire ce qui « doit être », à savoir fixer les règles de son bon déroulement. Ce qui ne retranche rien à leur effectivité en tant que règles.