

Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques

*

* *

Louise Rolland
Professeure
Faculté de droit
Université de Montréal

Introduction

Sur le thème de l'intervention du juge dans le contrat, on me reprochera peut-être de remonter trop loin, mais ... « Au commencement, était le verbe... »¹. À l'origine donc, des actes de communication : selon les distinctions faites par John Langshaw Austin², des messages informatifs (ou constatifs) qui décrivent l'état du monde; des messages performatifs qui ajoutent au monde, au rang desquels on peut classer les autorisations, les ordres, les promesses, les engagements. Avant l'énonciation d'expressions comme « Je promets... », « Je m'engage... », « J'offre... », « J'accepte... », il n'y avait rien; après leur énonciation, il y a indéniablement quelque chose de plus dans la réalité, mais quoi? Un fait social, un accord, une entente, un échange, un contrat, etc.

En économie, on parlera volontiers d'un échange, d'une transaction qui a pour fonction de transférer un objet ou un service d'une personne à une autre. En droit, on dira plutôt qu'il s'agit d'un rapport de droit, d'un acte juridique bilatéral, d'un contrat qui a pour effet de créer des obligations ou de transférer des droits³. Dans un cas comme dans l'autre, ce fait social a un aspect relationnel, porte sur une réalité matérielle et répond d'une finalité. Le même événement qui engendre les mêmes résultats est autrement nommé par des systèmes structurants : ces qualifications conceptuelles sont à la fois explicatives, réductrices et normatives.

¹ Évangile selon Saint Jean, I,1.

² *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970. Il ne faut pas le confondre avec John Austin (1790-1859), juriste contemporain de Bentham.

³ Art. 1433 C.c.Q. Le contrat peut également modifier et éteindre des obligations, comme il peut constituer, modifier et éteindre des droits réels.

Explicatives en ce qu'elles s'incarnent dans la recherche de sens : tout concept propose une description sémantique et circonscrit un champ de référence. Réductrices en ce qu'elles marginalisent certains faits en encadrant la réalité : le nominalisme tend à standardiser les phénomènes par l'énonciation de caractéristiques distinctives. Normatives en ce qu'elles entendent réguler le comportements des acteurs : d'une simple relation d'implication –*si A, alors B*— l'on passe au rapport téléologique, *pour A, il faut B*.

Entre sous-systèmes sociaux, les ambitions normatives peuvent mener à des jeux de pouvoirs, des stratégies, des tactiques pour s'assurer la position hégémonique mais, quand la domination est impossible, à des tractations, des compromis, des alliances, des complicités, des connivences, des collusions pour garder le terrain acquis, rester dans la course, conserver sa part d'influence. Ces interactions entre les systèmes économique et juridique sont, dans le domaine contractuel, inévitables : elles se structurent autour des variations de consonance ou de discordance entre leurs idéologies, rationalités et pratiques respectives.

L'ordre contractuel –l'organisation interne de relations ayant une cause, portant sur un objet et poursuivant un but— est déterminé, circonscrit par l'un et l'autre des systèmes. Ses frontières, tracées par les interactions qui les rassemblent, façonnent le rôle que le juge est appelé à y jouer. Trois modèles sont ici soumis à la comparaison : le premier quand les deux systèmes se juxtaposent et consacrent l'homogénéité de l'ordre contractuel (1) ; le second quand ils s'opposent et mènent l'ordre contractuel à la partition (2) ; le dernier quand l'un satellise l'autre et projette l'ordre contractuel dans une orbite incontrôlée (3).

1. La juxtaposition des systèmes

Dans ce premier modèle, le système économique et le système juridique sont en parfaite symbiose, non par mimétisme ou servilité de l'un par rapport à l'autre, mais parce qu'ils partagent un champ de valeurs compatibles. L'un et l'autre se fondent sur des dogmes, à tout le moins des doctrines qui, intimement connectées, s'alimentent mutuellement.

Né dans le contexte de l'ascension de la mentalité marchande, fondé théoriquement sur la philosophie utilitariste de Jeremy Bentham et de John Stuart Mill, le libéralisme économique trouve ses assises sur un postulat quasi-mathématique : la plus grande quantité de plaisirs individuels conduit à la maximisation du bonheur collectif. L'individu, être rationnel, est seul à pouvoir établir ses préférences, à déterminer son intérêt et à agir en conséquence, ayant comme objectif ultime d'obtenir la plus grande valeur au moindre coût : la souveraineté absolue du consommateur constitue la base de la construction théorique. Le producteur agira donc en offrant la quantité optimale des biens ou services demandés au prix qui, tout en cherchant à maximiser ses profits, reflète ses coûts et la valorisation fixée par les consommateurs, ce qui inclut leur capacité de payer. Ce processus dynamique, soit l'adéquation de l'offre et de la demande, établit un système de prix et assure ainsi l'équilibre du marché ; tous les marchés étant interdépendants, l'équilibre général tend à se réaliser naturellement et cet équilibre est stable. Œuvre d'une main invisible, le marché crée un ordre spontané dont le caractère anonyme et impersonnel en cautionne la légitimité : en effet aucun agent économique ne peut, par ses actions individuelles, influencer les prix qui sont le résultat des choix opérés par l'ensemble des acteurs.

Cette harmonie inhérente n'advient cependant qu'aux conditions essentielles à la concurrence pure et parfaite⁴ : atomicité du marché (pluralité de producteurs et de consommateurs) ; homogénéité des produits (l'un doit être substituable à

⁴ Bertrand NÉZEYS, *Économie politique*, Paris, Economica, p. 197 à 199

l'autre) ; liberté de commerce (absence d'obstacles à l'entrée) ; transparence informationnelle (gage de rationalité pour tous les acteurs) ; mobilité des facteurs de production (capital, travail, ressources premières doivent pouvoir se déplacer sans coût d'une industrie à l'autre). Dans ces conditions de marché concurrentiel, une communauté atteint un fonctionnement économique optimal, c'est-à-dire qu'on ne peut améliorer le bien-être de quiconque sans détériorer celui d'un autre⁵. D'où la portée normative de cette théorie, d'où les « lois » du marché.

Née dans le contexte de la démocratisation, fondée théoriquement sur la philosophie individualiste et égalitaire des Lumières, soutenue surtout par l'École du droit naturel moderne, la théorie politique et juridique libérale trouve ses assises sur un postulat rationaliste : l'autonomie de la volonté. Base de toute autorité parmi les hommes, la volonté peut seule expliquer les contraintes de la vie en société : les contraintes imposées par la collectivité comme celles que chaque individu s'impose à lui-même. Dans la sphère publique, les choix individuels se manifestent d'abord dans le Contrat social comme force constituante de l'État, puis dans le suffrage universel comme support opérationnel de la délégation de pouvoirs. Dans la sphère privée, les choix d'un individu s'expriment sur sa personne, ses biens et ses relations, choix qui se trouvent en quelque sorte sacralisés par le droit à travers les principes d'inviolabilité de la personne, d'absolutisme du droit de propriété et de liberté contractuelle. Dans tous les cas, l'individu se donne sa propre loi et aucun système normatif supérieur ne peut s'imposer à lui, d'où la séparation du droit et de la morale.

La souveraineté contractuelle a deux corollaires : chacun peut s'engager librement --s'il le veut, avec qui il veut et sur ce qu'il veut-- et chacun devra en contrepartie respecter ses engagements. Le droit, comme ordre planifié et institutionnalisé chargé d'apporter des solutions non violentes aux conflits individuels, consacre ces principes et confie aux tribunaux la mission d'en

⁵ On reconnaîtra là le critère de Pareto et sa conception de l'optimum économique. **Référence?**

assurer l'application : quand un contractant prouve une atteinte à sa libre volonté, le juge anéantit le contrat comme s'il n'avait jamais existé ; quand le contrat est valide, le juge ordonne son exécution.

On pourrait en déduire l'hégémonie des pratiques économiques et le rôle purement instrumental du système juridique ; il s'agit plutôt de la coïncidence idéologique qui, partant de postulats et de rationalités différents, arrivent aux mêmes résultats, comme si tout cela convergeait naturellement, allait donc sans dire.

Le dialogue toutefois s'installe entre les systèmes quand l'économie demande au droit de répondre aux défaillances d'un marché, dit dès lors imparfait. De ranimer le flux concurrentiel en détruisant les monopoles (duopoles ou oligopoles). De réduire les coûts de transactions en adoptant des règles supplétives. De prendre charge des externalités de production ou de consommation : les actions économiques peuvent produire des effets externes involontaires, parfois négatifs (pensons à la pollution) mais parfois positifs (hygiène, vaccination), dont les coûts ne sont pas intégrés aux prix et sont donc reportés sur d'autres agents. D'assumer à même les fonds publics le financement des biens collectifs : ceux qui, parce qu'ils peuvent être utilisés par deux individus en même temps, défient l'appropriation individuelle au moindre coût comme la défense nationale, l'organisation judiciaire, mais aussi les infrastructures routières, la police, etc. Dans tous ces cas, l'intervention de l'État est requise par l'économie. Dans tous les autres, c'est l'abstention qui s'impose pour ne pas nuire au bon fonctionnement de l'ordre économique spontané. Dans la mesure où l'État répond à ces attentes, il entérine par le fait même la théorie économique néo-classique et cela a un effet surdéterminant sur l'attitude des tribunaux.

Les frontières de l'ordre contractuel sont étanches. Le juge agit en douanier quand le contrat, comme fait économique, frappe à la porte du système juridique pour acquérir sa force obligatoire : ou bien il estampille le passeport, ou bien il expulse. Le droit d'entrée donne accès à toutes les ressources : exécution forcée

en nature ou par équivalent, dommages-intérêts, etc. L'expulsion emporte les mesures incidentes de réparation et de restitution.

Autrement le contrat s'impose au juge. Le contrat est-il injuste, lésionnaire ? Une présomption de justice est intériorisée dans chaque contrat⁶ comme si l'adage « Qui dit contractuel, dit juste » (Fouillée) en faisait partie intégrante. Le juge n'est ni un justicier⁷, ni le ministre de l'équité⁸ : à tous égards, il faut craindre l'arbitraire du juge⁹. Il vaut mieux s'en remettre à la volonté des parties, car « faire prévaloir la volonté, c'est évidemment faire prévaloir la stabilité. »¹⁰

Cet appel véhément à la retenue judiciaire, on le voit, trouve appui dans la promotion de la stabilité contractuelle garante de la sécurité des affaires, valeurs que l'exercice de la justice commutative et de l'équité risquent de mettre en péril¹¹. Si d'emblée la révision paraît moralement juste¹², on doit se demander si elle est socialement et économiquement utile. Nous pouvons observer une interpénétration des concepts, des méthodes et de la rationalité des deux systèmes. Les juges, appelés à décider selon les règles de justice, importent des motifs de nature purement économique. Ils affirment ainsi que « la liberté de commerce et la libre concurrence sont des valeurs pleinement reçues dans notre société et notre droit »¹³, que « la liberté de commerce demeure le fondement de notre droit »¹⁴, que « notre système juridique favorise normalement la libre concurrence »¹⁵, que « la liberté de concurrence représente le principe fondamental d'organisation des activités économiques.....bien que dommageable, la concurrence en elle-même, ne saurait être fautive et source de

⁶ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, T. 4 – Les obligations, 18^e éd., Paris, PUF, 1994, p. 137

⁷ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éd. Thémis, 2001, p. 32

⁸ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 8^e éd., Paris Dalloz, 2002, p. 311

⁹ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *op. cit.*, note 5, p. 211

¹⁰ Christian LARROUMET, *Droit civil, T. 3 – Les obligations. Le contrat*, 4^e éd., Paris, Economica, 1998, p. 388

¹¹ Jean CARBONNIER, *op. cit.*, note 4, p. 244 - 245

¹² Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations – L'acte juridique*, 5^e éd., Paris Armand Colin, 1991, p. 333

¹³ *Vachon c. Lachance*, 2001 IIJCan 21011 (QC C.S.)

¹⁴ *Demco Manufacturing Inc. c. Foyer d'artisanat Raymond Inc.*, 2003 IIJCan 19114 (QC C.S.)

¹⁵ *Excellence Cie. d'assurance-vie c. Canassurance*, 2002 IIJCan 11216 (QC C.S.)

responsabilité civile »¹⁶, enfin qu' « il est préférable de respecter la règle générale de la libre concurrence plutôt que de restreindre la concurrence »¹⁷.

Dans ce modèle, les systèmes économique et juridique sont vus comme complémentaires, les deux faces d'une même médaille. Quand la justice est protégée par l'ordre économique spontané, l'ordre juridique institutionnel ne peut qu'assurer sa meilleure efficacité ; la non intervention de l'État emporte le devoir d'abstention judiciaire.

¹⁶ L'Excelsior Cie d'Assurance-Vie c. La Mutuelle du Canada et autres 1992 R.J.Q. 2666

¹⁷ *Maisons Chantignole Inc. c. Dumont*, 2002 IIJCan 357 (QC C.S.)

2. L'antagonisme des systèmes

Le deuxième modèle naît dans un contexte d'atomisation politique où les groupes de pression s'affrontent et revendiquent l'appui de l'État. Dans le champ économique, les intérêts sont conflictuels et forment des couples antagoniques : libre marché / politiques publiques, équilibre naturel / rééquilibrage planifié, ordre économique privé / ordre public économique. Ces tiraillements trouvent leur expression discursive dans les analyses empiriques et théoriques propres à chacun des systèmes.

L'État se montre sensible aux enjeux sociaux qui s'expriment en termes d'injustice, d'abus, de vulnérabilité ; mais, du même souffle, les gouvernants se soucient des dissensions qui divisent la société : ne serait-ce qu'en termes purement électoraux, ils voudraient satisfaire chacune des factions. L'arbitrage des intérêts pousse donc le législateur à adopter des stratégies de territorialisation, de délimitation d'espaces juridico-économiques autonomes ou quasi-autonomes.

S'appuyant sur les observations des sciences sociales, les juristes remettent en cause les postulats de la théorie économique sur la liberté, l'égalité et la rationalité des consommateurs : l'autonomie de la volonté ne saurait servir les fins de la justice que sous le contrôle public¹⁸. La liberté contractuelle engendre, sous l'effet de la concentration économique et commerciale, des disparités flagrantes¹⁹ entre contractants, mais également entre groupes sociaux²⁰. L'État est appelé à intervenir.

Déjà habitué aux grandes catégories qui distinguent les affaires civiles des affaires commerciales, le système juridique s'emploie au raffinement des sous-catégories : qu'elles soient fondées sur le pouvoir économique des forts et des faibles, sur le bagage informationnel des professionnels et des profanes, sur la

¹⁸ Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau éd., 1912

¹⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, note 6, p. 38

²⁰ Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *op. cit.*, note 12, p. 81

place respective du commerçant et du consommateur dans la chaîne de production, sur la puissance de négociation des uns et des autres, sur l'élasticité de la demande pour les biens de luxe et son inélasticité pour les biens de première nécessité, etc.

Dans les secteurs où l'on identifie un seuil de vulnérabilité élevé, le législateur impose des règles particulières ; dans les autres il s'en reporte aux règles générales ou tout bonnement s'abstient. Plusieurs secteurs économiques sont ainsi parcellisés : crédit, logement, travail, consommation, voyage, courtage, etc. Les instruments législatifs sont variés : formalisme, contrats pré-rédigés, prix plafond, prix plancher, clauses obligatoires, réglementation de la publicité, rescision des contrats lésionnaires en faveur des majeurs capables, droit de retrait et de repentir²¹, interdiction de mettre fin à certains contrats, etc. À ces mesures microéconomiques s'ajoutent des mesures macroéconomiques, comme l'imposition de quotas, l'adoption de politiques anti-inflationnistes au plan national et protectionnistes au plan international, la taxation, la création de monopoles d'État, l'étatisation, etc. C'est le règne de l'État-Providence, de l'interventionnisme étatique et du dirigisme contractuel, mais par secteurs identitaires.

Toutes ces actions de l'État, nées des revendications de la société civile, sont en même temps l'expression politique de l'inaptitude de l'économie libérale à assurer la justice. Elles sont immédiatement interprétées par le système économique comme perturbantes, dangereuses, nuisibles et inefficaces : non seulement créent-elles des distorsions dans l'harmonie spontanée du marché, mais pire encore elles n'atteignent pas leurs objectifs. Le mouvement *Law and Economics* en propose une lecture critique, voire alarmiste, à travers l'analyse économique du droit, plus précisément les études de *public choice*²². Sans vouloir faire état ici des subtilités théoriques qui distinguent les diverses écoles, il

²¹ L.P.C. a. 59 – 73 -

²² Pour un historique de ce mouvement : Ejan MACKAAY, « History of Law and Economics », dans Boudewijn BOUCKAERT et Gerrit DE GEEST (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, Cheltenham (U.K.) Edward Elgar, 2000, 65 - 117

s'agit globalement pour elles d'analyser les institutions de l'État et les politiques publiques au moyen d'instruments économiques : en effet l'économie étant la science des choix, on peut s'appuyer sur la théorie des prix pour expliquer non seulement les choix économiques mais également tous les autres²³.

La grille d'analyse de *public choice* possède une valeur compréhensive : elle tend à expliquer le fonctionnement de l'État à travers ses acteurs, qu'ils soient électeurs, politiciens ou bureaucrates²⁴. Contrairement aux agents économiques, les électeurs d'abord sont et demeurent rationnellement ignorants ; les coûts d'acquisition de l'information beaucoup trop élevés pour chacun des individus font qu'ils agissent et votent en aveugles. Les politiciens ensuite ne répondent pas aux critères d'idéalisme fondés sur la promotion de l'intérêt général ; mus par leur intérêt personnel et par l'intérêt du parti, aspirant avant tout au pouvoir, leur attention va d'abord aux revendications des groupes de pression qui, mieux informés et mieux organisés, parlent plus fort. Les programmes politiques tendent donc à favoriser des intérêts corporatifs à court terme calqué sur un mandat gouvernemental à durée déterminée, mais leurs coûts sont reportés sur l'ensemble des contribuables et les générations futures. De plus les partis, courtisant le même bassin d'électeurs, les mêmes groupes, adoptent des programmes similaires et n'offrent guère d'alternatives véritables. L'administration publique enfin, chargée de l'application de ces politiques, enfreint toutes les règles d'efficacité. Les bureaucrates, ne pouvant escompter la maximisation à long terme des produits qu'ils offrent souvent à un prix inférieur à leur coût, ne disposent pas d'indice fiable à l'évaluation de leur performance ; de ce fait, ils jaugent leur satisfaction au volume de leur budget, surtout discrétionnaire, donc dans des dépenses publiques de plus en plus importantes. Cette analyse, qui se veut résolument descriptive, a déjà pour effet de miner la légitimité de l'organisation étatique.

²³ Gary S. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, Chicago University Press, 1976

²⁴ Voir l'analyse de Ejan MACKAAY dans : *L'analyse économique du droit. 1- Fondements*, Montréal et Bruxelles, Éd. Thémis et Bruylant, 2000, p. 212 à 235

Plus encore, en démontrant que l'offre de services publics dépasse souvent la demande réelle, ces études prouvent l'inefficacité des interventions étatiques et leur effet dévastateur sur la maximisation des richesses collectives. Les politiques publiques, les règles juridiques qui les soutiennent et les effets qu'elles produisent doivent être évalués d'après un critère d'efficacité : une intervention de l'État n'est efficace que si les gains des gagnants sont supérieurs aux coûts subis par les perdants, évaluation qu'on ne peut faire qu'à l'aide d'instruments économiques comme l'établissement de leur valeur monétaire²⁵. Ces études acquièrent ainsi leur portée normative. Dans la mesure où les résultats obtenus par l'action de l'État sont inférieurs à ceux qui résulteraient du marché, la réglementation doit provenir du marché et non des gouvernements. Dans tous les cas. Les institutions politiques et juridiques doivent imiter, singer (*to mimic*) les processus du marché²⁶.

Le pouvoir judiciaire, on le voit, est soumis à une double pression : les juges sont invités à choisir entre deux rationalités devenues dichotomiques, l'une économique identifiée à l'efficacité et l'autre socio-juridique identifiée à la justice. Dans ce contexte, deux réactions sont possibles : ils peuvent résister à l'impulsion législative, interpréter les nouvelles règles comme des exceptions et les appliquer restrictivement, donnant prédominance à la liberté contractuelle, donc à la mentalité marchande ; ils peuvent au contraire suivre le nouveau courant idéologique, interpréter téléologiquement les règles et étendre leur portée, donnant prédominance au dirigisme contractuel, donc à la mentalité réglementaire. Dans les faits, nous assistons le plus souvent à un cumul des deux, voire un compromis, et ceci à travers trois stratégies judiciaires.

La première consiste à confédérer les ordres contractuels qui, tout en partageant une nationalité commune, conservent leur souveraineté territoriale : chacun est gouverné par un corps délimité de règles qui s'applique à une population rendue homogène par des critères d'admissibilité identitaire. Des catégories posées

²⁵ Ce critère a été développé par Richard A. Posner : *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1972 (dont la 4^e éd. a été publiée chez le même éditeur en 1992)

²⁶ *Id.*

comme mutuellement exclusives obligent d'abord le juge à appliquer les conditions d'appartenance, donc à qualifier le contrat²⁷. Cet exercice préliminaire dessine ses pouvoirs d'intervention. S'agit-il d'un contrat de gré à gré ? Il pourra ordonner son exécution pure et simple ou l'anéantir pour les motifs restreints reconnus par la tradition juridique. Est-ce un contrat d'adhésion²⁸, de consommation²⁹, un bail de logement³⁰, bref un contrat réglementé ? Il pourra ordonner son exécution totale ou partielle, l'anéantir pour des motifs élargis (dont la lésion entre majeurs capables³¹), voire le modifier. La révision judiciaire peut emprunter diverses avenues : par exemple ajouter au contrat des modalités d'exécution³², supprimer des clauses (externes³³, illisibles ou incompréhensibles³⁴, abusives³⁵), ajuster le terme³⁶, le prix³⁷, la garantie³⁸, etc. La qualification a pour effet d'importer dans l'ordre contractuel toutes les dispositions de l'ordre public économique établi par le législateur. La qualification résulte d'un pouvoir d'interprétation, amplifié en quelque sorte par les conséquences de son exercice. Les frontières de l'ordre contractuel sont pendant ce temps ouvertes : saisi de demandes contradictoires en revendication de statut, le juge se fait agent d'immigration.

La deuxième stratégie judiciaire requiert une attitude plus activiste puisqu'elle implique pour le juge de créer des intersections entre des ordres contractuels censément exclusifs et disjoints. Les interventions de l'État, favorables à l'instauration d'une plus grande justice contractuelle (le discours est du moins à cet effet), peut agir sur le juge par l'induction d'effets surdéterminants. Les

²⁷ La qualification peut porter tant sur l'objet du contrat que sur l'identité fonctionnelle des parties.

²⁸ Art. 1379 C.c.Q.

²⁹ Art. 1384 C.c.Q.; *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 1e) et 2 (ci-après, L.P.C.)

³⁰ Art. 1851 - 1892 C.c.Q.

³¹ L.P.C., art 8 ; également à titre d'exemples : art. 1437 – 1901 - 2332 C.c.Q.

³² Art. 2332 C.c.Q. ; L.P.C., art. 107 - 144

³³ Art. 1435 C.c.Q.

³⁴ Art. 1436 C.c.Q.

³⁵ Art. 1437 C.c.Q.

³⁶ Diminuer le terme : art. 1013 – 1197 - 1880 C.c.Q.; prolonger le terme : art. 2332 C.c.Q. ; L.P.C., art.

³⁷ Le plus souvent par la réduction de l'obligation de payer : art. 1407 – 1953 - 2332 C.c.Q.

³⁸ L.P.C., art 34 et s.

territoires contractuels, au départ étanches, se chevauchent quand les juges créent entre eux une bande mitoyenne où règne ce que l'on appelle une nouvelle mentalité juridique, porteuse d'un contenu substantiel. C'est par ces interstices que les obligations implicites ont envahi l'ensemble des territoires, quelle que soit en réalité leur qualification identificatoire. Bien sûr une disposition législative attribue ce pouvoir aux tribunaux³⁹ : malgré son caractère exprès, l'indétermination de son contenu laisse une marge discrétionnaire importante à sa délimitation matérielle. Issues des usages, de l'équité et parfois de la nature même du contrat, des obligations par exemple d'information⁴⁰ et de sécurité⁴¹ s'ajoutent aux clauses explicites des parties, aux règles impératives et supplétives pour circonscrire l'espace contractuel⁴². Même si certains auteurs considèrent qu'une disposition comme l'article 1434 C.c.Q. « n'autorise certes pas le juge à modifier ou réviser le contrat, mais lui donne le pouvoir d'y intégrer ce qui apparaît être équitable »⁴³, nous croyons que l'intervention active du juge ne laisse pas le contrat initial indemne et qu'il a donc fait l'objet d'une modification, qu'il a de ce fait été révisé. C'est par le canal des principes généraux du droit que l'obligation de bonne foi est devenue d'application universelle même avant sa codification⁴⁴. Ce sont les tribunaux qui ont assuré le passage conceptuel entre la bonne foi subjective/croyance erronée et la bonne foi objective/norme de comportement, entre l'état d'esprit purement individuel et le standard social⁴⁵ : sous l'impulsion judiciaire, des devoirs de loyauté, d'honnêteté et de raisonabilité, voire de coopération active, sont venus encadrer les rapports contractuels, quel qu'en soit l'objet, quelles que soient les

³⁹ Art. 1434 C.c.Q. (autrefois, l'article 1024 C.c.B.C.); en France : art. 1135 C.c.fr.

⁴⁰ Une obligation d'information vient se greffer à des contrats de cautionnement, de prêt d'argent, de travail et de services professionnels.

⁴¹ Des obligations de sécurité font ainsi partie des contrats de transport, de services médicaux et sportifs, de vente et de louage.

⁴² Au Québec, un auteur parle déjà en 1965 des obligations implicites comme participant à l'élargissement du cercle contractuel : Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 R. du B. can. 1

⁴³ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *op. cit.*, note 5, p. 418

⁴⁴ Art. 6 – 7 – 1375 C.c.Q.

⁴⁵ Pour une analyse poussée et très éclairante de ces distinctions et transformations : Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1998 ; sur le chevauchement entre les conceptions : Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 377

parties en cause. En quelques décennies au Québec, la bonne foi, qu'on avait longtemps cantonné dans sa seule fonction interprétative, atteint à des fonctions complétive, limitative et adaptative⁴⁶ dans le façonnage de l'ordre contractuel. Ce faisant, l'action judiciaire participe à l'acculturation de la pensée libérale dominante : en empruntant au sous-système moral, les juges défient l'alliance traditionnelle entre les systèmes juridique et économique. Dans cette atmosphère d'émulation, les frontières contractuelles deviennent fatalement poreuses et le juge devient le passeur qui importe, d'une catégorie vers l'autre, ce qu'on pourrait appeler l'ordre public économique judiciaire.

La dernière stratégie repose au contraire sur une partition étanche entre les rôles dévolus à chacun des systèmes. Il s'agit moins de retenue que de retraite judiciaire. Le contrat est un instrument de prévisions, fût-il étalé sur une longue période, fût-il intégré à un vaste conglomerat relationnel, fût-il fondé sur des rapports asymétriques. L'ordre contractuel, toujours soutenu par la doctrine de l'autonomie de la volonté, doit être à l'abri de l'intervention du juge dans ce que l'on appelle par une curieuse coïncidence l'économie du contrat. Le juge doit refuser de combler les lacunes d'un contrat, de pourvoir par exemple à l'indétermination de l'objet de l'obligation, particulièrement du prix. Le juge ne doit pas se substituer aux parties⁴⁷. Le contrat devient-il injuste à la suite de changements incontrôlables dans les conditions économiques ? Le juge doit refuser d'appliquer la théorie de l'imprévision et d'ajuster le contrat en cours d'exécution : « On ne peut pas courir le risque de laisser à la discrétion des tribunaux le choix de solutions qui risquent d'être purement arbitraires et entraîner des effets ... imprévisibles. »⁴⁸ D'autant que le juge ne disposerait pas des outils adéquats, ne serait pas compétent pour évaluer l'effet global de sa décision spéciale⁴⁹ : son intervention pourrait donc conduire à un déséquilibre généralisé. Une injustice ne vaut-elle pas mieux qu'un désordre quand ce qui est

⁴⁶ Brigitte LEFEBVRE, *id.*, p. 91 à 109

⁴⁷ *Id.*, p. 274 - 275

⁴⁸ *Id.*, p. 519

⁴⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, note 6, p. 466

moralement souhaitable devient économiquement dangereux ?⁵⁰ La réponse est claire : « Dans la mesure où, par ses répercussions, un principe général de révision aurait risqué d'accroître l'instabilité économique, il aurait, *de ce seul fait*, cessé de satisfaire l'équité. »⁵¹ Et de conclure : le facteur moral doit être subordonné au facteur économique, la justice à l'utilité.

⁵⁰ Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *op. cit.*, note 12, p. 334 - 335

⁵¹ *Id.*

3. La satellisation d'un système

Le troisième modèle répond des conditions propres à ce qu'il est convenu d'appeler la nouvelle économie, caractérisée par la globalisation des marchés, véhiculée par des multinationales et des oligopoles puissants qui s'adonnent à des activités transfrontalières et souvent virtuelles. Comportant presque toujours des éléments d'extranéité, jouissant de l'extrême mobilité des facteurs de production, déjouant toutes les règles de la transparence par le seul effet de leur complexité structurelle, les entreprises ont des rapports équivoques avec les entités étatiques : d'une part, elles se dénationalisent échappant ainsi à l'influence et au contrôle des institutions publiques ; d'autre part, elles exercent des pressions considérables sur les gouvernements en tenant en joue les économies régionales ou nationales, ne serait-ce qu'en les menaçant d'exode à défaut de déréglementation massive.

Ce mouvement d'autonomisation économique est fortement soutenue par la théorie des jeux, appelée également la théorie des interactions stratégiques⁵², qui tend à expliquer puis à formaliser l'éclosion de l'ordre spontané. Défini comme « les régularités en société, ou les suites d'événements, qui ne sont ni (1) le produit d'une construction humaine délibérée (*deliberate human contrivance*) ... ni (2) ne sont de l'ordre de phénomènes purement naturels »⁵³, cet ordre pourrait agir comme pré-droit ou comme ordre juridique concurrent⁵⁴. Le marché pourrait ainsi se suffire largement à lui-même, y compris dans les domaines où traditionnellement il demandait l'intervention du droit. Le rôle du système juridique se réduit comme peau de chagrin pour devenir purement instrumental, voire symbolique : prendre acte des solutions spontanées, à la limite les énoncer formellement et les garantir⁵⁵.

⁵² Ejan MACKAAY, *op. cit.*, note , p. 55 à 108

⁵³ Définition de Normand P. Barry (« The Tradition of Spontaneous Order », (1982) 5 *Literature of Liberty* 1 – 58) traduite par Ejan MACKAAY, *id.*, p. 56.

⁵⁴ Pour une définition du concept d'ordre juridique : Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91 - 120

⁵⁵ Ejan MACKAAY, *op. cit.*, note , p. 110

Entre les systèmes juridiques nationaux et le système économique supra-étatique, les greffes deviennent ainsi plus difficiles. Les institutions publiques semblent s'agiter en pure perte, comme des électrons fous autour d'un noyau autosuffisant. Le couple économie privée / justice publique est supplanté par le couple économie privée / justice privée. Cette nouvelle structure peut prendre différentes figures : choix des normes juridiques étatiques applicables, adoption d'un système privé de règles comme les Principes UNIDROIT, nomination d'un médiateur ou d'un arbitre privé. Plus encore, l'on voit apparaître des entreprises qui s'imposent dans leurs relations avec leurs partenaires comme des institutions administratives privées, des structures privées de gouvernance : organisées contractuellement mais selon un modèle hiérarchique, ces entités se donnent le pouvoir de créer des normes et de résoudre les conflits sans même l'intermédiaire d'un tiers⁵⁶. Nous sommes ici en présence d'une double inversion puisqu'à la justice privée se joute en quelque sorte un ordre public d'entreprise. C'est la réaction la plus forte du système économique contre l'interventionnisme étatique.

Cet effort de satellisation du droit dans l'organisation socio-économique est renforcée par la démission des juges devant les nouvelles figures du contrat. Que les activités économiques soient nationales ou transnationales, elles sont juridiquement soutenues par des contrats complexes, incomplets, souvent à long terme, formant des groupes et des réseaux d'interdépendance et parfois même de dépendance entre partenaires inégaux. En se déclarant incompetents à combler les lacunes des contrats incomplets, en refusant de se substituer aux parties pour ajuster les contrats à long terme, en se retranchant derrière le voile de l'autonomie des volontés pour rejeter la théorie de l'imprévision, ils ont, soutenus en cela par plusieurs auteurs de la doctrine juridique, fourni des armes aux défenseurs de l'ordre privé spontané.

⁵⁶ Oliver E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism : Firms, Markets, Relational Contracting*, New-York, Free Press, 1985

Selon ce modèle, les frontières de l'ordre contractuel sont purement économiques et totalement hermétiques. Non seulement le juge n'y est guère convoqué, mais on l'accuserait volontiers de voyeurisme, d'intrusion, s'il osait s'y aventurer. Nous croyons cependant qu'il devrait saisir toutes les occasions qui se présentent pour favoriser la réintégration du système juridique : pour cela, il devrait insuffler une nouvelle mentalité ne serait-ce qu'en adoptant la théorie des contrats relationnels de Ian Macneil⁵⁷ et en participant ainsi à l'élaboration et la diffusion d'un corps de règles qui, au-delà des seuls droits nationaux, sont inhérentes aux relations contractuelles.

Certains auteurs se sont employés à définir les paramètres de l'intervention des juges dans les formes contemporaines de contrats. Aux arguments qui voudraient que le juge ne soit pas compétent, qu'il n'ait pas les outils nécessaires⁵⁸ et que, de façon générale, la révision judiciaire ne soit pas économiquement efficiente⁵⁹, ces auteurs répondent qu'il est des cas où l'intervention du tribunal est requise : quand il ressort que, au moment de la formation du contrat, les parties ont omis par inadvertance de fixer un élément important, ou que les coûts pour régler un problème s'avéraient plus élevés que les bénéfices escomptés⁶⁰, ou encore qu'au moment de l'exécution les conditions se sont modifiées au point de détruire l'équilibre initial⁶¹.

Selon certains⁶², tout contrat contiendrait une obligation implicite de renégocier en cas de lacune et d'imprévision. Cette obligation trouve son fondement soit dans la volonté des parties (le contrat contenait une clause que l'une des parties refusent de respecter, ou le contrat était silencieux mais l'intention de renégocier

⁵⁷ Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract : An Inquiry into Modern Contractuals Relations*, New-Haven, Yale University Press, 1980

⁵⁸ Alan SCHWARTZ, "Relational Contracts in the Courts : an Analysis on Incomplete Agreements and Judicial Strategies", (1992) XXI *Journal of Legal Studies* 271 – 318, 272; Robert A. HILLMAN, "Court Adjustment of Long-Term Contracts : an Analysis under Modern Contract Law", (1987) *Duke Law Journal* 1 – 33, 25

⁵⁹ Richard E. SPEIDEL, « Court-Imposed Price Adjustments under Long-Term Supply Contracts », (1981) 76-3 *Northern Univ. L. R.* 369 – 422, 381

⁶⁰ Alan SCHWARTZ, *loc. cit.*, note , 278

⁶¹ Richard E. SPEIDEL, *loc. cit.*, note , 369

⁶² Robert A. HILLMAN, *loc. cit.*, note , 4

est implicitement présente), soit dans une norme objective d'agir de bonne foi pour qu'une partie ne soit pas injustement privée de ses attentes légitimes. Dans tous ces cas, le juge devrait ordonner aux parties de procéder aux ajustements nécessaires et en cas de refus, le juge devrait y procéder lui-même : en s'inspirant des règles de justice ou mieux encore selon les relations que les parties ont déjà entretenues entre elles⁶³.

Comment qualifier ce genre d'intervention à l'intérieur des frontières de l'ordre contractuel économique ? Protectorat, occupation armée, invasion ?

⁶³ Alan SCHWARTZ, *loc. cit.*, note , 275

Conclusion

Les systèmes juridique et économique sont conséquentialistes : c'est là que réside leur portée normative. À cet égard, ce sont des systèmes sociaux concurrents qui s'inscrivent dans la mentalité pluraliste. Ce sont leurs interactions qui nous ont intéressé. Nous avons longtemps cru à l'hégémonie du droit sur les sous-systèmes sociaux normatifs⁶⁴. En nous penchant sur les modèles d'intervention des juges dans le contrat, nous avons compris que leurs visages sont multiples.

⁶⁴ Guy ROCHER,