

L'efficacité du contrat

– une perspective d'analyse économique du droit

Présentation au Colloque « *L'efficacité du contrat* » tenu à la Faculté de droit de l'Université Paul Cézanne-Aix-Marseille, Aix-en-Provence, le 11 juin 2010

Ejan Mackaay¹

Introduction	1
I - La recherche de l'efficacité du contrat par les parties elles-mêmes	2
II – Le rôle de la justice publique dans la recherche de l'efficacité du contrat	5
Conclusion	11

Introduction

Que faut-il entendre par l'*Efficacité du contrat* ? Chez les économistes et dans les écrits de l'analyse économique du droit, le terme *efficacité* est souvent employé comme traduction de *efficiency*. Dans le discours économique, ce terme a un sens technique et s'entend, pour faire court, d'un état de l'économie où aucun réarrangement des ressources ne permettrait d'améliorer le bien-être collectif, tous les gains possibles d'échange ayant été réalisés. En français, on voit employés, pour désigner cette idée, les termes d'*efficience* et d'*efficacité*, l'un et l'autre souvent qualifiés par l'adjectif *économique*, pour bien les distinguer du sens ordinaire des termes².

Comme le colloque ne visait pas à réunir des personnes spécialement intéressées à l'analyse économique du droit, il faut penser que le terme *efficacité* n'est pas visé en ce sens technique mais doit prendre ici son sens ordinaire, qui désigne la qualité de ce qui produit l'effet qu'on en attend. Qu'attend-on du contrat ? Chaque partie entend normalement faire un gain grâce au contrat. L'expérience séculaire des juristes montre cependant qu'une multitude d'« accidents de parcours » risquent d'empêcher cette heureuse issue. Par

¹ Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

² Par exemple, dans Bollée, Sylvain, Yves-Marie Laithier et Cécile Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010.

exemple, une partie peut s'être trompée dans ses prévisions sur l'avenir ou des circonstances imprévues – une catastrophe naturelle, un mouvement subit de prix – peuvent rendre le contrat inintéressant et même préjudiciable pour elle.

Que faire pour empêcher les « accidents de parcours » ou pour en réduire les effets néfastes ? L'initiative, en matière contractuelle, revient au premier chef aux parties elles-mêmes : pour ne pas tomber victimes d'« accidents de parcours », elles peuvent prendre différentes précautions dont l'ultime est de ne pas contracter du tout. Le droit étatique et les organismes qui en assurent le respect, dont, au premier chef, les tribunaux, sont censés soutenir ces efforts, c'est-à-dire contribuer à éviter les « accidents de parcours » ou à en réduire les incidences négatives. On constate cependant que certains acteurs privés – notamment ceux qui rédigent les contrats normalisés – cherchent à éviter le recours aux tribunaux et à façonner à la place des solutions extrajudiciaires qualifiées d'« unilatérales ».

Ce constat paradoxal soulève deux questions :

- Pourquoi ceci arrive ?
- Faut-il s'en inquiéter et, dans l'affirmative, que faire ?

Pour cerner la problématique du point de vue de l'analyse économique du droit³, il paraît opportun d'examiner d'abord la recherche de l'efficacité du contrat par les parties elles-mêmes (I), puis le rôle des tribunaux (la justice publique) dans cette logique (II).

I - La recherche de l'efficacité du contrat par les parties elles-mêmes

En concluant le contrat, chaque contractant cherche à faire un gain. Si cette attente se réalise pour les deux parties, les biens évoluent vers des usages mieux valorisés. Dans une vente, par exemple, l'acheteur valorise l'objet acheté à plus que le prix qu'il a payé, alors que le vendeur le valorise à moins. Les deux gagnent à l'échange. Il en résulte que le contrat apporte, dans le vocabulaire des économistes, un gain au bien-être collectif.

³ Les développements qui suivent sont basés sur Mackaay, Ejan et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2^e éd.) (ci-après Mackaay-Rousseau 2008).

Il n'en va toujours ainsi. Des « accidents de parcours » arrivent. Ils sont d'autant plus probables que les prestations sont séparées dans le temps ou dans l'espace ; que les qualités de l'objet du contrat ne se révèlent pas à la simple inspection, ce qui devient de plus en plus fréquent avec les avances techniques ; que le contrat porte sur une pluralité ou une suite d'objets à produire ou à livrer ; que les parties sont engagées dans un rapport ponctuel plutôt que de longue durée ; que les prestations dépendent d'éventualités incertaines. Une partie peut être victime d'un accident de parcours par suite d'imprévu, parce qu'elle s'est basée sur des informations erronées ou incomplètes en faisant ses prévisions ou qu'elle a fait un mauvais calcul. Elle peut encore être victime du fait que le cocontractant adopte un comportement opportuniste, c'est-à-dire qu'il modifie, par la force ou par la ruse, la répartition normalement prévue des gains conjoints résultant du contrat.

Bien entendu, la possibilité d'« accidents de parcours » est connue depuis la nuit des temps. Chaque partie est normalement sur ses gardes et cherche à éviter d'en être victime en prenant des précautions. Elle peut s'informer sur la réputation du cocontractant ou limiter ses interactions aux membres de groupes qu'elle connaît. Elle peut s'informer sur le produit et sur l'évaluation qu'en font les usagers existants. Elle peut se renseigner sur les conditions du contrat (financement ; garanties) de même que sur les sûretés qu'elle pourrait éventuellement obtenir et sur les sanctions qu'elle peut faire valoir en cas d'inexécution. En outre, elle peut insister pour préciser davantage le contrat, spécifiant ce qu'il advient dans diverses éventualités. Pour ce faire, elle peut souvent faire appel à des modèles de contrat standardisés mis au point par des groupes d'intérêt actifs dans le secteur en question.

Toutes ces précautions sont coûteuses. Combien en prendra le contractant ? Cela dépend des enjeux. Un contrat de consommation justifie moins de précautions que celui qui gouverne la construction du tunnel sous la Manche. D'une manière générale, sont justifiées toutes les précautions dont le coût est inférieur à la réduction du coût des accidents de parcours qu'elles permettent de réaliser. Le coût d'une précaution variera selon les connaissances et les talents de la personne qui les prend ainsi que, par exemple, selon la disponibilité de tiers experts sur qui elle peut se fier.

Le coût d'éventuels « accidents de parcours » variera selon les enjeux du contrat. Il reflète le produit de la probabilité de survenance de l'accident et des

pertes si cela arrive. Suivant ces considérations, un accident occasionnant des pertes de 100 M avec une probabilité de survenance de un sur 100 000 a le même poids que celui qui a une probabilité d'un pour cent de causer une perte de 100 K. Pour le contrat qui gouverne la construction du tunnel sous la Manche, la somme de ces coûts d'accidents potentiels est nettement plus élevée que celle liée à l'achat d'une chemise. Ce dernier contrat justifie donc bien moins de précautions que le premier. Toutefois, quel que soit le contexte, aucun contrat ne justifie des précautions infinies. Pour aucun contrat, il ne vaudra la peine de préciser dans un écrit toutes les éventualités envisageables : à la fin, le coût que cela représenterait ne vaudrait pas la peine. L'idée d'un contrat « complet » est une vue de l'esprit.

Qu'arrive-t-il des « accidents de parcours » dont la partie contractante ne peut, à bon compte, éliminer ou réduire les incidences négatives par des précautions ? Ils représentent le *risque résiduel* que la partie doit assumer, directement ou sous forme d'assurance, en contractant comme elle l'envisage. Ensemble le coût des précautions et le coût du risque résiduel constituent les *coûts de transaction* liés au contrat envisagé. Chaque partie n'acceptera de le conclure que si le gain prévu est suffisant pour couvrir les coûts de transaction.

De ce qui précède il s'ensuit que plus les coûts de transaction sont importants, plus se rétrécira l'éventail de transactions qu'un acteur jugera viables. On a donc intérêt, individuellement et collectivement, à chercher à réduire les coûts de transaction. Cela peut se faire par des avances techniques, organisationnelles ou juridiques.

Au cours de l'histoire, de nombreuses organisations ou groupes ethniques ont pu contribuer, intentionnellement ou non, à la réduction des coûts de transaction, en créant, entre certains acteurs, des réseaux de confiance qui assurent l'exécution des contrats⁴ ; on peut citer, à titre d'exemples, les guildes de marchands⁵, les réseaux de marchands chinois hors de Chine⁶, les

⁴ Mazé, Armelle et Claude Ménard, « Private ordering, collective action, and the self-enforcing range of contracts », (2010) 29 *European Journal of Law and Economics* 131-153, à la p. 148.

⁵ Voir Greif, Avner, *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 91-123 ; Greif, Avner, *Informal Contract Enforcement: Lessons from Medieval Trade*, dans: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 2, Peter Newman (dir.), London, MacMillan, 1998, pp. 287-295, à la p. 293; Ogilvie, qui a amplement étudié le fonctionnement des guildes, démontre cependant que elles sont loin de produire tous les bienfaits réclamés pour elles : Ogilvie, Sheilagh, « Guilds, Efficiency, and Social Capital: Evidence from German Proto-Industry », (2004) 57 *Economic History Review* 286-333; Ogilvie, Sheilagh, *The Use and Abuse of Trust:*

marchands de diamants à Anvers et à d'autres endroits⁷.

En examinant si un contrat vaut la peine d'être conclu, une partie prend en considération les moyens de pression qu'elle pourra déployer advenant que l'autre partie n'exécutera pas sa prestation comme il faut. Elle peut aussi substituer un moyen de précaution à un autre : ils sont, en quelque sorte, en concurrence dans l'esprit du contractant. L'ultime précaution est, comme nous l'avons relevé, de ne pas contracter du tout.

Ces moyens peuvent être juridiques autant que non juridiques. On déploie d'abord le moyen de précaution, ou la combinaison de moyens, dont le ratio coût-avantage (ou coût-efficacité) est le plus intéressant. Lorsque les coûts et l'efficacité relative des moyens de pression ou de sanction changent, les acteurs modifieront l'ordre dans lequel ils y feront appel.

Chaque partie cherche ainsi à maximiser son gain en réduisant le plus possible les coûts de transaction. En négociation, les deux parties doivent être présumées arriver au meilleur arrangement envisageable pour les deux en même temps. La justice publique peut-elle améliorer les choses ? C'est ce que nous devons examiner maintenant.

II – Le rôle de la justice publique dans la recherche de l'efficacité du contrat

La justice publique contribue utilement à la réduction des coûts de transaction associés à l'exécution du contrat, et donc à l'élargissement du cercle

Social Capital and Its Deployment by Early Modern Guilds, dans: *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 2005/1 Trust/Vertrauen*, Josef Ehmer, Rainer Fremdling et Hartmut Kaelble (dir.), Berlin, Akademie Verlag, 2005, pp. 15-52 ; Ogilvie, Sheilagh, *Can we rehabilitate the guilds? A sceptical re-appraisal*, rapport, Cambridge working papers in economics 0745, 2007, <http://www.econ.cam.ac.uk/dae/repec/cam/pdf/cwpe0745.pdf> .

⁶ Landa, Janet T., « A Theory of the Ethnically Homogeneous Middleman Group: An Institutional Alternative to Contract Law », (1981) 10 *Journal of Legal Studies* 349-362 ; Landa, Janet Tai, *Trust, Ethnicity, and Identity: Beyond the New Institutional Economics of Ethnic Trading Networks, Contract Law, and Gift-Exchange*, Ann Arbor, Mich., University of Michigan Press, 1994.

⁷ Richman, Barak D., Ethnic Networks, Extra-Legal Certainty and Globalisation: Peering into the Diamond Industry, dans: *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*, Volkmar Gessner (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 31-47 ; Bernstein, Lisa, « Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry », (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 115-157.

des contrats viables, si elle réduit ces coûts en deçà de ce que les parties elles-mêmes pouvaient atteindre et à un coût inférieur à cette réduction⁸. Ce pourrait être le cas lorsque l'État a un avantage comparatif sur les particuliers, notamment en raison de rendements d'échelle auxquels il aurait accès dans le système de la justice publique. Bien entendu, ce test doit être appliqué à l'échelle de l'ensemble des contractants potentiels soumis à la justice publique plutôt que contrat par contrat.

Si ces conditions sont satisfaites, les acteurs privés peuvent faire entrer le recours à la justice publique pour assurer le respect de leurs contrats au sein de l'arsenal de « remèdes » assurant la viabilité du contrat. L'avantage comparatif de la justice publique pourrait alors permettre aux acteurs privés d'abandonner des moyens privés de précaution plus coûteux, donc de « baisser leur garde ». L'importance de ce changement est illustré par Greif, qui fait la comparaison entre la France et l'Angleterre du 13^e-14^e siècle, avec leurs systèmes de justice unifiés, et les villes commerçantes italiennes, qui n'en avaient pas et où les guildes de marchands devaient assurer le respect des engagements⁹.

La justice publique, même si elle a le monopole de la contrainte, est en concurrence, pour les acteurs privés, avec d'autres moyens auxquels ils peuvent avoir recours pour assurer le respect de leurs droits, contractuels ou autres¹⁰. Il est donc intéressant de s'interroger sur les coûts associés au respect des contrats par la justice publique. Pour les tribunaux, ces coûts comportent :

- le coût de la procédure (y compris les règles de preuve et la présence d'avocats)
- le coût des décisions erronées
- le coût des délais de justice
- le coût de l'accès au droit (trouver les règles, les décisions pertinentes)

⁸ Dans la terminologie de Mackaay-Rousseau 2008, n° 1333, p. 373, c'est le *test de Wittman*.

⁹ Greif, Avner, *Informal Contract Enforcement: Lessons from Medieval Trade*, dans: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 2, Peter Newman (dir.), London, MacMillan, 1998, pp. 287-295, à la p. 293. Voir aussi Greif, Avner, *Commitment, coercion, and markets: The nature and dynamics of institutions supporting exchange*, dans: *Handbook of New Institutional Economics*, Claude Ménard et Mary M. Shirley (dir.), Boston, Springer, 2005, pp. 727-786.

¹⁰ Dans le même sens: Richman, Barak D., « Firms, courts and reputation mechanism: Towards a positive theory of private ordering », (2005) 104 *Columbia Law Review* 2328-2368.

Si ces coûts évoluent de manière désavantageuse par rapport à d'autres « remèdes » auxquels l'acteur privé peut avoir recours, la justice perd progressivement son avantage comparatif. Il faut alors s'attendre à ce que les acteurs privés modifient leurs choix, ce qui provoquerait un déplacement de la demande, pour emprunter le vocabulaire des économistes, vers d'autres façons de contracter ou de faire respecter les engagements. L'anglais emploie, pour désigner ce changement, la délicate expression voulant que la justice publique « *prices itself out of the market* ». Les acteurs privés se rabattent alors sur des « remèdes » privés qu'on peut qualifier de formes de *self-help*. Les remèdes privés (le *self-help*) peuvent être juridiques (clauses contractuelles excluant le recours aux tribunaux, par exemple par l'octroi de pouvoirs unilatéraux à l'une des parties ou par l'appel à des tiers) ou non juridiques (par exemple le verrouillage technique de produits ou de services).

Le droit doit-il soutenir des formes de *self-help*? À première vue, une réponse négative semblerait s'imposer dans la mesure où la justice privée est associée à de coûteux cycles de vengeance¹¹ ou courses aux armements¹². Pour des exemples près de nous, on pourrait penser au verrouillage des logiciels au cours des années 1990, qui n'a fait que provoquer des efforts de développer des logiciels de déplombage ; ou encore aux initiatives visant à protéger les œuvres culturelles contre le piratage en ligne par des clôtures techniques, chaque réalisation étant contrée par des efforts redoublés de la communauté des *hackers* de la contourner¹³.

Le droit peut alors intervenir pour mettre un terme à cette course aux

¹¹ Epstein, Richard A., « The Theory and Practice of Self-Help », (2005) 1 *Journal of Law, Economics & Policy* 1-32, à la p. 24.

¹² Voir Downs, George W., David M. Moore et Randolph M. Siverson, Arms Races and Cooperation, dans : *Cooperation under Anarchy*, Kenneth A. Oye (dir.), Princeton, Princeton University Press, 1986, pp. 118-146; Kydd, Andrew H., « Game Theory and the Spiral Model », (1997) 49 *World Politics* 371-400; Elster, Jon, *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 319-326.

¹³ Voir Lichtman, Douglas, « How the Law Responds to Self-Help », (2005) 1 *Journal of Law, Economics & Policy* 215-257, à la p. 27, qui relève le succès très mitigé du *Digital Millennium Copyright Act*, (devenu l'art. 1201 (a)(1)(a) du *Copyright Act*, c. 17 *United States Code*) adopté par les Etats-Unis en 1998, pour se conformer au *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, adopté le 20 décembre 1996. Sur les effets néfastes du verrouillage technique réalisé à l'aide des données numériques (DRM ou *digital rights management*), voir lecture dévastatrice que fait de cette mesure la *Electronic Frontier Foundation* : <http://www.eff.org/issues/drm> .

armements¹⁴. Cette intervention a cependant ses limites, car l'interdiction de moyens de *self-help* édictée par le droit risque souvent de déplacer les acteurs vers d'autres terrains d'affrontement. En outre, les efforts déployés dans le jeu d'action-réaction peuvent avoir des retombées positives intéressantes. On peut penser que les réseaux de partage qu'on a vu apparaître sur l'internet, comme Facebook, Twitter, Youtube, Wikipedia doivent quelque chose aux efforts acharnés d'une communauté d'internautes pour éviter le verrouillage de l'information. Enfin, l'interdiction de moyens de *self-help* peut avoir par ricochet des effets négatifs et perturber le rapport entre les parties. Laquelle faut-il alors favoriser ?

L'exemple du franchisage peut servir d'exemple. Des chercheurs américains ont mené une étude empirique à travers les États des Etats-Unis pour déterminer le rapport entre les règles restreignant la réglementation du contrat de franchisage et la présence d'entreprises franchisées dans l'État¹⁵. La franchise établit un rapport de confiance entre le franchiseur, qui fournit la formule et la réputation de la chaîne, et le franchisé, qui fournit ses propres efforts et la connaissance de la clientèle locale. Des deux côtés, il y a un potentiel d'opportunisme : le franchisé pourrait resquiller sur la valeur de la chaîne, en négligeant par exemple de maintenir les normes de qualité qui y sont associées. Le franchiseur pourrait agir de manière opportuniste en essayant de mettre la main sur l'entreprise franchisée qui marche particulièrement bien. La difficulté est que ces formes d'opportunisme sont souvent difficiles et, surtout, coûteuses à prouver en cour. Le franchiseur, en particulier, veut pouvoir réagir rapidement contre le resquillage. Pour cette raison, il cherchera à insérer dans le contrat des clauses lui laissant une marge de discrétion pour mettre fin au contrat sans être obligé d'avoir recours aux tribunaux, avec le fardeau de preuve qui y est associé. Il s'agit d'un pouvoir « unilatéral ». Cela peut avoir un effet

¹⁴ Lichtman 2005, à la p. 235. Voir aussi Dam, Kenneth W., « Self-Help in the Digital Jungle », (1999) 28 *Journal of Legal Studies* 393-412; Dam, Kenneth W., Self-Help in the Digital Jungle, dans: *Expanding the Boundaries of Intellectual Property : Innovation Policy for the Knowledge Society*, Rochelle Cooper Dreyfuss, Diane Leenheer Zimmerman et Harry First (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 103-122.

¹⁵ Klick, Jonathan, Bruce H. Kobayashi et Larry E. Ribstein, *The Effect of Contract Regulation: The Case of Franchising*, George Mason Law & Economics Research Paper No. 07-03; FSU College of Law, Law and Economics Paper No. 07/001, 2007, <http://econfaculty.gmu.edu/pboettke/workshop/spring08/FranJLErev1-15.pdf>.

dissuasif pour discipliner l'autre partie : la clause jette son ombre¹⁶. Cela peut cependant aussi ouvrir la porte à des abus.

Les législateurs étatiques et fédéral ont réagi aux allégués abus de ces clauses en les réglementant. Si les clauses servent à contrôler l'opportunisme du franchisé, on devrait observer que cette réglementation entraîne une réduction du nombre d'opérations de franchisage. Si ces nouvelles règles ne visaient, au contraire, à contrôler la mainmise des franchiseurs sur les bénéficiaires des entreprises franchisées particulièrement profitables, on ne devrait pas observer un tel effet. Les franchiseurs pourraient augmenter leurs profits en multipliant le nombre de franchises.

Qu'observent les chercheurs ? L'imposition de droits pour le franchisé en face d'une clause de terminaison unilatérale a en soi peu d'effets ; elle réduit cependant l'emploi dans les opérations franchisées, lorsqu'elle est combinée avec l'interdiction pour le franchisé de renoncer à ces droits et avec des restrictions de la liberté de contourner ces règles par le choix du droit ou du forum applicable (d'un autre État, par exemple). Cet effet n'est pas compensé par une éventuelle augmentation du nombre de franchises gérées par le franchiseur directement, qui aurait pour effet de maintenir les revenus du franchiseur. Ces effets négatifs sont particulièrement aigus dans l'État d'Iowa, dont la législation comporte non seulement les restrictions évoquées, mais aussi un délai de grâce obligatoire pendant lequel le franchisé peut réparer les torts que le franchiseur lui reproche¹⁷.

Bien sur, il s'agit d'une étude américaine et l'on ne peut tenir pour acquis sans plus que ses conclusions s'appliquent telles quelles ailleurs. Il nous paraît néanmoins permis de conclure que le droit doit non pas contrer le self-help à tout prix, mais au contraire le soutenir modestement, jusqu'à la limite des cas d'abus flagrant¹⁸ et de ceux où il risque de conduire à des affrontements

¹⁶ Sepe, Simone M., *Good Faith and Contract Interpretation: A Law and Economics Perspective*, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 10-28; Siena Memos and Papers in Law & Economics - SIMPLE Paper No. 42/06 2010; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=108632, à la p. 37.

¹⁷ Klick et al. 2008.

¹⁸ Position que paraît aussi adopter Mazeaud, en commentant la jurisprudence récente de la Cour de cassation française : Mazeaud, Denis, *Le droit des obligations et l'efficacité économique*, dans : *L'efficacité économique en droit*, Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier et Cécile Pérès (dir.), Paris, Economica, 2010, pp. 67-87, pp. 74-75, no 11.

physiques ou mènerait à des spirales dégradantes d'action-réaction¹⁹. Dans certains cas, un premier recours aux mesures de *self-help* serait même une condition de l'exercice d'un droit en justice, comme c'est le cas de la protection du secret commercial en droit américain et dans les droits d'inspiration britannique.

Quelles autres mesures sont envisageables devant la dégradation relative de l'avantage comparatif de la justice publique pour faire respecter les droits ? On peut envisager la cour des petites créances, où le coût est réduit par une procédure simplifiée, souvent sans la présence d'avocats et moyennant un rôle plus actif du juge. En outre, on peut tenter d'atteindre des rendements d'échelle dans les poursuites, en permettant le recours collectif (*class action*) connu dans plusieurs pays, dont le Canada, y compris le Québec²⁰, et pour lequel un plaidoyer a été présenté en France récemment²¹. On peut envisager la possibilité d'octroyer des dommages exemplaires (*punitive damages*), également connus au Québec²², dans l'optique de rendre la justice publique plus accessible²³.

Ces correctifs ne sont forcément que partiels. Hadfield, dans plusieurs études, estime qu'ils ne répondent pas au problème fondamental, qui est, à ses yeux, que le droit et les tribunaux restent pris dans un mode de production artisanale, qui devient de plus en plus verbeux et touffu²⁴. L'arbitrage succomberait, à son tour, à ce mal. Elle propose d'explorer des façons privées et

¹⁹ Epstein 2005, 27.

²⁰ Livre X, art. 999 s, Code de procédure civile du Québec, L.R.Q. c. C-25.

²¹ Deffains, Bruno, Myriam Doriat-Duban et Éric Langlais, *L'économie des actions collectives*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

²² Voir l'article 1621 du Code civil du Québec. La législation québécoise permet de tels dommages à divers endroits, par exemple pour la violation intentionnelle de droits fondamentaux énoncés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c. C-12, art. 49 et dans le cas de violation de dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ c. P-40.1, art. 272.

²³ Voir Mackaay-Rousseau 2008, p. 353 s., nos 1263 s.

²⁴ Hadfield, Gillian K., The Many Legal Institutions that Support Contractual Commitments, dans: *Handbook of New Institutional Economics*, Claude Ménard et Mary M. Shirley (dir.), Berlin-Dordrecht-Boston, Springer, 2005, pp. 175-204; Hadfield, Gillian K., The Public and the Private in the Provision of Law for Global Transactions, dans: *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges* Volkmar Gessner (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 238-256; Hadfield, Gillian K., Law for a Flat World: Legal Infrastructure and the New Economy, rapport, USC CLEO Research Paper No. C10-7; USC Law Legal Studies Paper No. 10-8, 2010 ; <http://law.bepress.com/usclwps/lewpws/art114>.

concurrentielles de faire créer du droit. Cela irait, à ses yeux, dans le sens de la dynamique de globalisation, où le droit devient de plus en plus contractuel et détaché de l'ancrage national.

Conclusion

Le paradoxe à l'origine de cet article est que, alors que les tribunaux devraient être l'institution fondamentale assurant le respect des contrats, les parties contractantes semblent de plus en plus vouloir s'en détourner. Pour aborder la problématique, nous avons fait appel à l'*analyse économique du droit*, qui propose une approche fonctionnelle au droit et juge les règles par leurs effets.

La perspective économique proposée ici voit les tribunaux, malgré le monopole de la contrainte, comme un moyen parmi d'autres à la disposition des contractants pour assurer l'exécution du contrat. La justice publique est en concurrence avec d'autres moyens, ce qui veut dire que, lorsque son prix augmente, la demande diminue, les usagers se tournant alors vers d'autres moyens. Le coût de l'accès aux tribunaux comprend le coût de la procédure (y compris la preuve), le coût des décisions imprévisibles ou erronées, le coût des délais et le coût de trouver le droit. Sur tous ces volets, on peut penser que la justice publique a vu récemment augmenter ses coûts, expression peut-être de que une auteure a appelé le mode de production artisanal du droit.

Il ne faut pas s'étonner que, devant cette évolution, les acteurs privés se tournent vers des voies privées de justice. Le droit devrait prudemment soutenir ce mouvement, dans les limites de l'abus manifeste ou de la dérive vers des vengeances privées ou des affrontements physiques. On peut, en outre, rechercher des innovations dans les procédures de la justice publique qui en réduisent le coût ou qui donnent accès aux rendements d'échelle. Au-delà de ces approches immédiates, on peut se demander dans quelle mesure sont envisageables des modes moins artisanaux de produire le droit. C'est là un des défis du XXI^e siècle pour les juristes !