

Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : variations et mutations*

Louise ROLLAND**

Résumé

*La comparaison proposée entre les Principes d'UNIDROIT et le droit contractuel du Québec s'articule autour de deux axes. Le premier amène l'auteure à déduire des dispositions des deux instruments juridiques que, s'il existe entre eux une fondation commune basée sur l'équilibrage entre les principes de liberté et de justice contractuelles, leurs moyens respectifs de mise en œuvre s'inscrivent sur une échelle graduée en **variations**. Le second permet à l'auteure d'induire des deux instruments – à partir de leur capacité de répondre aux réalités contractuelles contemporaines – une **mutation** de la théorie classique des contrats, fondée sur une conception transactionnelle des échanges économiques, vers une théorie générale fondée sur une conception relationnelle des rapports.*

Abstract

*The comparison between the UNIDROIT Principles and the Quebec contract law hinges on two main lines. The first one leads the author to the conclusion, based on the provisions of the two legal tools, that, if there is indeed a common foundation based on a balancing between the principles of contractual liberty and justice, their respective means of implementation must be articulated on a scale of **variations**. The second one makes it possible for the author to infer, based on both instruments – and more specifically on their capacity to correspond to modern contractual situations – a **mutation** from the classical theory of contracts, based on the transactional nature of trade, towards a general theory based on the relational nature of exchanges.*

Nous avons déjà amorcé une réflexion autour d'une comparaison entre le Code civil du Québec et les Principes d'UNIDROIT, mais cette comparaison se tenait à la périphérie d'une autre problématique de recherche : Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », (1999) 44 *McGill L.J.* 903.

** Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Plan de l'article

Introduction	587
I. Les variations substantielles	588
II. Les mutations théoriques	594
Conclusion	607

Un dicton français du XIII^e siècle nous met en garde : « Comparaison n'est pas raison ». Dans le discours, la comparaison est une figure de rhétorique qui s'établit soit explicitement par des termes de liaison – comme, tel, plus, moins, mieux, pire... –, soit plus subtilement par l'intermédiaire d'autres figures – l'allusion, l'image, la métaphore, le contraste, l'antithèse. Mais figure de rhétorique, elle ne saurait constituer en elle-même un argument valable, une preuve.

La comparaison met en rapport deux objets qui, sous son impulsion, *s'inter-évaluent* sous les yeux de l'observateur : « La plupart des choses ne sont bonnes ni mauvaises que par comparaison ».

Or l'observateur n'est pas un agent neutre. À cause des choix qu'elle implique, toute comparaison est donc hasardeuse. Proposer une comparaison entre des objets identiques est un exercice stérile. L'observateur doit présupposer des différences entre les éléments, différences qu'il peut choisir d'atténuer en mettant l'accent sur les ressemblances ou d'exacerber en mettant, au contraire, l'accent sur les écarts. L'observateur construit la comparaison qui jamais ne s'impose d'elle-même.

Celle que je propose entre les Principes d'UNIDROIT¹ et le *Code civil du Québec* est double; je l'ai en effet construite en termes d'abord de variations, ensuite de mutations. Les concepts de variation et de mutation font tous les deux appel à des changements, modifications, fluctuations, dispersions, conversions, mais sans être synonymes. L'un et l'autre comportent un terme qui constitue le point d'appel, le pivot, une souche originaire donc, dont l'autre terme s'écarte. La variation vit de cette souche originaire qui doit subsister. La mutation impose au contraire la séparation entre la souche originaire et une nouvelle créature. Les deux éléments peuvent continuer de coexister, mais sans jamais plus s'amalgamer; le mouvement de transformation est alors irréversible.

¹ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994; ces Principes sont disponibles à : [<http://www.unidroit.org/french/principles>] (ci-après cités « Principes d'UNIDROIT »).

Cela étant, entre le *Code civil du Québec* et les Principes d'UNIDROIT, variations et mutations ne peuvent, sous peine d'éclatement notionnel, porter exactement sur le même objet, suivre la même trajectoire. Au-delà des différences structurelles entre ces deux instruments juridiques, les variations inscrivent la comparaison dans la substance même des règles (I), alors que les mutations s'opèrent davantage dans la théorie susceptible de les systématiser (II).

I. Les variations substantielles

Le droit des contrats a subi, au cours des dernières décennies, des transformations profondes allant de la liberté et du volontarisme absolus vers une moralité, une recherche d'équité et de justice, sous l'emprise du droit objectif. Ces bouleversements, qu'ils soient issus de l'intervention judiciaire ou législative, seraient, selon Jacques Mestre, « des évolutions d'ores et déjà achevées »², « un phénomène acquis, d'ores et déjà accompli »³. En effet, les juristes ont maintenant le réflexe d'adosser, souvent d'opposer, la liberté contractuelle à la justice contractuelle. La comparaison des règles substantielles du *Code civil du Québec* et des Principes d'UNIDROIT peut répondre de cette structure. Dans l'un et l'autre ordre, le droit contractuel plante ses racines dans la liberté individuelle et l'autonomie de la volonté, souche originaire à laquelle la moralité se greffe en variations, peut-être moins de fins que de moyens.

Le droit contractuel soutient les besoins humains d'échanges économiques. En soi pourtant, les conventions pourraient être libres, s'incarner dans la seule sphère privée, à l'abri du regard politique autre que celui qui vient consacrer leur force exécutoire : ce serait là la meilleure réponse du système juridique selon les exigences du libéralisme économique, les règles du marché, la doctrine du « laissez-faire et laissez-passer ». À l'époque des grandes codifications, au Québec comme en France, le volontarisme et le libéralisme imprégnaient si parfaitement les mentalités qu'ils *allaient sans dire*⁴.

² Jacques MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », dans *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Paris, P.U.F., 1986, p. 42.

³ *Id.*, p. 43.

⁴ Par exemple, au Québec : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le Code civil » de Frédéric Moulton, avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 6, Montréal, L.D.J., 1902, p. 181; par

Ces principes, bien sûr, demeurent. Selon l'article 1378 C.c.Q., le contrat est un accord de **volonté**...; selon l'article 1.1 des Principes d'UNIDROIT, les parties sont **libres** de conclure un contrat et d'en fixer le contenu. Selon l'article 1385 C.c.Q., le contrat se forme par le seul échange de **consentement** et, selon l'article 1386, l'échange de **consentement** se réalise par la manifestation de la **volonté** d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne, une offre de contracter étant, au sens de l'article 1388 C.c.Q., la proposition qui indique la **volonté** de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Selon l'article 2.1 des Principes, le contrat se conclut par l'acceptation d'une offre, offre qui est, selon l'article 2.2, une proposition qui indique la **volonté** de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Le report exprès du principe philosophique de l'autonomie de la volonté ne fait pas de doute dans l'un et l'autre ordre, principe appuyé fermement par le règne du consensualisme, que l'on consacre expressément tant à l'article 1385 C.c.Q. qu'à l'article 1.2 des Principes.

Les parties au contrat peuvent déroger aux règles substantielles tant du Code civil⁵ que des Principes d'UNIDROIT⁶, qui ne sont que supplétives de **volonté**.

Voilà la souche maîtresse des deux instruments juridiques, qui ajoutent à l'unisson la limite de l'ordre public : les libertés individuelles sont donc balisées par des règles impératives supérieures, qui pénètrent verticalement les arrangements privés et qui sont indérogeables. Aux valeurs individualistes des modernes, s'ajoutent donc des valeurs sociales qui tendent à pondérer les forces en présence, à réconcilier les intérêts particuliers et l'intérêt général. À cet égard, le XX^e siècle a été le théâtre d'un affrontement d'idées irréconciliables : dans un premier temps, l'on affirmait que la liberté individuelle était, par principe, garante de l'égalité et de la justice sociale; dans un deuxième temps, l'on reconnaissait que la justice socialement et juridiquement imposée, était, en réalité, garante de la liberté et de l'égalité individuelles. En effet, la liberté contractuelle

exemple, en France : Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Les obligations*, Paris, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1897, p. 5.

⁵ Art. 9 C.c.Q.

⁶ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, art. 1.5.

avait, sous la loupe des études empiriques, dévoilé sa face cachée : le libéralisme et le volontarisme engendraient la vulnérabilité, la dépendance et le déséquilibre. L'idée de justice et de moralité contractuelles devait gagner du terrain à travers l'élargissement de l'ordre public, qu'il soit de direction ou de protection.

Nous sommes maintenant en présence d'un nouvel équilibre, partagé par le *Code civil du Québec* et les Principes d'UNIDROIT comme l'a admirablement démontré le professeur Paul-André Crépeau avec la collaboration d'Élise Charpentier⁷.

Dans les deux cas, l'ordre public encadre, limite, domine les volontés individuelles : l'article 9 C.c.Q. le prévoit expressément, de même que l'article 1.4 des Principes, qui ajoute, dévoilant ainsi sa vocation particulière, qu'il peut s'agir de règles impératives nationales, internationales ou supranationales.

Au cœur de cette armature figure un concept flou, au contenu fluctuant : la bonne foi. Principe général jadis, norme positive maintenant, la bonne foi s'impose aux parties qui ne peuvent en exclure ni en limiter les exigences : les articles 6 et 1375 du *Code civil du Québec*, comme l'article 1.7 des Principes d'UNIDROIT, le prévoient expressément.

Cette règle de conduite a été reçue au Québec avec beaucoup d'éclat : véritable rupture historique et révolution idéologique selon certains; selon d'autres, pérennité traditionnelle d'un principe intemporel, universel et immuable qui a préexisté à tout rapport conventionnel⁸. Elle peut surprendre encore plus dans les Principes d'UNIDROIT qui constituent un ordre juridique privé, choisi par les parties et destiné à gérer des rapports exclusivement commerciaux et internationaux : quiconque adopte les Principes, sans doute pour leur commodité, s'impose à lui-même une moralité.

En ce sens, le *Code civil du Québec* et les Principes d'UNIDROIT relèvent de la même mentalité et les variations que j'ai annoncées

⁷ Paul-André CRÉPEAU, avec la collaboration d'Élise CHARPENTIER, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé et Carswell, 1998.

⁸ Robert-Joseph POTHIER, *Oeuvres de Pothier : annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 2, 2^e éd. par Jean-Joseph BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, 1861, p. 20 et 21.

tiennent davantage à la cohérence interne des ramifications de la bonne foi dans l'un et l'autre ordre. Alors que la bonne foi tisse une toile étanche dans les Principes d'UNIDROIT, une maille file dans le *Code civil du Québec* qui en distend la trame et met la chaîne à nu.

Ainsi, on s'entend pour affirmer que la bonne foi constitue la source de l'obligation d'information. L'article 3.5 des Principes prévoit expressément qu'il est contraire aux exigences de la bonne foi en matière commerciale de laisser un contractant dans l'erreur alors qu'on en connaît ou qu'on aurait dû en connaître l'existence. De la même manière, commet un dol par réticence selon l'article 3.8, celui qui, contrairement aux exigences de la bonne foi en matière commerciale, a omis frauduleusement de faire part à l'autre contractant de circonstances particulières qu'il aurait dû révéler. Ce lien entre la transmission des informations et l'obligation de bonne foi n'est pas expressément établi par les articles 1400 et 1401 C.c.Q.; les tribunaux l'ont cependant inféré. En bout de ligne, variations de moyens, identité de résultat.

Ces variations de moyens et de résultats sont plus évidentes encore dans le traitement que l'un et l'autre instrument réserve à la lésion. L'article 1406 C.c.Q. définit bien la lésion comme une disproportion importante entre les prestations résultant de l'exploitation de l'une des parties au contrat par l'autre, exploitation qui se présume sur la preuve de la disproportion. Cette définition, il faut en convenir, n'établit pas une formule bêtement mathématique fondée sur la commutativité objective; elle retient un élément subjectif, non pas l'effet sur la victime, mais bien l'attitude de l'abuseur. La lésion s'affirme également, à l'article 3.10 des Principes, comme un avantage excessif injustement accordé par le contrat ou par une clause à l'une des parties. Pour en juger, l'arbitre pourra tenir compte que la partie avantagée peut ainsi avoir profité, d'une manière déloyale, de certaines circonstances objectives comme l'état de dépendance de l'autre partie, sa détresse économique, l'urgence de ses besoins, mais également de certaines circonstances subjectives comme son imprévoyance, son ignorance ou son inaptitude à la négociation. Ici aussi l'on condamne la malhonnêteté, la déloyauté, le fait d'abuser, bref l'exploitation. Identité de définition et de conditions d'application.

Variations du champ d'application. Ainsi, l'arbitre qui applique les Principes d'UNIDROIT pourra annuler tout contrat, ou l'une de ses clauses, pour cause de lésion; il pourra également l'adapter afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale⁹. Déjà, cette liaison de finalité entre la bonne foi et la sanction de la lésion est explicitement absente du *Code civil du Québec*. L'écart se creuse plus encore sur l'étendue du pouvoir d'intervention du juge québécois qui fut modelé au rythme d'une régression continue.

Rappelons qu'au Québec, les membres de l'Office de révision¹⁰ avaient d'abord proposé la réception générale de la lésion comme cause de nullité¹¹. Sous l'effet des pressions de certains groupes, l'on avait ensuite fermé ce recours aux personnes morales et aux personnes physiques qui contractaient pour les fins de leur entreprise¹² : c'est là curieusement le domaine exclusif d'application des Principes d'UNIDROIT¹³. La rupture fut complète quand on ramena son champ d'application aux seuls incapables et, à l'égard des majeurs capables, aux seuls cas expressément reconnus par la loi¹⁴.

On doit regretter ce délestage qui laisse, dans le *Code civil du Québec*, une définition presque totalement dépourvue d'objet, alors qu'elle aurait dû fédérer plusieurs autres règles. Le législateur québécois a en effet choisi d'ancrer la moralité contractuelle dans

⁹ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, art. 3.10.

¹⁰ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit des obligations, *Rapport sur les obligations*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1975, p. 76.

¹¹ *Projet de Code civil*, art. V-37; *Commentaires – O.R.C.C.*, vol. II, t. 2, p. 614 et 615.

¹² Art. 1449 de l'avant-projet.

¹³ Préambule des Principes d'UNIDROIT, al. 1 : «Les Principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international».

¹⁴ Art. 1405 C.c.Q. Pour l'historique de ces modifications : P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER (coll.), *op. cit.*, note 7, p. 84-110.

des régimes particuliers, par l'identification des lieux de vulnérabilité : régimes d'incapacité¹⁵, contrats d'adhésion et de consommation¹⁶, contrats de louage d'un logement résidentiel¹⁷, vente d'immeuble à usage d'habitation par un promoteur ou un constructeur à une personne physique¹⁸, renonciation au partage du patrimoine familial¹⁹ ou des acquêts²⁰, prêt d'argent²¹, clauses pénales²², quittances ou transactions consenties par la victime d'un préjudice corporel ou moral²³. Cette dispersion pose cependant deux problèmes de cohérence. Cohérence conceptuelle d'abord, car la terminologie utilisée – lésion, abus, préjudice important – est disparate et risque d'appeler des sens différents et des distinctions de degré. Cohérence matérielle ensuite, car ces régimes particuliers résistent, malgré leur finalité commune, à toute systématisation catégorielle : parfois le statut juridique (personnes physiques/personnes morales; incapables/capables), parfois les fonctions économiques des actants (consommateurs/commerçants ou entrepreneurs), parfois leur niveau de connaissances réelles ou présumées (profanes/professionnels), parfois leurs comportements contractuels (adhérents/stipulants), parfois encore leur rôle respectif dans l'arène juridique (victimes/auteurs de la faute ou leur assureur).

¹⁵ Les incapables, les mineurs (art. 153 et suiv. C.c.Q.) et les majeurs inaptes (art. 256 et suiv. C.c.Q.), sont protégés contre la lésion, alors conçue subjectivement selon la définition de l'article 1406, al. 2 C.c.Q.

¹⁶ Les contrats d'adhésion et de consommation sont respectivement définis aux articles 1379 et 1384 C.c.Q. et particulièrement réglementés aux articles 1435, 1436 et 1437 C.c.Q., sans compter la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1. Notons que les contrats d'adhésion et de consommation constituent en nombre la plus grande partie des échanges économiques et l'on affirme même que 99% des contrats répondent de cette qualification : W.D. SLAWSON, « Standard Form Contract and Democratic Control of Law Making Power », 84 *Harv. L. Rev.* 521, 529 (1970-71); cette affirmation doit cependant être nuancée si l'on exclut de la chaîne économique sa dernière phase, celle du transfert des biens et services aux particuliers.

¹⁷ Art. 1892 et suiv. C.c.Q.

¹⁸ Art. 1785 et suiv. C.c.Q.

¹⁹ Art. 424 C.c.Q.

²⁰ Art. 472 C.c.Q.

²¹ Art. 2332 C.c.Q.

²² Art. 1623 C.c.Q.

²³ Art. 1609 C.c.Q.

Entre le *Code civil du Québec* et les Principes d'UNIDROIT, une seule variation initiale éclate en gerbes de variations ponctuelles marquées par la dispersion des sources (tantôt à l'intérieur du Code civil, tantôt dans des lois particulières) et par la disparité des concepts.

Dans ce contexte, si l'on veut que le principe de bonne foi ne s'étiolle pas, le maillage essentiel à la cohésion interne du système québécois se construit au prix de difficiles contorsions intellectuelles. Pire, là où les Principes d'UNIDROIT réalisent des économies d'échelle, le droit commun du Québec souffre de boulimie législative. Pire encore, la moralité contractuelle au Québec reste soumise aux fluctuations des opinions judiciaires : ces régimes particuliers pourraient être, un jour, aisément interprétés comme des exceptions au principe général de la liberté contractuelle et pourraient recevoir ainsi une application restreinte.

Curieusement c'est – semble-t-il – le souci d'une certaine sécurité juridique qui a impulsé ces reculs législatifs sur la lésion. Sécurité juridique essentiellement fondée sur l'immutabilité du contenu contractuel, sur la non-intervention des tribunaux, vues comme l'assurance de l'efficacité des contrats et des échanges économiques.

Pour justifier leur position en effet, les opposants alléguaient que le Québec allait assister à un flot ininterrompu de recours judiciaires. Or, la jurisprudence sur UNIDROIT ne rapporte aucune affaire sur la lésion jusqu'à ce jour...!

Ces questions de sécurité des rapports juridiques, d'efficacité économique, d'utilité sociale des contrats nous emmènent directement vers ce qui, entre le droit civil du Québec et les Principes d'UNIDROIT, ne saurait plus constituer de simples variations mais une véritable mutation théorique.

II. Les mutations théoriques

Les contrats assurent juridiquement la circulation des richesses et répondent, de ce fait, aux besoins humains. Les agents socio-économiques interpellent le droit afin d'assurer l'efficacité des échanges patrimoniaux, par la stabilité des rapports contractuels.

La fin recherchée est clairement établie : pour reprendre les mots de Paul-André Crépeau et d'Élise Charpentier, il s'agit de

privilegier le principe *favor contractus*, principe selon lequel le droit doit prendre les « mesures destinées à favoriser la validité et l'exécution, bref la survivance »²⁴ du lien contractuel. Quelles sont ces mesures? Essentiellement, selon les professeurs Crépeau et Charpentier, limiter ou atténuer les causes de nullité ou de résolution du contrat; autrement dit, lui faire produire ses effets, effets voulus par les parties certes mais, également, effets escomptés par la communauté et qui rejoignent son utilité sociale. Cela étant dit, la question des moyens pour y arriver reste entière. Disons d'emblée que les Principes d'UNIDROIT, comme le *Code civil du Québec*, participent du principe de la *favor contractus*, selon des degrés différents : d'après Crépeau et Charpentier²⁵, le Code civil irait moins loin que les Principes. Cette différence de degré, bien réelle, est grandement exacerbée quand on la lit à travers la théorie juridique qui semble soutenir l'une et l'autre institutions.

La théorie classique des contrats – celle qui systématise encore le droit civil des contrats – propose essentiellement d'asseoir la stabilité et la sécurité juridiques sur deux piliers, à savoir la fixation et l'immutabilité des contrats. La théorie sous-tendue, à mon avis, par les Principes d'UNIDROIT les fonde davantage sur la communication et la flexibilité. En ce sens, les Principes d'UNIDROIT offrent le spectacle d'une mutation profonde de la théorie classique des contrats, mutation qui se rapproche d'une autre théorie générale, mise de l'avant et vérifiée empiriquement par des auteurs américains comme Stewart Macaulay et plus encore Ian R. Macneil : la théorie du contrat relationnel²⁶.

Ces deux théories se distinguent déjà par la définition que chacune donne du contrat. Selon la théorie classique, la formation d'un

²⁴ P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER (coll.), *op. cit.*, note 7, p. 12.

²⁵ *Id.*

²⁶ S. MACAULAY, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963); S. MACAULAY, « Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract », 11 *Law and Society* 507 (1977); S. MACAULAY, « An Empirical View of Contract », *Wis. L. Rev.* 465 (1985). Pour une rétrospective de plusieurs courants analytiques aux États-Unis : Ian R. MACNEIL, « Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos », (1987) 143 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 272; J.P. ESSER, « Institutionalizing Industry: the Changing Forms of Contract », 21 *Law and Social Inquiry* 593 (1996).

contrat résulterait d'un « pacte entre ennemis »²⁷, d'un « compromis entre des intérêts antagonistes, âprement défendus »²⁸, de « l'assujettissement d'une personne à une autre »²⁹. Le processus contractuel répondrait ainsi de la structure judiciaire, le règlement d'un litige, la transaction. Volontaire, cette transaction trouverait son point culminant dans l'échange des consentements, aux termes de négociations menées sous la pression réciproque des parties³⁰. L'accord des volontés se fixerait alors sur un objet devenu autonome par la détermination définitive des droits et obligations de chacun. Au moment de son exécution, créancier et débiteur s'affronteraient dans un rapport de domination, de conflit mû par la contrainte éventuelle³¹.

Selon la théorie du contrat relationnel, l'individualisme cède sa place à l'interdépendance, la domination à la collaboration, l'antagonisme à la solidarité³². Conscientes de partager le même destin économique, les parties, pour assurer la pérennité de leurs liens d'affaires, délaissent la mentalité conflictuelle des transactions au profit de la concertation. Coopération, intégrité et solidarité deviennent alors les valeurs dominantes³³. Tous les rapports contractuels s'inscrivent alors sur une courbe, allant des échanges à faible teneur relationnelle (*discrete transaction* ou contrat transactionnel) aux échanges à très forte teneur relationnelle (contrat relationnel allant jusqu'à l'*intertwined contract* ou contrat interrelié), mais présupposant la relation toujours présente³⁴.

²⁷ Jean-Guy BELLEY, « Max Weber et la théorie du droit des contrats », 9 *Droit et société* 1988.281, 287.

²⁸ J. MESTRE, *loc. cit.*, note 2, 45.

²⁹ Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations*, vol. I, 5^e éd., Paris, Armand Colin, 1991, p. 36.

³⁰ I.R. MACNEIL, « Relational Contract: What We Do and Do Not Know », *Wis. L. Rev.* 483, 503 (1985).

³¹ L'individualisme domine là où chacun poursuit ses propres intérêts et, ce faisant, voit l'autre comme une menace ou encore un moyen de les réaliser ou pas : R.W. GORDON, « Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law », *Wis. L. Rev.* 565, 568 (1985).

³² Jean-Guy BELLEY, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », (1991) 32 *C. de D.* 253.

³³ I.R. MACNEIL, « Values in Contract: Internal and External », 78 *Nw. U.L. Rev.* 340, 341 (1983).

³⁴ Macneil propose 10 normes communes à tous les contrats : 1) le respect intégral du rôle; 2) la mutualité et la réciprocité; 3) la planification; 4) le respect du consentement donné; 5) la flexibilité; 6) la solidarité; 7) le respect des principes de la responsabilité : les normes de liaison; 8) la création et la restriction du

Des conceptions aussi divergentes emportent des conséquences non seulement sur l'esprit qui gouverne les rapports mais également sur les moyens d'assurer leur efficacité. L'esprit d'affrontement sème la suspicion et l'isolement : les parties tendent à fixer exhaustivement et définitivement le contenu obligationnel du contrat; elles se ferment alors à tout ce qui pourrait venir de l'extérieur et menacer l'ordre ainsi établi. L'esprit de collaboration incite à la souplesse et à l'ouverture : l'indétermination est moins menaçante; les influences externes, comme les péripéties événementielles, peuvent être absorbées.

Nous pouvons observer ces mutations théoriques à travers la détermination du contenu du contrat, par son adaptation au temps et à l'espace.

Le contrat s'inscrit toujours dans le temps. Or, le mouvement du temps peut être perçu selon deux images distinctes : d'un côté, une succession de moments en saccade; de l'autre, une courbe continue.

Selon la théorie classique, la vie du contrat répond de la première image : moment des négociations, moment de la formation, puis de l'exécution, enfin de l'extinction, selon les phases dites précontractuelle, contractuelle et postcontractuelle³⁵. Le contrat serait donc l'effet d'une planification, structurée essentiellement autour de la promesse, qui tend, au moment de la formation, à

pouvoir; 9) la pertinence des moyens; 10) l'harmonisation avec la société : I.R. MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, p. 39 et suiv. (1980) (ci-après cité : I.R. MACNEIL, « Social Contract ») et I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 33, 341. (Nous avons repris la traduction proposée par : Jens ALBERTS, *Contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1997).

³⁵ Sur ces distinctions, voir : Patrice DESLAURIERS, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994; Jacques GHESTIN, « L'obligation précontractuelle de renseignement en droit français », dans Denis TALLON et Donald HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 171; P. LEGRAND jr, « De l'obligation précontractuelle de renseignement : aspects d'une réflexion métajuridique et paraciviliste », 21 *Ohio L.R.* 585 (1989) et Pierre LEGRAND jr, « Precontractual Relations in Quebec Law: Towards a Theoretical Framework », *Contemp. Law* 197 (1992); Johanna SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », (1974) 73 *R.T.D.C.* 46.

ramener le futur dans le présent. C'est ce phénomène que Macneil appelle la *presentation* :

The creation of a transaction and the individual's mode of entry into it typically are one and the same. They are accomplished by sharp consent, the boundary between being in (transaction commenced) and not having come in (transaction not commenced) being clearly defined. The mode of individual withdrawal from and termination of the transaction itself also are typically identical : completion of clearly defined performance as planned. As with commencement, the boundaries between being finished (transaction terminated) and not being finished (transaction not yet terminated) are clearly defined. The whole process can be summarized as « sharp in, sharp out »; the boundaries between out and in at the beginning, and in and out at the end, are clear.³⁶

La théorie relationnelle des contrats répond plutôt de la seconde image : une relation commence et se termine rarement de façon abrupte³⁷. L'évolution graduelle des rapports s'oppose à toute césure abstraite. Le contrat relationnel fournit un cadre temporel tridimensionnel : « des parties conscientes de leurs rapports passés, se rencontrent et échangent en prévoyant que leur relation se poursuivra dans le futur »³⁸, tant et si bien que le contrat est tout au plus une projection du présent dans le futur³⁹ et non l'appréhension du futur par le présent.

Chacune de ces trajectoires emporte ses conséquences sur la place relative des sujets et de l'objet du contrat. Si, pour la théorie classique, il arrive un moment où l'une et l'autre volontés ne trouvent plus à s'exprimer, l'objet prend une importance considérable : les parties doivent avoir connu avec suffisamment d'exactitude ce à quoi elles s'engageaient⁴⁰ et doivent maintenant s'y tenir. Les parties ont-elles convenu de reporter la détermination d'un élément essentiel du contrat? On exige alors que l'objet de l'obligation soit au moins déterminable au moment de l'échange des consentements, que les parties se soient entendues « sur des

³⁶ I.R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », 47 *S. Cal. L. Rev.* 691, 750 (1974).

³⁷ *Id.*, 751.

³⁸ J. ALBERTS, *op. cit.*, note 34, p. 87.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Le *Code civil du Québec* pose cette règle par le jeu combiné des articles 1388 et 1393 : l'offre doit comporter tous les éléments essentiels du contrat envisagé et l'acceptation doit y être substantiellement conforme.

critères prédéterminés et objectifs »⁴¹ qui peuvent inclure l'intervention d'un tiers, mais non celle du juge, ce dernier ne pouvant « se substituer aux parties afin d'élaborer lui-même le contenu de la prestation »⁴². La théorie relationnelle, au contraire, place les sujets au centre de tout le processus comme le font, à mon avis, les Principes d'UNIDROIT. Ainsi l'article 2.1 propose que le comportement des parties, s'il indique suffisamment leur accord, permette de conclure à l'existence d'un contrat, même si le contenu obligationnel n'est pas nettement fixé⁴³. Dans cet esprit, une clause indéterminée demeure valide s'il existe un moyen raisonnable de pallier cette indétermination, moyen qui, même s'il n'a pas été prévu par les parties, tienne compte de leur intention⁴⁴. Le même processus s'applique en cas de lacune importante⁴⁵. UNIDROIT met l'accent sur la communication entre les parties et sur la survivance de leur relation, alors que le Code civil, tel qu'il est interprété par la théorie classique, ouvre la voie au contentieux et à la rupture des liens par une évaluation *a posteriori*⁴⁶.

Prenons comme exemple la fixation du prix. Selon la théorie classique, tout contrat dont le prix est indéterminé et qui ne prévoit pas de critères objectifs et prédéterminés pour sa fixation est nul. Ce qui fait dire aux auteurs, en s'appuyant sur l'article 1708 C.c.Q., qu'un contrat de vente doit contenir un prix ou les éléments qui permettent de le déterminer :

Ainsi, une vente « pour un prix qui sera ultérieurement déterminé par les parties » ou « pour un juste prix » ne saurait être valide, car la détermination de la prestation de l'acheteur (le prix) n'est pas déterminable : si le juge acceptait de fixer un prix sur une base aussi

⁴¹ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, n^o 130, p. 216 (les auteurs soulignent).

⁴² *Id.*, n^o 130, p. 217.

⁴³ Selon l'article 2.11, une acceptation pourrait apporter des modifications à l'offre initiale et conduire à la formation du contrat dans la mesure où l'offrant ne les refuse pas expressément.

⁴⁴ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, art. 2.14.

⁴⁵ *Id.*, art. 4.8 : « À défaut d'accord entre les parties quant à une clause qui est importante pour la détermination de leurs droits et obligations, on [éventuellement le tribunal arbitral] y supplée par une clause appropriée. » Les critères sont l'intention des parties, la nature et le but du contrat, la bonne foi, ce qui est raisonnable.

⁴⁶ P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER (coll.), *op. cit.*, note 7, p. 16.

imprécise, ce serait lui, et non les parties, qui se trouverait à « conclure » le contrat.⁴⁷

La solution est tout autre dans les Principes d'UNIDROIT qui prévoient, à l'article 5.7 :

1) Lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable.

2) Lorsque le prix qui doit être fixé par une partie s'avère manifestement déraisonnable, il lui est substitué un prix raisonnable, nonobstant toute stipulation contraire.

3) Lorsqu'un tiers chargé de la fixation ne peut ou ne veut le faire, il est fixé un prix raisonnable.

4) Lorsque le prix doit être fixé par référence à un facteur qui n'existe pas, a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus.

Plusieurs contrats sont incomplets au moment de leur formation; certains sont même rédigés en termes purement constitutionnels qui établissent le processus par lequel les parties en préciseront le contenu et feront les ajustements requis au fur et à mesure de l'exécution⁴⁸. Ce sera le cas des contrats à long terme⁴⁹ qui se caractérisent le plus souvent par leur indétermination planifiée⁵⁰. Si le droit répond à ces pratiques contractuelles par la nullité pour indétermination, il participera à la fragilisation des rapports juridiques et mettra l'institution en péril.

⁴⁷ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 41, n° 130, p. 217.

⁴⁸ J.P. ESSER, *loc. cit.*, note 26, 622.

⁴⁹ David CAMPBELL et Donald HARRIS, « Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The Role of Cooperation », (1993) 20 *Journal of Law and Society* 166, 169 : « *The problem is that presentation is a quite illusory goal and all long-term contracts must in practice be incomplete.* »

⁵⁰ *Id.* : « *Accordingly, there is considerable empirical evidence that long-term contracts will be formed even when there is less than even readily available clarity about the terms of those contracts, clarity being rejected in favour of a productive ambiguity.* »

Ce déplacement de la flèche du temps, ce changement de cap vers la détermination continue et plus souple des obligations suppose une modification profonde de l'attitude des contractants. L'attitude guerrière doit céder le pas à la coopération :

*In contrast with the contract transaction, the contract relation depends entirely upon further cooperation, not only in carrying out what performance has been planned, but in further planning of the substantive activities of the relation. Thus, everything is dependent upon further cooperation, not only in performance, but also in planning.*⁵¹

Dans le *Code civil du Québec*, la collaboration⁵², la coopération⁵³ et la loyauté⁵⁴ ont toujours pour fonction d'assurer la meilleure exécution du contrat. Les règles proposées pour le commerce international consacrent expressément ce devoir de collaboration et confirment son rôle efficient : l'article 5.3 des Principes d'UNIDROIT prévoit que « [l]es parties ont entre elles un devoir de collaboration lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations ».

Selon Macneil, les interactions sont, dans cet esprit de collaboration, essentiellement fondées sur des jeux de rôle et il pose, parmi les normes communes à tous les contrats⁵⁵, le respect intégral du rôle assumé par chacune des parties⁵⁶. Pour cela, chaque contractant doit répondre positivement aux attentes légitimes de l'autre partie et s'abstenir de nuire à ses intérêts légitimes⁵⁷. L'on retrouve, dans le droit du commerce international, ces notions d'attentes et d'intérêts légitimes : pour interdire la reproduction d'une clause

⁵¹ I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 36, 781. Au même effet : D. CAMPBELL et D. HARRIS, *loc. cit.*, note 49, 170; J.P. ESSER, *loc. cit.*, note 26, 623. Dans la théorie du contrat relationnel, la norme de flexibilité est intimement liée à la norme de solidarité, c'est-à-dire l'obligation pour les parties d'utiliser les meilleurs moyens pour préserver et maintenir la relation de coopération : I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 33.

⁵² Dans les contrats de société : art. 2186 C.c.Q.

⁵³ Dans les contrats de mandat : art. 2149 C.c.Q.

⁵⁴ Des administrateurs à l'égard de la personne morale (art. 322 C.c.Q.); de l'administrateur du bien d'autrui à l'égard de l'administré (art. 1309 C.c.Q.), du salarié à l'égard de son employeur (art. 2088 C.c.Q.), du mandataire à l'égard du mandant (art. 2138 C.c.Q.).

⁵⁵ I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 34, p. 39 et suiv.; I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 33, 347.

⁵⁶ I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 34, p. 40-44.

⁵⁷ *Id.*

type au contrat⁵⁸, pour exclure l'application d'une clause autorisant l'une des parties à fournir une prestation substantiellement différente de celle qui était légitimement attendue⁵⁹, pour circonscrire la portée de la force majeure⁶⁰ ainsi que les causes de résolution du contrat pour inexécution⁶¹, pour limiter la faculté qu'a le créancier de refuser l'exécution partielle d'une obligation⁶² ou son exécution avant l'échéance⁶³. Le concept de rôle interactionnel permet à tous égards d'atteindre les finalités essentielles du contrat : en effet, frustrer les attentes et intérêts légitimes de chacune des parties revient à nier les avantages qu'elles avaient prévu tirer du contrat et par conséquent à les plonger au cœur de conflits, lieux prédestinés d'insécurité et d'instabilité.

Selon Macneil, la flexibilité serait garante non seulement de la pérennité mais également de l'efficacité et de la paix contractuelles. Cette souplesse, qui surdétermine les conditions de validité des contrats et qui permet sa détermination graduelle, doit également prévaloir quand les fluctuations du marché viennent dénaturer l'accord initial. La détermination ne doit jamais constituer un piège, une menace à l'équilibre économique préétabli par les parties. Si l'on répond aux aléas du temps par l'immutabilité, sauf du consentement mutuel des parties ou pour les causes reconnues par la loi comme l'affirme la théorie classique⁶⁴, les conséquences juridiques et économiques peuvent s'avérer désastreuses.

La théorie de l'imprévision a une fonction précise dans les relations contractuelles : il s'agit de réviser un contrat lorsque l'exécution des obligations est rendue beaucoup plus onéreuse ou beaucoup moins avantageuse en raison de circonstances imprévisibles au moment de sa formation; bien entendu ce déséquilibre ne doit pas être imputable aux parties⁶⁵. Cette théorie servirait donc la *favor contractus*, comme le pensent Paul-André Crépeau et Élise

⁵⁸ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, art. 2.20.

⁵⁹ *Id.*, art. 7.1.6.

⁶⁰ *Id.*, art. 7.1.7.

⁶¹ *Id.*, art. 7.3.1.

⁶² *Id.*, art. 6.1.3.

⁶³ *Id.*, art. 6.1.5.

⁶⁴ La théorie classique fait de l'immutabilité une conséquence directe de l'effet obligatoire des contrats consacré par les articles 1434-1439 C.c.Q.

⁶⁵ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 41, n° 285, p. 432; P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER (coll.), *op. cit.*, note 7, p. 30-32.

Charpentier⁶⁶, mais également Julie Bédard et Stefan Martin⁶⁷. La théorie classique y voit au contraire une source d'insécurité⁶⁸ et d'instabilité⁶⁹. Identité des fins, opposition des moyens. Selon Flour et Aubert, ce paradoxe peut être résolu en rétablissant la liaison de causalité :

*Une grave équivoque doit être, en effet dissipée. Ce qui crée l'insécurité, c'est le bouleversement des conditions économiques, spécialement la hausse vertigineuse des prix. Ce fait une fois acquis, on n'y remédie pas par l'intangibilité du contrat dans une instabilité générale. Un réajustement a plus de chances de contribuer au rétablissement de la sécurité, en créant les conditions d'un nouvel équilibre.*⁷⁰

Tous s'accordent pourtant sur la validité des clauses dites de *hardship* par lesquelles les parties s'obligent en pareil cas à renégocier l'équilibre contractuel et, en cas d'échec, à soumettre leur différend à un arbitre⁷¹. Au nom de la liberté contractuelle, certains refusent cependant que le législateur l'impose et qu'il confie aux tribunaux ce pouvoir de révision prétextant qu'on ne peut courir le risque de laisser à leur discrétion le choix de solutions qui risquent d'être purement arbitraires et d'entraîner des effets... « imprévisibles »⁷².

Il faut bien comprendre que la théorie de l'imprévision s'applique à des situations exceptionnelles et doit rester un régime juridique exceptionnel. Les Principes d'UNIDROIT la présentent ainsi : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au *hardship* »⁷³. Quand un événement, inconnu de la victime au moment de la conclusion du contrat, altère profondément l'équilibre des prestations en augmentant le

⁶⁶ P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER (coll.), *op. cit.*, note 7, p. 30.

⁶⁷ Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *McGill L.J.* 761; Stefan MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34 *C. de D.* 599.

⁶⁸ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 41, n° 285, p. 433.

⁶⁹ Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n° 425, p. 245.

⁷⁰ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 29, p. 300 (les non-italiques sont des auteurs).

⁷¹ J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 69, n° 426, p. 245; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 41, n° 285, p. 434.

⁷² J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 41.

⁷³ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, art. 6.2.1.

coût de la prestation ou en diminuant la valeur de la contre-prestation⁷⁴, les parties doivent renégocier de bonne foi ou, faute d'accord sur le fait ou le contenu de la négociation, le tribunal peut mettre fin au contrat ou l'adapter selon l'équilibre initial prévu par les parties⁷⁵. Cet événement doit échapper au contrôle de la partie lésée et elle ne doit pas en avoir expressément assumé le risque; notons que cet événement peut même être antérieur à l'accord de volonté dans la mesure où l'on en ignorait l'existence⁷⁶. Notons le lien étanche que les Principes établissent entre l'imprévision et la lésion qui, sans partager une cause commune, provoquent des résultats identiques.

Tenant compte de cette réalité, le modèle de Macneil favorise la réception de la théorie de l'imprévision. La teneur relationnelle du contrat, qui implique la norme de solidarité, impose non le transfert mais bien le partage des risques : l'application des normes de mutualité et de réciprocité commande alors de réviser le contrat en cas de fluctuations déstabilisatrices⁷⁷.

La théorie de l'imprévision vise à contrer les effets pervers des perturbations du marché. Elle constitue en cela une ouverture juridique à l'environnement socio-économique : les contrats ne sont pas des bulles ceintées de frontières étanches, mais bien des phénomènes qui, s'insérant dans une réalité plus large, les englobent et les influencent.

Les contrats s'inscrivent donc dans la réalité, nous devrions dire dans une réalité ou dans des réalités; ils doivent par conséquent être contextualisés. Les contractants vivent dans une société donnée, appartiennent à un milieu d'identité, agissent dans un secteur d'activités économiques. Leurs relations ne sont pas indifférentes à ces lieux qui portent leurs propres valeurs, leurs habitudes, leurs codes de conduites. Quelle place le droit doit-il accorder à ces données environnementales?

Ian R. Macneil donne une portée normative à l'harmonisation du contrat avec l'ordre social dans lequel il baigne, aux usages qui prévalent dans un groupe d'appartenance immédiat bien sûr, mais également aux modes de vie d'une société donnée :

⁷⁴ *Id.*, art. 6.2.2.

⁷⁵ *Id.*, art. 6.2.3.

⁷⁶ *Id.*, art. 6.2.2.

⁷⁷ I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 36, 782 et 783.

*It would also have to deal with more horizontal imposition of external values, such as those arising from customs – not only those customs of closely related people or groups, such as customs of trade, but also customs of broader origin, such as those of civilized intercourse in the particular society.*⁷⁸

Les usages trouvent leur fondation dans les consensus établis par certaines communautés. Le *Code civil du Québec* les absorbe et leur accorde des fonctions non seulement interprétatives⁷⁹ mais également normatives : les usages donnent au silence la valeur d'une acceptation⁸⁰, comme ils établissent la priorité de l'exécution des obligations corrélatives d'un contrat synallagmatique⁸¹; plus largement, ils sont une source autonome d'obligations contractuelles implicites⁸². Le législateur se reporte parfois expressément à certaines traditions sectorielles bien établies⁸³. Les usages font donc office de sources matérielles d'obligations. Selon la théorie classique des contrats, leur réception demeure cependant rigoureusement encadrée; leur existence et leur validité sont soumises à la preuve de leurs « qualités d'ancienneté, de fréquence, de généralité, de publicité et d'uniformité »⁸⁴. Cette retenue tient sans doute aux fondements qu'on leur attribue, basés strictement sur le principe de l'autonomie de la volonté, soit la connaissance et le consentement implicite des parties.

⁷⁸ I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 33, 367 et 368.

⁷⁹ Art. 1426 C.c.Q.

⁸⁰ Art. 1394 C.c.Q.

⁸¹ Art. 1591 C.c.Q.

⁸² Art. 1434 C.c.Q.; pour des applications expresses et ponctuelles : art. 2100, 2106, 2134, 2142, 2143, 2160, 2280 et 2759 C.c.Q.

⁸³ C'est le cas pour les activités juridiques maritimes comme le transport (art. 2004, 2027, 2062, 2064 et 2082 C.c.Q.) ou les assurances (art. 2526, 2528, 2569 et 2570 C.c.Q.). Le ministre dira de l'article 2004 C.c.Q. sur la contribution des parties aux avaries communes lors de l'exécution d'un contrat d'affrètement : « Le principe de la contribution proportionnelle pour toutes les avaries communes n'a pas été retenu : il a paru préférable de donner effet aux règles et aux usages maritimes conventionnels, au lieu et au moment du contrat. Les principes régissant l'avarie commune sont trop rattachés à la tradition maritime pour légiférer en la matière et ne pas laisser le champ libre aux habituelles pratiques commerciales. » GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1261.

⁸⁴ J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 69, n° 436, p. 249; au même effet : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 41, n° 234, p. 341 et 342.

Les Principes d'UNIDROIT leur accordent une place plus importante :

Article 1.8 (Usages et pratiques)

1) *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles.*

2) *Elles sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable.*

Leurs fondements semblent s'élargir par cercles concentriques : un noyau fondé sur la volonté; un premier cercle circonscrit par les relations passées; un cercle plus large configuré par le secteur d'activités. Le degré d'autonomie normative des usages croît d'un cercle à l'autre, croissance affirmée par l'assouplissement de leurs conditions d'application :

Another essential element of the UNIDROIT Principles is their marked openness to usages. In other words, like other legal instruments specifically dealing with international commercial transactions, in particular CISG, the Unidroit Principles accord usages and practices developing within the different trade sectors a central role in the determination of the rights and duties of the parties to each individual contract. The reason for this lies in the general objective of the Unidroit Principles to provide a regulation sufficiently flexible so as to constantly adapt to the ever changing technical and economic conditions of cross-border trade.

[...] [T]he importance of article [1.8] lies in the fact that it expressly recognizes that usages may be binding not only when they have been agreed upon between the parties, but even in the absence of any such intention, provided that they meet certain objective requirements.⁸⁵

Les Principes consacrent donc formellement les usages comme sources de droits et d'obligations, sources externes issues de l'environnement socio-économique, fondées sur les attentes légitimes des parties et leurs appartenances identitaires, concepts qui se rapprochent étroitement de la théorie du contrat relationnel. Il en sera ainsi du mode d'acceptation de l'offre de contracter⁸⁶, des règles

⁸⁵ M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, p. 61 et 62 (1994).

⁸⁶ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, art. 2.6.

d'interprétation du contrat⁸⁷, de la détermination d'une clause appropriée en cas de lacune⁸⁸, du contenu des obligations implicites⁸⁹, des méthodes de fixation du prix⁹⁰, du choix des instruments de paiement⁹¹, du calcul des dommages-intérêts⁹² et de l'établissement du taux d'intérêt⁹³.

Les dispositions des Principes d'UNIDROIT ébranlent fortement les structures de la théorie classique des contrats; elle pourrait bien sûr répondre à ces secousses en invoquant l'origine négociée de leur application et ainsi s'en distancier sans autre discussion. Si cependant les pratiques contractuelles reflètent une autre conception des rapports juridiques, cette attitude risque de disqualifier le droit étatique, de le nécroser. Le droit québécois peut pourtant être lu à travers la théorie du contrat relationnel⁹⁴; il s'agirait d'en changer moins la teneur que la mentalité qu'on lui insuffle et qui risque de le scléroser.

*

* *

Cette comparaison, même sommaire, entre le droit commun du Québec et ce qui pourrait devenir un droit commun international du contrat nous amène vers au moins deux conclusions.

La première, sur les outils dont dispose le droit objectif pour faire face et contrer les déséquilibres des échanges économiques. Les rapports contractuels sont par principe horizontaux : dans les démocraties, seules les institutions politiques légitimement investies peuvent imposer des règles de conduite aux individus, selon une structure hiérarchique verticale. Quand il arrive que, par l'effet de sa puissance économique, un contractant puisse imposer verticalement sa volonté à l'autre, le droit doit intervenir pour faire

⁸⁷ *Id.*, art. 4.3.

⁸⁸ *Id.*, art. 4.8.

⁸⁹ *Id.*, art. 5.2.

⁹⁰ *Id.*, art. 5.7.

⁹¹ *Id.*, art. 6.1.7.

⁹² *Id.*, art. 7.4.6.

⁹³ *Id.*, art. 7.4.9.

⁹⁴ Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », (1999) 44 *McGill L.J.* 903.

basculer l'axe dans sa position naturelle. Curieusement, les Principes d'UNIDROIT, ordre juridique privé, sont mieux armés que le *Code civil du Québec*, ordre juridique étatique, pour ce faire : pensons seulement à la sanction de la lésion et à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision.

Parallèlement, la fixité, qu'on la voie à travers la détermination stricte du contrat ou son intangibilité, semble, dans les faits, desservir la sécurité juridique, contrairement à ce que soutient la théorie classique. La flexibilité, fer de lance de la théorie du contrat relationnel, quand elle se conjugue aux principes de solidarité et de coopération, semble assurer plus adéquatement l'efficacité juridique et économique des contrats. Ces valeurs, inscrites explicitement dans les Principes d'UNIDROIT et implicitement dans le *Code civil du Québec*, devraient inspirer la communauté juridique.

Plus globalement, les Principes d'UNIDROIT ébranlent la théorie classique des contrats, trop restrictive pour rendre compte des figures contemporaines du contrat. Les contrats complexes dominent le monde des affaires : à forte teneur relationnelle, incomplets et indéterminés, inscrits dans la longue durée, leurs caractéristiques profondes ne peuvent plus être ignorées de la théorie juridique. La théorie du contrat relationnel a le mérite d'absorber le spectre de toutes les situations contractuelles possibles, de la plus simple à la plus complexe.

La comparaison n'a pas de valeur probante; elle agit au mieux comme révélateur. Les variations observées entre le *Code civil du Québec* et les Principes d'UNIDROIT dévoilent éloquemment les incohérences du système québécois, plus encore la frilosité des moyens qu'il emploie pour atteindre ses objectifs affirmés; cela, les juristes ne peuvent que le dire. Les mutations théoriques proposées offrent une relecture systématique du droit étatique, susceptible d'induire des effets interprétatifs importants; cela, les juristes peuvent le faire.