

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

Louise Rolland

Volume 47, Number 1, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043879ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043879ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rolland, L. (2006). Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques. *Les Cahiers de droit*, 47(1), 13–32.
<https://doi.org/10.7202/043879ar>

Article abstract

What jurists call a contract is an exchange for economists : these two systems interact in order to name, explain and regulate this phenomenon.

The contractual order is determined, circumscribed by one or the other system and its frontiers are drawn by the relations they entertain. Whether based on connivance, antagonism or domination strategies, these interactions map out the judge's interventions in contracts. The author proposes three models which, although they appear to exclude one another, they may coexist in time and space. Their comparison allows for the display of a wide range of possibilities offered to the judicial actors without predicting their actual attitude as such.

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

Louise ROLLAND*

Ce que les juristes appellent un « contrat » est un « échange » pour les économistes : ces deux systèmes entrent en interaction pour nommer ce phénomène, l'expliquer et le réguler.

L'ordre contractuel est déterminé, circonscrit par l'un et l'autre des systèmes et ses frontières sont tracées par les relations qu'ils entretiennent. Qu'elles s'établissent sur des connivences, des antagonismes ou des stratégies de domination, ces interactions balisent les interventions du juge dans les contrats. L'auteure en propose trois modèles qui, bien qu'ils tendent à s'exclure en apparence, peuvent coexister dans le temps et dans l'espace. Leur comparaison permet de déployer l'éventail des possibilités qui s'offrent aux acteurs judiciaires sans préjuger pour autant de leur attitude réelle.

What jurists call a contract is an exchange for economists: these two systems interact in order to name, explain and regulate this phenomenon.

The contractual order is determined, circumscribed by one or the other system and its frontiers are drawn by the relations they entertain. Whether based on connivance, antagonism or domination strategies, these interactions map out the judge's interventions in contracts. The author proposes three models which, although they appear to exclude one another, they may coexist in time and space. Their comparison allows for

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal.

the display of a wide range of possibilities offered to the judicial actors without predicting their actual attitude as such.

	<i>Pages</i>
1 La juxtaposition des systèmes	15
2 L'antagonisme des systèmes	19
3 La satellisation d'un système	24
Conclusion	31

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 verbe¹... » À l'origine donc, des actes de communication à distinguer selon les catégories établies 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 se situent 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 concep-

1. Évangile selon saint Jean, I,1.

2. J. LANGSHAW AUSTIN, *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.

tuelles sont à la fois explicatives, réductrices et normatives. 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 les 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, ce sont les tractations, les compromis, les alliances, les complicités, les connivences, voire les collusions qui permettent de garder le terrain acquis, de rester dans la course, de conserver sa part d'influence. Ces interactions entre les systèmes économique et juridique sont inévitables dans le domaine contractuel : 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. Sans prétendre disposer exhaustivement de la diversité des pratiques contractuelles comme de la richesse des théories économiques et juridiques offertes à la réflexion, 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 deuxième, 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 le premier modèle, le système économique et le système juridique sont en parfaite symbiose, non par mimétisme ni par servilité, 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 bâtit 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 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 pouvant 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 érige 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

4. B. NÉZEYS, *Économie politique*, Paris, Economica, 1998, p. 197-199.

5. Le lecteur reconnaîtra là le critère de Pareto et sa conception de l'optimum économique : B. GUERRIEN, *L'économie néo-classique*, Paris, La Découverte, 1989, p. 46-54.

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'obliger 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 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 s'installe toutefois 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 et les bénéfices ne sont pas intégrés aux prix et sont donc reportés sur d'autres agents. D'assurer 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, 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 risque de mettre en péril¹¹. Si d'emblée la révision paraît moralement juste, on doit se demander si elle est socialement et économiquement utile¹². 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 responsabilité civile »¹⁶ enfin qu'« il est préférable de respecter la règle générale de la libre concurrence plutôt que de restreindre la concurrence »¹⁷.

6. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 156.

7. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 32.

8. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil: les obligations*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 311.

9. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 7, p. 211.

10. C. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, 4^e éd., Paris, Economica, 1998, p. 388.

11. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 6, p. 244 et 245.

12. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations I. L'acte juridique*, 11^e éd., Paris, Armand Colin, 2004, p. 314.

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.).

16. *L'Excelsior Cie d'Assurance-Vie c. La Mutuelle du Canada et al.*, [1992] R.J.Q. 2666.

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

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 assurer sa meilleure efficacité qu'en restant neutre : la non-intervention de l'État emporte le devoir d'abstention judiciaire.

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 ; ce mouvement les amène même à critiquer le postulat juridique de l'autonomie de la volonté comme garant de la justice, sans autre 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. Malgré l'opposition du système économique, l'État doit donc intervenir par voie législative.

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 place respective du commerçant et du consommateur dans la chaîne de production, sur la puissance de négociation des uns et

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

19. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 8, p. 38.

20. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, note 12, p. 74, note 4.

des autres, sur l'élasticité de la demande pour les biens de luxe et sur son inélasticité pour les biens de première nécessité, etc.

Dans les secteurs où il existe 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 repentir, 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 niveau national et protectionnistes au niveau 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*²¹. Sans vouloir faire état ici des subtilités théoriques qui distinguent les diverses écoles, il 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 les choix économiques de même que tous les autres²².

La grille d'analyse des études 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 bureaucrates²³. D'abord, contrairement aux agents économiques, les électeurs sont et demeurent

21. Pour un historique de ce mouvement : E. MACKAAY, « History of Law and Economics », dans B. BOUCKAERT et G. DE GEEST (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, t. 1, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 65, à la page 117.

22. G.S. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976.

23. Voir l'analyse de E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 212-235.

rationnellement ignorants ; les coûts d'acquisition de l'information beaucoup trop élevés pour chacun des individus font qu'ils agissent et votent en aveugles. Ensuite, les politiciens 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 corporatistes à court terme calqués 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 de véritables solutions de rechange. Enfin, l'administration publique, chargée de l'application de ces politiques, enfreint toutes les règles d'efficacité. Ne pouvant escompter la maximisation à long terme des produits qu'ils offrent souvent à un prix inférieur à leur coût, les bureaucrates ne disposent pas d'un indice fiable pour l'évaluation de leur rendement ; 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.

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'efficacité²⁴ : 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 régulation

24. Le terme « efficacité », longtemps considéré comme un anglicisme, a été intégré au français : Office québécois de la langue française, *Grand dictionnaire terminologique*, [En ligne], [www.dictionnaire.com/officequebec/] (28 novembre 2005). L'Office québécois de la langue française établit une distinction intéressante entre « efficacité » et « efficience » : « Il ne faut pas confondre l'efficacité avec l'efficience qui est le rapport entre les résultats obtenus et les objectifs fixés. Ainsi, une méthode de travail est efficace si elle permet de réaliser entièrement l'objectif initial et elle est efficiente si un minimum de ressources sont utilisées pour l'atteinte de cet objectif. »

25. Ce critère a été élaboré par Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown and Co, 1972 (6^e éd., New York, Aspen Publishers, 2003).

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 sociojuridique 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 ; ou 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 ce, à travers deux 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 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 alors 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

26. *Ibid.*

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.

30. Art. 1851 et 1892 C.c.Q.

31. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 29, art. 8 ; également à titre d'exemples : art. 1437, 1901 et 2332 C.c.Q.

32. Art. 2332 C.c.Q. ; *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 29, art. 107 et 144.

33. Art. 1435 C.c.Q.

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. Elle résulte d'un pouvoir d'interprétation, amplifié en quelque sorte par les conséquences de son exercice. Pendant ce temps, les frontières de l'ordre contractuel sont ouvertes : saisi de demandes contradictoires en revendication de statut, le juge se fait agent d'immigration.

La seconde 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 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. Une disposition législative attribue bien sûr ce pouvoir aux tribunaux³⁹, mais son application matérielle demeure largement discrétionnaire à cause de l'indétermination de son contenu. 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. Bien que 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, je crois que l'intervention active du juge

34. Art. 1436 C.c.Q.

35. Art. 1437 C.c.Q.

36. Diminuer le terme : art. 1013, 1197 et 1880 C.c.Q. ; prolonger le terme : art. 2332 C.c.Q. ; *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 29, art. 107.

37. Cela se fera le plus souvent par la réduction de l'obligation de payer : art. 1407, 1953 et 2332 C.c.Q.

38. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 29, art. 34 et suiv.

39. Art. 1434 C.c.Q. (ancien 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 : P.-A. CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1.

43. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 7, p. 418.

ne laisse pas le contrat initial intact, qu'il a fait l'objet d'une modification et 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 raisonnable, voire de coopération active, sont venus encadrer les rapports contractuels, quel qu'en soit l'objet, quelles que soient les parties en cause. En quelques décennies au Québec, la bonne foi, longtemps cantonnée 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.

3 La satellisation d'un système

Le troisième modèle répond des conditions propres à ce qu'il est convenu de nommer la « nouvelle économie », caractérisée par la mondialisation des marchés, véhiculée par des multinationales et des oligopoles puissants qui s'adonnent à des activités transfrontalières, parfois 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 et échappent 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 ou d'investissements publics considérables.

44. Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.

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

46. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 45, p. 91-109.

Ce mouvement d'autonomisation économique est théoriquement soutenu par le néolibéralisme, circonscrit ainsi par le sociologue Pierre Bourdieu⁴⁷ :

Cette utopie suscite une formidable croyance, la *free trade faith* (la foi dans le libre-échange), non seulement chez ceux qui en vivent matériellement, comme les financiers, les patrons de grandes entreprises, etc., mais aussi chez ceux qui en tirent leurs justifications d'exister, comme les hauts fonctionnaires et les politiciens, qui sacralisent le pouvoir des marchés au nom de l'efficacité économique, qui exigent la levée des barrières administratives ou politiques capables de gêner les détenteurs de capitaux dans la recherche purement individuelle de la maximisation du profit individuel, instituée en modèle de rationalité, qui veulent des banques centrales indépendantes, qui prêchent la subordination des États nationaux aux exigences de la liberté économique pour les maîtres de l'économie, avec la suppression de toutes les réglementations sur tous les marchés, à commencer par le marché du travail, l'interdiction des déficits et de l'inflation, la privatisation généralisée des services publics, la réduction des dépenses publiques et sociales.

Cette émancipation plante, du moins partiellement, ses racines intellectuelles dans la théorie des jeux⁴⁸, appelée également la théorie des interactions stratégiques⁴⁹, qui tend à expliquer puis à formaliser l'écllosion d'ordres spontanés. Définis 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 »⁵⁰, ces ordres pourraient agir comme prédroit ou comme ordres juridiques concurrents⁵¹. Le marché pourrait ainsi se suffire largement à lui-même, y compris dans les domaines où traditionnellement il demandait l'intervention du droit. Dans la mesure en effet où les interactions échappent aux conflits purs, des jeux de coordination et de coopération disposeraient des incertitudes et des comportements opportunistes, sans qu'une autorité publique ait à intervenir. Dans le premier cas, des enjeux relativement neutres laissent les acteurs plutôt indifférents quant aux options qui s'offrent. Doit-on rouler à gauche ou à droite sur les routes ? L'adoption d'une norme s'impose pour la meilleure sécurité de tous et chacun est prêt à suivre la solution privilégiée par le plus grand nombre : compte tenu de ses bénéfices pragmatiques, ce choix

47. P. BOURDIEU, « Cette utopie, en voie de réalisation, d'une exploitation sans limite – L'essence du néolibéralisme », *Le Monde diplomatique*, mars 1998, p. 3.

48. Sur l'application de la théorie des jeux au droit : L. KAPLOW et S. SHAVELL, *Decision Analysis, Game Theory and Information*, New York, Foundation Press, 2004.

49. E. MACKAAY, *op. cit.*, note 23, p. 55-108.

50. Cette définition de N.P. BARRY, « The Tradition of Spontaneous Order », (1982) 5 *Literature of Liberty* 1-58, a été traduite par E. MACKAAY, *op. cit.*, note 23, p. 56.

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

aura tendance à se stabiliser sans autre contestation. Dans le second cas, les intérêts des joueurs divergent et les poussent à adopter des comportements stratégiques : qu'est-ce qui, de la coopération ou de la tricherie, est le plus avantageux ? Des expériences, aux noms exotiques comme le « jeu du faucon et de la colombe », le « dilemme du prisonnier », la stratégie du « tac au tac », permettraient, quand elles sont répétées à l'infini, de dégager les solutions les plus favorables et les plus durables. C'est ainsi que seraient nées des normes comme la possession pour l'attribution des richesses, le respect de la parole donnée pour les échanges, la structure hiérarchique d'autorité pour les actions collectives. Ces normes, qui auraient précédé le droit de propriété, la force obligatoire des contrats et l'institution de l'État, pourraient aussi bien les remplacer.

Devant l'intrusion des « valeurs commerciales, mais aussi et surtout la destruction de toutes les instances collectives⁵² », le rôle du système juridique se réduit donc comme peau de chagrin pour devenir purement instrumental, voire symbolique : prendre acte des solutions spontanées, à la limite les énoncer formellement et les garantir⁵³. Dans le contexte de la mondialisation, les greffes deviennent encore plus difficiles entre les systèmes juridiques nationaux et le système économique supraétatique. 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, selon les préférences des acteurs économiques : 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 tiers⁵⁴. Nous sommes ici en présence d'une double inversion puisque à la justice privée se joute en quelque sorte un ordre public d'entreprise. On peut attribuer cet état de chose à plusieurs facteurs : la réaction du système économique contre l'interventionnisme étatique ou une simple conjoncture factuelle

52. P. BOURDIEU, *loc. cit.*, note 47.

53. E. MACKAAY, *op. cit.*, note 23, p. 110.

54. O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press, 1985 ; L. ZINGALES, « Corporate Governance », dans P. NEWMAN (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, t. 1, Londres, MacMillan, 1998, p. 497, à la page 503.

ou encore l'œuvre concertée de la grande industrie et de la haute finance. Qu'importe la cause, cet ordre nouveau tend à s'universaliser sous l'égide d'organismes internationaux à vocation économique⁵⁵.

L'effet de satellisation du droit dans l'organisation socioéconomique est aussi renforcé par la démission des juges nationaux devant les nouvelles figures du contrat. Dans ce nouveau contexte, les activités commerciales, qu'elles soient locales ou transnationales, sont structurées juridiquement par des contrats complexes, incomplets, souvent à long terme, formant des groupes et des réseaux d'interdépendance et parfois même de dépendance entre partenaires inégaux⁵⁶. Selon la mentalité juridique classique, le contrat *doit* demeurer un instrument de prévisions, fût-il étalé sur une longue période, intégré à un vaste conglomerat relationnel ou 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 parties⁵⁷. 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 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 ». »⁵⁸ D'autant que le juge ne disposerait pas des outils appropriés pour calculer les effets incidents, ne serait donc pas compétent pour mesurer l'effet global de sa décision spéciale⁵⁹ : en effet, la révision appelant la révision, il peut s'ensuivre une réaction en chaîne impossible à contrôler, une inflation judiciaire néfaste pour l'économie. Une première intervention pourrait donc conduire à un déséquilibre généralisé⁶⁰. Une injustice ne vaut-elle pas mieux qu'un désordre quand ce qui est moralement souhaitable devient économiquement dangereux ?⁶¹ La réponse est claire : « Dans la mesure où, par ses répercussions, un principe général de révision aurait

55. Pensons à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), à l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), etc.

56. L. ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *McGill L.J.* 903.

57. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 7, p. 274 et 275.

58. *Id.*, p. 519.

59. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 8, p. 466.

60. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, note 12, p. 315 et 316 ; ce raisonnement est repris au Québec : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 7, p. 517.

61. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, note 12, p. 315 et 316.

risqué d'accroître l'instabilité économique, il aurait, *de ce seul fait*, cessé de satisfaire l'équité.»⁶² Et les auteurs de conclure : le facteur moral doit être subordonné au facteur économique, la justice à l'utilité. Autant d'injonctions économiques et juridiques ramènent les juges vers la passivité et, ce que l'on se plaît à appeler, leur neutralité dans les affaires privées. Il s'agit là, à notre avis, moins de retenue que de retraite judiciaire.

Par cette position, le droit s'insère dans la trame des justifications économiques et vient les renforcer : toute révision judiciaire, tout ajustement, toute nouvelle répartition des risques ne génère aucune richesse supplémentaire ; le refus des parties de renégocier l'entente initiale prouve qu'elle était satisfaisante et efficiente ; sans le consentement des parties, rien ne permet de présumer qu'une réallocation des gains et des pertes provoquera une plus grande efficacité ; l'activisme judiciaire met en péril les valeurs liées aux échanges volontaires : en haussant les coûts de transaction sans augmenter l'efficacité, il peut saper les vertus liées à l'ordre privé dans une économie de marché⁶³. Par principe, l'intervention des juges menace la liberté contractuelle, produit de l'insécurité et décourage les parties de planifier exhaustivement les termes de leur entente. Pis encore, les tribunaux ne disposent pas de l'information ni de l'expertise nécessaire pour déterminer dans quelles circonstances une révision peut être utile. Enfin, et surtout, le droit ne fournit pas d'outils appropriés pour fixer le contenu des contrats commerciaux complexes. Pour toutes ces raisons, la révision judiciaire constitue *in se* une mauvaise politique (*bad policy*)⁶⁴.

La reddition juridique juxte l'impérialisme économique dans un système global qu'on croirait en expansion constante et où, toute rencontre entre les sous-systèmes semble dorénavant exclue : sans le heurt salutaire de rationalités différenciées, c'est l'équilibre des forces qui est remis en jeu.

Contre ce qui semble un «état de fait», des voix se font entendre : certains auteurs s'emploient en effet à contester les arguments économiques qui provoquent le repli juridique⁶⁵. Quant à l'incompétence des juges, il importe de se demander si un tiers choisi par les parties offre une meilleure garantie compte tenu des moyens dont disposent les premiers pour obtenir

62. *Ibid.*

63. R.E. SPEIDEL, «Court-imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts», (1981) 76 *N.W. U. L. Rev.* 369, 393 et 394 : l'auteur reprend, pour mieux les critiquer, les arguments de R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2^e éd., Boston, Little, Brown & Co., 1977.

64. R.A. HILLMAN, «Court Adjustment of Long-Term Contracts : An Analysis Under Modern Contract Law», (1987) *Duke L.J.* 1, 3.

65. *Id.*, 25 et suiv. ; R.E. SPEIDEL, *loc. cit.*, note 63, 381 et suiv.

les informations pertinentes (y compris le recours aux experts). Quant aux restrictions inopportunes à l'autonomie des parties, ne faut-il pas déduire, de leur défaut de compléter ou rajuster elles-mêmes leur contrat, un consentement tacite à l'intervention des tribunaux ? Quant à l'inefficience intrinsèque des décisions judiciaires, il convient de considérer les avantages que les parties tirent de la préservation de leurs liens contractuels (*favor contractus*), d'autant que les coûts de transaction de la révision judiciaire sont souvent moindres que les coûts d'une planification exhaustive.

Il ne s'agit pas pour autant d'une invitation à l'intervention débridée des tribunaux. Ces auteurs délimitent les paramètres de la révision judiciaire : champ d'application, fondements et critères.

En effet, toutes les situations contractuelles ne sont pas en soi sujettes à révision⁶⁶. Dans les contrats à long terme, complexes et incomplets par la force des choses, la planification exhaustive est un mirage. Ces contrats laissent voir des lacunes qui ne devraient pas les empêcher toutefois de produire les effets économiques escomptés, particulièrement quand ils mettent en scène des tiers, quand ils impliquent des intérêts publics ou quand le marché n'offre pas de substitut. Ils sont de plus sensibles aux changements imprévus dans les conditions socioéconomiques : tout déséquilibre peut engendrer des comportements opportunistes et provoquer des gains inattendus pour l'un et des pertes considérables pour l'autre⁶⁷. Dans la mesure où les parties n'ont pas prévu le processus d'ajustement ou que l'une d'elles refuse de s'y soumettre, le tribunal devrait intervenir⁶⁸. La révision s'imposerait donc dans un nombre limité de cas.

Le pouvoir d'intervention judiciaire est fondé sur l'obligation qui est faite aux contractants de négocier de bonne foi, même en cours d'exécution, dans les cas d'indétermination, de lacunes ou d'imprévision⁶⁹. Cette obligation trouve sa source soit dans la volonté des parties⁷⁰ (le contrat contenait une clause que l'une des parties refuse de respecter ; ou le contrat était silencieux mais l'intention de renégocier était implicitement présente), soit dans une norme objective d'agir de bonne foi : elle prend alors racine dans les valeurs transcendantes qui s'expriment dans les principes généraux du droit, soit le sens de la justice, le partage des risques (une partie ne doit jamais être considérée comme l'assureur de l'autre partie), le maintien

66. R.E. SPEIDEL, *loc. cit.*, note 63, 372-375.

67. *Id.*, 370 et 395.

68. *Id.*, 370.

69. R.A. HILLMAN, *loc. cit.*, note 64, 4 : selon cet auteur, tout contrat contiendrait une obligation implicite de renégocier de bonne foi dans ces cas.

70. *Id.*, 4 et suiv. : cet auteur présente cette situation comme le modèle conventionnel (*agreement model*).

des relations (*favor contractus*), les attentes légitimes des contractants, l'esprit de coopération, etc.⁷¹.

Dans tous les cas, le juge est saisi d'une action en exécution de cette obligation. Si le demandeur n'a pas préalablement fait une proposition équitable et raisonnable, le juge devrait ordonner aux parties de procéder aux ajustements nécessaires; dans la mesure où elles ne s'entendent pas, il devrait imposer lui-même les conditions du contrat, en s'inspirant des règles de justice, des pratiques de commerce, des canons de l'efficacité économique ou mieux encore des habitudes d'affaires des parties elles-mêmes⁷². Le dispositif du jugement: ordonner aux parties de se soumettre aux conditions fixées ou, à défaut, en ordonner l'exécution en nature.

La communauté juridique ne doit-elle pas répondre aux mutations socioéconomiques par un changement de mentalité? Ne serait-ce qu'en adoptant la théorie des contrats relationnels de Ian Macneil⁷³ à laquelle se réfèrent ces auteurs⁷⁴, elle participerait à l'élaboration et à la diffusion d'un corps de règles qui, au-delà des seuls droits nationaux, sont inhérentes aux relations contractuelles.

Ce modèle de la satellisation tend, par un processus d'acculturation du système juridique, à contenir l'ordre contractuel à l'intérieur de frontières purement économiques. Le juge, comme nous l'avons vu, n'est guère invité à intervenir, et l'on accuserait volontiers de voyeurisme, voire d'intrusion, s'il osait s'y aventurer. Je crois cependant qu'il devrait saisir toutes les occasions propices à la réintégration du système juridique. Comment qualifier ce genre d'intervention à l'intérieur des frontières de l'ordre contractuel économique? Protectorat, occupation armée, invasion?

71. *Id.*, 14 et suiv.: cet auteur présente cette situation comme le modèle des lacunes («*gap model*»); R.E. SPEIDEL, *loc. cit.*, note 63, 404 et suiv.

72. A. SCHWARTZ, «*Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*», (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 271: cet auteur fait ainsi la distinction entre les approches relationnelles externes et internes.

73. I.R. MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry Into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.

74. A. SCHWARTZ, *loc. cit.*, note 72; R.E. SPEIDEL, *loc. cit.*, note 63; sur cette théorie au Québec: J.-G. BELLEY, «*La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme*», (1985) 26 *C. de D.* 1045; J.-G. BELLEY, «*L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat*», (1991) 32 *C. de D.* 253; J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société: étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 56; A. ROY, «*Le contrat en contexte d'intimité*», (2002) 47 *McGill L.J.* 855.

Conclusion

Assumant la fonction sociale de réguler les comportements, le système juridique a pour essence même de produire des règles dont la validité et la légitimité s'évaluent surtout formellement. L'économie, par ailleurs, remplirait une fonction purement organisationnelle, soit celle d'assurer la production et la distribution des richesses ; elle s'érige toutefois en système sous la poussée de sa construction théorique quand celle-ci passe de la simple évaluation de ses moyens et processus à une certaine fixation idéologique. Ainsi le libéralisme est devenu au XIX^e siècle la pensée économique dominante des pays occidentaux. Cette école fonde sa doctrine sur un raisonnement causal « conséquentialiste », structuré autour d'arguments pragmatiques⁷⁵ : ses constats factuels d'efficacité, identifiée à la maximisation des richesses individuelles et collectives, sont en fait des jugements de valeur, conçus en termes d'utilité, avantage, profit, sur certaines actions et sur leurs effets attendus. À partir d'une approche descriptive, « quand la société fonctionne de telle manière, la richesse croît », elle passe à une approche finaliste, « pour que croisse la richesse, la société doit fonctionner de telle manière ». C'est ainsi que le système économique, allant de l'être vers le « devoir être », acquiert sa portée normative, avec l'efficacité comme critère de légitimité matérielle.

Les contrats, à la fois institutions juridiques et vecteurs économiques, se trouvent donc au confluent de deux systèmes normatifs ; l'ordre contractuel est ainsi projeté au cœur du pluralisme juridique qui postule la coexistence de systèmes régulateurs différenciés applicables aux mêmes faits⁷⁶. Les trois modèles que j'ai proposés répondent de la pluralité des ordres et se structurent autour de leurs interactions. Dans le premier, la complémentarité domine : le droit et l'économie, partageant le même horizon de valeurs, vont en quelque sorte de la main dans la main. Le deuxième se construit sur l'antagonisme des idéaux, sur l'affrontement des finalités que chacun des systèmes s'est données. C'est enfin le parallélisme qui détermine le profil du dernier : fondé sur l'ignorance mutuelle, l'un et l'autre système semblent exister sans point de rencontre, comme s'ils n'appartenaient pas à la même réalité. Cependant, quelle que soit l'intensité des rivalités, il y a toujours entre systèmes polaires un entre-deux, un jeu au sens de la marge

75. C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, 5^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 357-364.

76. Le pluralisme juridique existe quand la même situation peut être régulée par plus d'un ordre normatif : J. VANDERLINDEN, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, 1972.

de mouvements possibles dans un cadre, qui permet d'établir un lien dynamique entre leurs éléments⁷⁷.

En utilisant la métaphore de la territorialité pour analyser l'intervention du juge dans les contrats, j'ai adopté un certain nombre de postulats. Le territoire est en effet un élément constitutif de la collectivité en même temps qu'une étendue spatiale sur laquelle un corps d'institutions exercent leurs compétences juridictionnelles exclusives ; la stabilisation des frontières est donc nécessaire à la fixation des critères d'appartenance, des structures organisationnelles et des modes de gouvernance qu'il présuppose. Or, selon les modèles que j'ai soumis, le traçage de ses frontières répondrait du choc des rationalités économique et juridique, de la collision des intérêts individuels et des idéaux sociaux. Objet de multiples convoitises, on pourrait croire ce territoire entièrement dominé par la précarité, l'incertitude, l'imprévisibilité. Devant cet état de fait, plusieurs réactions sont possibles : le durcissement, le laisser-faire, la résistance, l'adaptation.

C'est, soumis à ces impulsions, sous l'effet de ces résonances, que les juges doivent décider de leur rôle. La pensée moniste commanderait de choisir entre systèmes concurrents et de consacrer l'hégémonie de l'un sur l'autre. Cependant, donner toujours préséance à l'homogénéité sur l'hétérogénéité, à la stabilité sur les fluctuations, aux consonances sur les dissonances, à la simplicité sur la complexité, reviendrait à dénier le dynamisme socioéconomique. Seule l'internormativité peut assurer l'équilibrage des énergies juridique et économique qui animent les relations contractuelles. Jean-Guy Belley⁷⁸ propose de délaissier les stratégies d'opposition et de subordination entre les systèmes normatifs au profit de leur coordination, de leur conjonction, donc de leur transformation, afin d'éviter que l'un soit remplacé, désintégré par l'autre.

Les juges sont donc convoqués à la table de la diversité contractuelle car il faut bien comprendre que tous les modèles d'interactions coexistent dans le monde contemporain.

77. M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992.

78. J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 153 et 196.