

---

# Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec

---

Louise Rolland\*

---

Le contrat se trouve au confluent des systèmes social, économique et juridique. Sous la poussée des idéologies individualiste et libérale, les juristes ont dressé une théorie générale des contrats axée sur la liberté individuelle, la transaction économique et la fragmentation des rapports juridiques.

Cette «théorie classique» heurte à la fois la mentalité sociale, les pratiques contractuelles et les stratégies économiques contemporaines. Les études empiriques, à saveur sociologique ou économique, démontrent en effet un déplacement de la liberté vers la moralité, de la transaction vers la relation, de la fragmentation vers l'intégration des rapports, de la clôture vers l'ouverture systémique.

Les pratiques contractuelles contemporaines dessinent de nouvelles figures : des contrats à long terme, ouverts et largement indéterminés commandent souplesse et flexibilité dans la poursuite assumée d'un but économique commun et dans le maintien des liens d'affaires ; des contrats interreliés, par succession ou par groupements, nouent des alliances d'intérêts particuliers ; des structures organisationnelles partiellement hiérarchisées défient tout à la fois l'égalité et l'horizontalité principielles prônées tant par le droit que par les lois du marché. De nouvelles théories du contrat ont vu le jour et rendent mieux compte de la réalité : parmi elles, «Le juste et l'utile» de Jacques Ghestin, «Le contrat relationnel» de Ian R. Macneil, «Les groupes de contrat» documentés par Bernard Teyssié et Mireille Cabache-Gibeili, «Les contrats hybrides» de Oliver E. Williamson, «Les contrats symbiotiques» de Erich Schanze.

Si la «théorie classique» — ses abstractions logiques, ses catégorisations, ses classifications — s'en trouve grandement bouleversée, il n'en est pas de même du droit commun des contrats : cette étude démontre en effet que le *Code civil du Québec* a d'ores et déjà, dans une large mesure, intégré ces nouvelles réalités et pourrait, pour le reste, les absorber facilement à condition d'en faire une lecture pragmatique et d'adopter une attitude théorique émancipatrice à l'égard de certains canons juridiques devenus mythiques.

Contract theory developed at the confluence of social, economic, and legal theory. Encouraged by individualist and liberal ideologies, jurists have developed a general theory of contract based on individual freedom, the practices of economic transactions, and the vulcanization of contractual relations.

This “classical theory” is in conflict with the social mentality, practical contract considerations, as well as modern commercial strategies. Empirical sociological or economic studies show how individual freedom is giving way to moral considerations, business transactions to business relations, and vulcanization to integration of relations. The end result is an open as opposed to a closed system.

Modern commercial practices reveal new trends in contract law: the use of long-term contracts, largely indeterminate in nature that command a great deal of flexibility in order to pursue the economic interests of the parties as well as their professional relation; interrelated contracts that govern the particular interests of a number of associated parties; contracts establishing partially-hierarchical organizational structures that defy not only the law, but also market forces. Recently expounded theories document these new trends; among them are Jacques Ghestin's “the just and the useful”, Ian R. Macneil's “relational contract”, Bernard Teyssié and Mireille Cabache-Gibeili's “groups of contracts”, Oliver E. Williamson's “hybrid contracts”, and Erich Schanze's “symbiotic contracts”.

If in face of these new trends the “classical theory”—its logic and characteristics—begins to fray, such is not the case with respect to the *jus commune* of contracts. This article examines how, to a large extent, the *Civil Code of Quebec* has already accounted for most of these new commercial realities. As for the rest, they can be easily integrated if one is prepared to take a pragmatic reading of the Code, keeping in mind its theoretical underpinnings.

---

\* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal.

© Revue de droit de McGill 1999

McGill Law Journal 1999

Mode de référence : (1999) 44 R.D. McGill 903

To be cited as: (1999) 44 McGill L.J. 903

---

## Introduction

### I. De la liberté vers la moralité

### II. De la transaction vers la relation

A. *De l'objet vers le sujet*

B. *De la clôture vers l'ouverture environnementale*

C. *De la fixité vers la flexibilité*

### III. Vers l'intégration

A. *Pluralité : les chaînes et les groupes de contrats*

B. *Verticalité : les contrats hybrides, symbiotiques et asymétriques*

## Conclusion

---

## Introduction

Toute réflexion sur les contrats devrait tenir compte de deux postulats essentiels qui tiennent à leur place singulière dans le droit. D'abord, chaque contrat institue un ordre juridique privé dont les liens à l'ordre étatique sont plus ou moins pénétrants ; ensuite, l'ordre contractuel fonde, en principe et contrairement au droit dit objectif, des rapports juridiques horizontaux.

Le droit reconnaît que des faits sociaux — une entente entre deux personnes sur un objet donné — deviennent des rapports de droit sans pour autant être soumis au contrôle de validité juridique. Le droit positif crée bien des règles constitutives mais ni l'administration publique, ni les tribunaux n'en assurent l'observation : leur contrôle ne viendra qu'*a posteriori* et plus encore dans une procédure à demande. Un contrat imparfaitement formé ou imparfaitement exécuté pourra vivre sa vie sans autre forme de procès. Un tribunal pourra même ordonner, à défaut de demande expresse<sup>1</sup>, l'exécution d'un contrat annulable puisqu'il est susceptible de confirmation<sup>2</sup>. Seul l'intérêt général autorise l'intervention autoritaire, mais encore faut-il que le tribunal soit dûment saisi par une personne qui y a un intérêt né et actuel<sup>3</sup>. Les parties demeurent donc le plus souvent libres de fixer le contenu contractuel, de le modifier, d'en suspendre les effets, d'y mettre fin, de s'accorder mutuellement des immunités, de soumettre leurs conflits à l'arbitrage privé : un contrat peut rester à la périphérie du droit étatique sans que sa nature juridique ne s'en trouve altérée. L'ordre contractuel est dans ce sens un ordre privé<sup>4</sup>.

Les conventions sont nées des besoins humains d'échanges économiques. Domat écrivait au XVII<sup>e</sup> siècle :

---

<sup>1</sup> Voir art. 1419-1420 C.c.Q.

<sup>2</sup> Voir art. 1423 C.c.Q.

<sup>3</sup> Voir art. 1417-1418 C.c.Q.

<sup>4</sup> Nous empruntons ce concept d'«ordre privé» à la sociologie du droit mais en lui donnant un sens quelque peu différent. Santi Romano fonde le concept d'ordre juridique sur une définition du droit comme phénomène social qui, au-delà des seules normes, relève de l'existence d'une institution — c'est-à-dire un corps social composé d'agents mais ayant une existence objective et concrète — qui crée, modifie, applique et fait respecter des normes. Voir S. Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975. Ce concept d'ordre juridique a donné naissance, en sociologie du droit, à un courant théorique dit «institutionnaliste» qui a débouché sur le pluralisme juridique en ce que l'État, ne détenant pas en cela de monopole absolu, voisinait d'autres institutions qui, en fait et tout autant, créaient et appliquaient des normes ; à l'ordre juridique étatique s'ajoutaient donc des ordres juridiques dits privés. Voir J.-G. Belley, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales [...] Pour une problématique du pluralisme juridique» (1986) 18 : 1 Sociologie et sociétés 11 ; G. Rocher, «Pour une sociologie des ordres juridiques» (1988) 29 C. de D. 91. L'ordre contractuel est le produit d'un processus de décision privé alors que le droit étatique des contrats est le produit d'un processus de décision public. Que le dernier reconnaisse la nature juridique du premier sans pour autant le contrôler de l'extérieur nous autorise à qualifier l'ordre contractuel d'ordre juridique privé.

L'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile, et des liaisons que Dieu forme entre les hommes. Car comme il a rendu nécessaire, pour tous leurs besoins, l'usage réciproque de leur industrie et de leur travail, et les différents commerces des choses, c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accommodent<sup>5</sup>.

On imagine mal la vie en société, essentiellement fondée sur l'organisation relationnelle, sans un code collectif d'allocation privée des ressources, sans donc l'encadrement juridique des conventions spontanées de ses membres. En soi pourtant, les conventions pourraient être juridiquement libres, s'incarner dans la seule sphère privée à l'abri du regard politique. Compte tenu des désordres que les conventions peuvent engendrer, celui qui naîtrait de l'utilisation de la force individuelle pour leur exécution comme celui qui résulterait du déséquilibre économique potentiel dans la communauté, l'on confie au droit leur force exécutoire par la contrainte publique, après lui avoir accordé l'autorité d'encadrer l'exercice de la liberté individuelle dans les frontières de l'ordre public. Cet ordonnancement reflète les valeurs culturelles qui fixent ses fondements. L'ordre contractuel est dans ce sens un ordre public et, dans la configuration socio-politique occidentale, un ordre étatique.

Les contrats ne sont donc pas des bulles sociales étanches. Leur utilité sociale les jette en quelque sorte sur la place publique sous le projecteur du droit étatique dont ils tirent en contrepartie leur force obligatoire, leur sécurité ultime. L'interpénétration des deux ordres s'accomplit sous forme dialogique, ce qui plonge le système juridique au cœur du pluralisme. Le droit positif impose ses règles impératives et façonne ainsi les contrats, que ce soit par adhésion aux finalités recherchées ou par simple prévention stabilisatrice. Au-delà, l'ordre privé prévaut à travers la commune intention des parties, l'interprétation qu'elles ont déjà donnée du contrat, les usages du milieu<sup>6</sup>. Le contrat façonne alors le droit par l'effet surdéterminant des règles du marché économique, des structures organisationnelles innovatrices, des mutations technologiques ou plus globalement des valeurs qui y sont culturellement défendues. Le droit s'ajuste périodiquement aux systèmes social et économique qui impulsent les configurations des contrats. Ce sont là des moments d'interpénétration de l'ordre juridique privé et de l'ordre juridique étatique.

L'ordre contractuel se caractérise également par l'horizontalité des rapports juridiques qu'il crée alors que les grands paradigmes du droit — jurnaturalisme et positivisme — proposent au contraire une structure verticale de légalité incarnée légitimement par des pouvoirs hiérarchiquement organisés. Le droit naturel moderne fondait la légitimité du souverain dans un ordre supérieur extramondain — divin — qui par délégation l'investissait de ses prérogatives. Les relations juridiques, construites sur la soumission, se modelaient sur le schème supérieur/inférieur, maître/sujet, dominant/dominé. Parallèlement, en jeu de miroir, la légalité des normes s'appréciait en verticalité allant des lois universelles aux lois naturelles aux lois humaines. Le positi-

---

<sup>5</sup> J. Rémy, dir., *Œuvres complètes de J. Domat*, t. 1, Paris, Alex-Gobelet Librairie, 1835 à la p. 121.

<sup>6</sup> Voir art. 1425-1426 C.c.Q.

visme a sécularisé l'organisation juridique mais sans en modifier véritablement la structure. La démocratie compose l'organisation des pouvoirs par mouvement circulaire. Ainsi, le grand nombre abdique sa liberté au profit de représentants et d'institutions qui, légitimement investis, imposent les normes auxquelles chacun est ensuite soumis. Même autrement fondés, la hiérarchie est reconstituée et le principe de légalité demeure verticalement dressé allant de la norme fondamentale vers les normes générales puis vers les normes singulières, dont les normes contractuelles. En ce sens, l'ordre juridique public — le droit des contrats — intègre verticalement l'ordre privé.

À l'intérieur de l'ordre privé cependant, des rapports fondés sur des obligations volontairement consenties ne peuvent en principe s'accommoder d'un schème de soumission : aucun des contractants n'est légitimement investi du pouvoir d'imposer unilatéralement sa volonté. Le libre choix de chacun est un présupposé essentiel de l'ordre contractuel. Sans être absolu, que son exercice soit réel, imaginé ou postulé, il est nécessaire à sa conceptualisation<sup>7</sup>. Toute tentative de verticalité constitue en soi une distorsion ; ce que les forces socio-économiques ont tendance à dresser sans autre effort d'équilibrage, le droit devrait le niveler en réalité, pour redonner au contrat son horizontalité principielle.

Dans la foulée de la réforme du Code civil, le droit commun des contrats a été reçu par le législateur, assisté par l'Office de révision et politiquement influencé par les groupes sociaux. L'on s'entend pour affirmer que cette réforme propose une consolidation du droit commun, mais également une modernisation des règles et certaines innovations. L'histoire de la réforme a permis aux juristes québécois d'assister aux jeux de force mettant en scène des intérêts socio-économiques divergents et, bien au-delà, à la confrontation de valeurs rendues conflictuelles entre la justice et la stabilité des contrats. Cette discussion, tant philosophique que juridique et économique, bien qu'exacerbée par une réforme législative, n'est pas nouvelle<sup>8</sup>. Elle a alimenté tous les tournants historiques en la matière. Plus encore, elle n'a eu de cesse même en période d'accalmie, voire d'immobilisme législatif<sup>9</sup>. La doctrine et la jurisprudence se sont alors passé le relais, en recherche d'équilibre au fil de l'évolution et des soubresauts des rapports sociaux et économiques. La réforme du droit commun des contrats laisse des espoirs déçus pour certains, des craintes nouvelles pour d'autres ; la naissance toute politique du droit, comme le veut la démocratie et le positivisme pur, n'est que le début de toute histoire juridique. Il reste à en déterminer le sens par l'application singulière, par l'interprétation générale, par la réflexion systématique : tous les destinataires du droit y sont convoqués, les citoyens comme l'administration, les juristes comme les tribunaux.

---

<sup>7</sup> Voir I.R. Macneil, «The Many Futures of Contracts» (1974) 47 Southern Cal. L. Rev. 691 aux pp. 701-02 [ci-après «Futures»].

<sup>8</sup> Voir J.-L. Gazzaniga, «Domat et Pothier [:] Le contrat à la fin de l'Ancien Régime» (1990) 12 Droits 37.

<sup>9</sup> Le Code Napoléon n'a jamais connu de réforme systématique. Le *Code civil du Bas Canada* aura vécu sans modifications majeures au chapitre des obligations pendant plus de 125 ans.

Parallèlement à la réforme législative, les pratiques contractuelles se sont transformées. La vision contemporaine du contrat a changé selon au moins trois axes paradigmatiques. Selon l'axe des fondements philosophico-économiques, de l'autonomie de la volonté et du libéralisme économique vers la moralité contractuelle et l'interventionnisme étatique (I). Selon l'axe structurel, de la transaction économique vers la relation économique (II). Selon l'axe organisationnel, vers l'intégration (III).

Mues par la pratique, observées et théorisées par des juristes et des économistes, les figures contemporaines du contrat — le contrat relationnel, hybride ou symbiotique, le contrat de dépendance comme les groupes ou les chaînes de contrats — ébranlent la théorie juridique classique. Elles bouleversent les distinctions catégorielles, elles questionnent les liaisons de finalité, elles secouent l'ordonnancement conceptuel : en réponse, la théorie classique résiste à la pénétration des nouvelles réalités économiques dans le système juridique. En revanche, nous croyons que le droit commun des contrats<sup>10</sup> supporte ces innovations sans abdiquer ses fonctions stabilisatrices primordiales, à savoir assurer la sécurité et la justice des rapports juridiques au sein de l'ordre privé en conservant autoritairement aux contrats l'horizontalité qui leur est propre.

Ces trois révolutions paradigmatiques renvoient à des théories que nous exposons brièvement<sup>11</sup> selon une approche pragmatique : ces théories relèvent d'études empiriques et font état de changements d'ores et déjà accomplis dans le monde des affaires ; elles réfèrent donc à des pratiques contractuelles effectives. Nous proposons de les analyser à travers le double filtre de la théorie juridique classique<sup>12</sup> et du droit

---

<sup>10</sup> Nous entendons par «droit commun des contrats» les dispositions du *Code civil du Québec* sur les rapports contractuels, c'est-à-dire non seulement ce qu'il est convenu d'appeler les dispositions communes à tous les contrats (art. 1377 et s. C.c.Q.), mais également les dispositions sur les contrats nommés (art. 1708 et s. C.c.Q.) qui s'inscrivent dans le même esprit en le complétant et qui, en cas de dérogations, le colorent d'une autre mentalité, quoique partiellement et par nuances exceptionnelles.

Notre analyse ne prendra pas en compte, sauf exceptionnellement, les lois particulières applicables en la matière, non par conviction idéologique fondée sur la coexistence d'un droit général et d'un droit spécial qui cohabitent dans l'antagonisme, mais par choix méthodologique préférant garder pour plus tard cette étude intégrative. Nous sommes conscients cependant que les lois particulières sont la principale source de l'ordre public — de direction et de protection — et constituent de ce fait l'encadrement limitatif le plus efficace de la liberté contractuelle. Voir par ex. P. Ciotola, «L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats ?» (1986) 20 R.J.T. 169.

<sup>11</sup> Il ne s'agit pas ici d'une analyse purement ou principalement théorique, qu'elle soit comparative ou critique. Nous ne procéderons donc pas à l'analyse fine de la pensée de chaque auteur.

<sup>12</sup> Pour une définition du concept de «théorie juridique», voir G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Presses universitaires de France, 1996, s.v. «théorie juridique» :

Activité doctrinale fondamentale dont l'objectif est de contribuer à l'élaboration scientifique du Droit, en dégagant les questions qui dominent une matière, les catégories qui l'ordonnent, les principes qui en gouvernent l'application, la nature juridique des

commun des contrats afin d'évaluer si elles sont intégrées ou intégrables au système québécois de droit civil. Nous utiliserons également un troisième filtre, celui des principes unificateurs du droit privé proposés à la communauté internationale<sup>13</sup> et européenne<sup>14</sup> pour réglementer, à titre supplétif et sur une base volontaire, le droit relatif aux contrats du commerce international. Proches des pratiques contractuelles contemporaines, ces principes reflètent certains consensus, au sein des grands systèmes juridiques, qui leur confèrent le statut de *jus commune* moderne<sup>15</sup>.

## I. De la liberté vers la moralité

Le codage juridique des conventions prend en compte à la fois leur caractère privé et communautaire ; les échanges économiques répondent aux besoins individuels, tout en assurant plus globalement la survie du groupe, de la société. Cette double finalité inscrit le degré de contrôle du droit dans un état de tension entre intérêts le plus souvent divergents, qui l'oblige à fixer ses coordonnées sur plusieurs axes idéologiques : individualisme/solidarité sociale ; liberté/sécurité ; subjectivisme/objectivisme ; consensualisme/formalisme. Les points d'ancrage varieront au rythme des régions et des saisons culturelles.

N'échappant pas au paradigme dominant de la modernité, les historiens du droit ont traditionnellement proposé une vision évolutionniste de la théorie générale des contrats<sup>16</sup>. Ainsi en droit civil, le formalisme du droit romain aurait cédé au consen-

---

droits et des institutions, l'explication rationnelle des règles de Droit ; réflexion spéculative qui tend à découvrir la rationalité du Droit sous son historicité.

Quand nous en appelons à la «théorie classique des contrats», nous pensons à la doctrine, reçue et généralement véhiculée par les juristes y compris les tribunaux, telle qu'elle se reflète dans les grands traités québécois et français sur les obligations. Nous ne l'associons donc pas à ce que l'on appelle la «théorie générale du contrat» dont Éric Savaux a démontré la double nature et la confusion que génère cette double acception. La «théorie générale du contrat» est interpellée, en positivité, pour circonscrire les règles de droit applicables à tous les contrats par opposition aux règles dites spéciales — du Code civil ou des autres lois — qui ne s'appliquent qu'aux contrats nommés. Par ailleurs, la «théorie générale du contrat» sert également à désigner la doctrine dominante — en cela dite générale — qui participe à l'élaboration de la science du droit et qui prétend mythiquement à la positivité. Voir É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997.

<sup>13</sup> Voir Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994 [ci-après Principes-UNIDROIT].

<sup>14</sup> Voir Commission pour le droit européen du contrat, *Les principes du droit européen du contrat : L'exécution, l'inexécution et ses suites*, Paris, La documentation française, 1997 [ci-après Principes du droit européen].

<sup>15</sup> Voir M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law : The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Irvington (N.Y.), Transnational Juris, 1994 à la p. 120 ; P.-A. Crépeau, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Scarborough, Carswell, 1998 à la p. 28.

<sup>16</sup> Si cette évolution est analysée par les civilistes à partir de l'antiquité romaine comme lieu originare, il n'en reste pas moins que le concept de théorie générale du contrat est issu de la modernité ;

sualisme, sous l'influence du droit canon d'abord, du droit naturel ensuite, de l'esprit révolutionnaire enfin. L'observance des rites païens pouvaient avantageusement être remplacée par la foi jurée dont la violation trouvait une double sanction, humaine comme manquement à la parole donnée mais, plus encore, divine comme péché. La solennité, en quelque sorte, s'intériorisait puisque l'échange de consentement s'accompagnait du serment unilatéral des deux parties au même Dieu. C'est plus tard la doctrine du libre arbitre, délégation divine puis immanence humaine, qui poussèrent les jusnaturalistes vers le volontarisme comme figure d'assise des conventions économiques. L'humanisme philosophique relégua définitivement les solennités contractuelles dans les retranchements de l'exception. Au moment de la Révolution, sous l'impulsion conjuguée notamment de Rousseau et de Kant, le politique se contractualise et le contrat se politise autour du principe de l'autonomie de la volonté, noyau dogmatique de toutes les libérations. Libération non seulement de forme mais plus encore de fond : la volonté est l'expression de la liberté humaine, absolue dans sa circularité, puisque nul ne peut l'abdiquer sauf volontairement. Aucune obligation contraignante ne peut autrement naître ; c'est le règne de l'individualisme catégorique. La liberté contractuelle tient le droit à distance : en son nom, l'on ne peut être tenu ou empêché de contracter et l'on peut contracter avec qui l'on veut et sur ce que l'on veut. En revanche, la sécurité contractuelle appelle le droit. La volonté individuelle doit lier en droit ; les obligations que l'on s'impose librement doivent être exécutées sous peine de sanction publique.

Les fondements philosophiques étaient solidement soutenus et renforcés par le libéralisme économique en ce qu'ils répondaient adéquatement aux impératifs du marché. En effet, cette doctrine du «laissez faire et laissez passer» permettait à l'individualisme d'absorber la justice et la solidarité sociale. Un individu libre sauvegarde forcément ses intérêts. Par conséquent, un contrat auquel on a volontairement consenti est forcément juste, ce qui écarte toute la valeur corrective d'un quelconque droit objectif. Plus encore, l'intérêt général étant la sommation des intérêts particuliers, seules les initiatives individuelles pleinement spontanées sont susceptibles d'assurer la prospérité et l'équilibre général : les automatismes économiques, comme le contrôle des prix par la libre concurrence, sont sources d'harmonies naturelles que tout interventionnisme viendrait fausser<sup>17</sup>.

C'est dans cet esprit que fut accomplie, au XIX<sup>e</sup> siècle, la codification du droit civil, au Québec comme en France. Le volontarisme et le libéralisme imprégnaient si parfaitement les pensées qu'ils *allaient sans dire* ; les conventions n'y sont définies que par leurs conditions d'existence et de validité juridiques, c'est-à-dire un consentement donné légalement par des personnes capables, sur un objet déterminé et pour une cause licite<sup>18</sup>. Ce qui a fait dire aux auteurs, dans un mouvement théorique géné-

---

on attribue à Domat et Pothier les premières théories générales, celles qui auraient fondamentalement marqué les codifications. Voir Savaux, *supra* note 12 aux pp. 2-3.

<sup>17</sup> Voir J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 1991 à la p. 77.

<sup>18</sup> Voir art. 984 C.c.B.-C. ; art. 1108 C. civ.

ralisé, que le contrat est essentiellement un accord de volontés<sup>19</sup>. La volonté, comme acte de liberté individuelle, se forge dans le for intérieur de chaque partie et s'extériorise, en échange communicationnel, par la déclaration, d'où le conflit potentiel d'une volonté déclarée qui ne coïncide pas parfaitement avec la volonté interne. La résolution de ce conflit a donné naissance aux courants subjectiviste et objectiviste, opposés par la préséance que l'on accorde à l'une ou l'autre des volontés. Ce clivage théorique s'est incarné, sur fond de sécurité des rapports juridiques, dans les droits civils français et allemand, autour de l'importance relative des vices du consentement, de la cause subjective et de la règle d'or d'interprétation des contrats. L'écart s'est amoindri par aménagement tendanciel, plus subjectiviste dans la tradition française<sup>20</sup> importée au Québec dès la codification de 1866<sup>21</sup>, plus objectiviste dans la tradition germanique.

L'absolutisme du principe de l'autonomie de la volonté et de la doctrine économique libérale a été battu en brèche tout au long du XX<sup>e</sup> siècle. Curieusement, c'est à travers leur critique que ces principes furent expressément interpellés au regard de la théorie des contrats<sup>22</sup>. Arraisonnés par le réalisme juridique, les postulats théoriques ont dévoilé leur face cachée : la liberté et l'égalité idéelles du modèle humain abstrait qui les fondaient occultaient la dépendance et l'inégalité matérielles de l'individu et des groupes sociaux empiriques. Les déséquilibres contractuels dévoilaient les excès de l'individualisme et du volontarisme, ils ordonnaient le renversement du couple philosophique moyens-fins. Perdant son statut de valeur en soi, la volonté devait désormais servir la justice et l'utilité sociale sous l'œil vigilant du droit objectif<sup>23</sup>. L'ordre public, limite traditionnelle à la liberté contractuelle, s'est raffiné. À l'ordre public de direction — code moral et social de l'intérêt général — s'est adjoint l'ordre public de protection — lois d'équilibre des intérêts particuliers en lutte contre les in-

---

<sup>19</sup> Au Québec, voir par ex. P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien basé sur les «Répétitions écrites sur le Code civil» de Frédéric Mourlon avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 6, Montréal, Théoret, 1902 à la p. 181. En France, voir par ex. G. 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 du journal du palais, 1897 à la p. 5.

<sup>20</sup> Voir L.J. de la Morandière, dir., *Traité de droit civil de Ambroise Colin et Henri Capitant*, t. 2, Paris, Dalloz, 1959 aux pp. 325-27 [ci-après *Colin et Capitant*] ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1939 à la p. 37 ; J. Carbonnier, *Droit civil — Les obligations*, t. 4, Paris, Presses universitaires de France, 1994 à la p. 68 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil — Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1993 à la p. 77 ; J. Ghestin, «L'utile et le juste dans les contrats», (1981) 26 *Archives de la philosophie du droit* 35.

<sup>21</sup> Voir J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1993 aux pp. 95-96.

<sup>22</sup> Voir E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé [:] Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse de doctorat, Université de Dijon, 1912, Paris, Rousseau, 1912 ; G. Morin, *La loi et le contrat : la décadence de leur souveraineté*, Paris, F. Alcan, 1927 ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses universitaires de France, 1980 ; N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988 ; M. Coipel, «La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile» (1990) 24 *R.J.T.* 485.

<sup>23</sup> Voir Flour et Aubert, *supra* note 17 aux pp. 77-82.

justices systémiques. Cette prise de conscience s'est manifestée, en recherche de justice contractuelle, dans la doctrine bien sûr, mais également dans la jurisprudence et la loi : contrat d'adhésion<sup>24</sup>, abus de droit<sup>25</sup> et clauses abusives<sup>26</sup>, protection particulière des emprunteurs<sup>27</sup>, des locataires<sup>28</sup> et des consommateurs<sup>29</sup>. Ce sont là bien sûr des interventions juridiques ponctuelles, des accommodations perçues comme mesures exceptionnelles, qui créent en quelque sorte des poches sociales isolées, identifiées par la faiblesse économique de ses membres, mais ce sont là des entorses irrémédiables aux thèses individualiste et volontariste.

La théorie générale des contrats aurait donc été, depuis les grandes codifications, le théâtre d'évolutions qui figurent sur un arc allant du déclin de l'autonomie de la volonté vers l'emprise du droit objectif, gardien de l'équité et de la justice des rapports économiques privés. Ce serait là, selon Jacques Mestre, «des évolutions d'ores et déjà achevées»<sup>30</sup>, «un phénomène acquis, d'ores et déjà accompli»<sup>31</sup>. Cette affirmation catégorique est-elle vérifiable ? Le droit civil français n'a jamais connu de révision globale, comme ce fut le cas au Québec. La réforme systématique du Code civil québécois permet-elle de confirmer cette hypothèse ?

Aux termes d'un long processus de réflexions et de consultations<sup>32</sup>, le *Code civil du Québec*<sup>33</sup> est venu remplacer le *Code civil du Bas Canada*, plus que centenaire, après être passé à travers le sas critique de l'Office de révision du Code civil<sup>34</sup>, d'avant-projets de loi<sup>35</sup> et d'un projet de loi revu et corrigé<sup>36</sup>. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994, flanqué pour assurer la transition de la *Loi sur l'application de la ré-*

---

<sup>24</sup> Voir G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976 ; P. Azaud, «Le contrat d'adhésion» (1960) 20 R. du B. 337 ; *Yorkshire Insurance c. Turgeon*, [1960] B.R. 625 ; *Ocean Accident & Guarantee c. Air Canada*, [1975] R.P. 193 (C.A.).

<sup>25</sup> Voir *Quaker Oats of Canada c. Côté*, [1949] B.R. 389 ; *Modernfold Ltée c. New Castle Products*, [1973] C.S. 220.

<sup>26</sup> Voir H. Bricks, *Les clauses abusives*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982.

<sup>27</sup> Voir art. 1040(c) C.c.B.-C.

<sup>28</sup> Pour des dispositions particulières d'ordre public applicables à un bail de logement en 1979, voir art. 1650 et s. C.c.B.-C.

<sup>29</sup> Voir la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1.

<sup>30</sup> «L'évolution du contrat en droit privé français» dans *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, 41 à la p. 42.

<sup>31</sup> *Ibid.* à la p. 43.

<sup>32</sup> Processus entrepris en 1955 par la *Loi concernant la révision du Code civil*, L.Q. 1954-1955, c. 47.

<sup>33</sup> Adopté en 1991.

<sup>34</sup> Voir Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978 [ci-après O.R.C.C.].

<sup>35</sup> Des avant-projets de lois sectoriels ont vu le jour pour chaque grand chapitre du Code civil entre 1978 et 1991 ; pour le droit des obligations, voir la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., Québec, 1987 [ci-après *Avant-projet*].

<sup>36</sup> Voir P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1<sup>re</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., Québec, 1990.

*forme du Code civil*<sup>37</sup>. Cet exercice poursuivait sans contredit des fins d'adaptation et d'actualisation :

[L]a réforme du Code civil a voulu traduire, à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, les mutations profondes qu'a connues la société québécoise depuis l'adoption, en 1866, du Code civil du Bas Canada dans les rapports sociaux et familiaux, les valeurs, les connaissances, le contexte économique, la perspective nouvelle des rapports humains dans la société et une meilleure adéquation au présent<sup>38</sup>.

Compte tenu de ce que nous avons présenté comme l'évolution de la pensée juridique autour d'une théorie des contrats, on pouvait s'attendre à un revirement majeur, une révolution sonnante le glas de la doctrine contractuelle libertaire au profit d'une justice législativement orientée et judiciairement contrôlée. Ce fut d'abord le cas : sous l'influx des données socio-économiques conjuguées aux critiques juridiques, l'Office de révision proposa une réforme profonde du droit des obligations qui se nouait, d'une manière plus qu'illustrative, autour de la reconnaissance «universelle» de la lésion — définie comme une disproportion importante entre les prestations résultant de l'exploitation de l'une des parties au contrat par l'autre<sup>39</sup> — comme pierre angulaire d'une nouvelle philosophie contractuelle. Par là, et contrairement aux codificateurs de 1866 qui avaient cru naïvement que la liberté contractuelle était synonyme de justice<sup>40</sup>, ceux des années 90 ne pouvaient être dupes des abus qu'une telle doctrine avait suscités. Les contrats, loin d'être une image d'harmonie sociale, représentent le plus souvent un «rapport de forces économiques», le «siège d'une lutte d'intérêts», un «rapport de conflit», un «champ de tensions économiques» à cause des inégalités entre les parties contractantes<sup>41</sup>.

Cependant les étapes législatives subséquentes, plus politiquement marquées par le jeu des groupes d'intérêts et d'influence, ont agi sur cette poussée par processus de freinage puis de rupture<sup>42</sup>. La reconnaissance universelle de la lésion fut d'abord amputée de toute application au domaine des affaires<sup>43</sup> pour ensuite être ramenée au régime préexistant d'application aux seuls incapables et, à l'égard des majeurs capables, aux seuls cas expressément reconnus par la loi<sup>44</sup>. Les vieux dogmes avaient donc ré-

<sup>37</sup> L.Q. 1992, c. 57.

<sup>38</sup> Québec, Ministre de la justice, *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publication du Québec, 1993 à la p. 6 [ci-après *Commentaires*].

<sup>39</sup> Voir art. 1406, al. 1 C.c.Q.

<sup>40</sup> La formule célèbre «qui dit contractuel dit juste» date sensiblement de la même époque. Voir A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Machette, 1910 à la p. 410.

<sup>41</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992 aux pp. 288-89.

<sup>42</sup> Voir J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1996 aux pp. 167-70.

<sup>43</sup> Le recours n'était plus ouvert aux personnes morales et aux personnes physiques qui contractaient pour les fins de leur entreprise. Voir art. 1449 de l'*Avant-projet*, *supra* note 35.

<sup>44</sup> Voir art. 1405 C.c.Q. Pour l'historique de ces modifications, voir Crépeau, *supra* note 15 aux pp. 84-110.

sisté au vent du changement : « Cette réforme s'inscrit aussi dans la continuité du droit antérieur ; elle en constitue le prolongement, la bonification, la consolidation », dira rétrospectivement le Ministre de la justice<sup>45</sup>. La réforme adoptée résulte donc de la tension entre modernisation et tradition, tension qui se répercute dans les concepts fondateurs :

Le Code civil du Québec met plus en évidence le respect de la personne humaine et de ses droits, sans toutefois négliger l'expression de ses obligations et des devoirs qu'imposent les relations sociales. Le code favorise aussi un nouvel équilibre notamment [...] en matière contractuelle où, tout en respectant les principes d'autonomie de la volonté et de libéralisme dans les conventions, il prévoit des tempéraments importants visant à protéger la partie la plus vulnérable<sup>46</sup>.

Sur fond de réalisme, certains ont perçu cette tension comme une régression : « L'idéologie est restée purement libérale. [...] C'est encore un code du capitalisme sauvage, de la déréglementation et de la privatisation »<sup>47</sup>. D'autres ont perçu cette tension comme une progression vers une nouvelle moralité contractuelle : « Le Code civil du Québec a donc adopté une philosophie beaucoup plus respectueuse du *fair play* et de l'équité contractuelle »<sup>48</sup>. Au confluent d'une double finalité — liberté de tous et protection des plus faibles — l'équilibre des forces naît peut-être précisément de leur tension. La théorie proposée emprunte certes la voie de la liberté, mais une voie éclusée qui pourrait répondre avec souplesse et flexibilité aux réalités sociales et économiques changeantes, dans un équilibre à toujours rebâtir. Aux empreintes individualistes et volontaristes, s'ajoutent des marques personnalistes auxquelles on joute des impératifs moraux et sociaux. Le point d'équilibre résultera donc de la tension des forces dont le *Code civil du Québec* porte les traces.

Renforcement d'abord de la liberté contractuelle et du volontarisme par la consécration positive et expresse du principe : alors que l'article 13 C.c.B.-C. posait qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs, l'article 9 C.c.Q. établit d'abord le principe positif que dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de *volonté* pour enchaîner sur la limite qu'il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public. Constatons au passage que cette disposition place le concept de volonté au cœur du chapitre consacré à la jouissance et à l'exercice des droits civils<sup>49</sup>. En effet, le volontarisme, inscrit en filigrane dans le *Code civil du Bas Canada*, est désormais textuellement marqué. La définition référentielle du contrat donnée par l'article 984 C.c.B.-C. est remplacée par la définition concep-

---

<sup>45</sup> *Commentaires*, *supra* note 38 à la p. 6.

<sup>46</sup> *Ibid.* aux pp. 6-7.

<sup>47</sup> M. Tancelin, *Source des obligations — L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 aux pp. 9-10.

<sup>48</sup> Baudouin, *supra* note 21 à la p. 8.

<sup>49</sup> Voir Titre premier du Livre premier : Des personnes.

tuelle de l'article 1378 C.c.Q., axée sur la volonté<sup>50</sup>. Le contrat se forme par le seul échange de consentement, comme le précise l'article 1385 C.c.Q.<sup>51</sup>. C'est une consécration expresse du consensualisme comme règle générale, lue implicitement dans le *Code civil du Bas Canada*, le formalisme étant l'exception<sup>52</sup>. Cet échange de consentement, aux termes de l'article 1386 C.c.Q. «se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la *volonté* d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui a fait une autre personne». À cet égard, l'article 988 C.c.B.-C. était moins explicite, prévoyant seulement que le consentement pouvait être exprès ou tacite et qu'il pouvait être invalidé pour les causes énoncées ailleurs dans le Code. C'est également sur la base d'une conception volontariste du contrat qu'on peut expliquer la révocabilité, en tout temps avant son acceptation, de l'offre non assortie d'un délai. Cette règle jurisprudentielle et doctrinale<sup>53</sup> se trouve maintenant codifiée à l'alinéa 2 de l'article 1390 C.c.Q. Plus encore, la confirmation d'un contrat nul de nullité relative est prévue en termes de volonté certaine et évidente à l'article 1423 C.c.Q.<sup>54</sup>. Rien de tel n'était prévu explicitement dans le *Code civil du Bas Canada*<sup>55</sup>. Nous trouvons donc une conception volontariste et subjective grâce à la reconduction et le réaménagement de la théorie des vices du consentement.

S'ajoutent au volontarisme, le subjectivisme et le personnalisme qui viennent à la fois le renforcer et le texturer. Le Code célèbre la personne : pour s'en convaincre, il suffit d'en lire la disposition préliminaire, qui impose la compatibilité du droit commun à la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>56</sup>, de concert avec l'article 3 qui consacre les droits de la personnalité<sup>57</sup>. Le *Code civil du Bas Canada* n'affirmait pas avec autant de vigueur «le principe de la primauté de la personne humaine»<sup>58</sup>. La théorie des vices du consentement — au-delà de sa seule reconduction — est positivement marquée par les qualités actives du consentement qui doit être libre et éclairé<sup>59</sup>. Celles-

<sup>50</sup> Art. 984 C.c.B.-C. : «Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat [...]» ; art. 1378 C.c.Q. : «Le contrat est un accord de *volonté* [...] [nos italiques]».

<sup>51</sup> L'art. 1385 C.c.Q. se lit comme suit :

Le contrat se forme par le *seul échange de consentement* entre des personnes capables de contracter, *à moins que* la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle [nos italiques].

<sup>52</sup> La distinction entre le principe général et les exceptions est marquée linguistiquement par la locution «à moins que».

<sup>53</sup> Voir J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1988 à la p. 40 ; *Beaugency c. Farargy*, [1969] C.S. 496.

<sup>54</sup> «La confirmation d'un contrat résulte de la *volonté*, expresse ou tacite, de renoncer à en invoquer la nullité. La *volonté* de confirmer doit être certaine et évidente [nos italiques]».

<sup>55</sup> L'on trouvait tout au plus une disposition au chapitre de la preuve en cas de confirmation écrite à l'art. 1214 C.c.B.-C.

<sup>56</sup> L.R.Q. c. C-12 [ci-après *Charte québécoise*].

<sup>57</sup> Le Titre deuxième du Livre premier est entièrement consacré aux droits de la personnalité.

<sup>58</sup> *Commentaires*, *supra* note 38 à la p. 10.

<sup>59</sup> Voir art. 1399 C.c.Q.

ci seront appréciées objectivement en tenant compte des caractéristiques de la personne du contractant<sup>60</sup>.

On ne pourrait pour autant conclure à l'individualisme dur sans nier la double finalité de la *Charte québécoise* : la reconnaissance de la liberté individuelle certes, mais conjuguée à la promotion de l'égalité et de certains droits collectifs. Cette double impulsion colore désormais le droit commun des contrats ; une conception subjective soucieuse des inégalités sociales et économiques et susceptible d'assurer une protection concrète et, dirions-nous, contextuée.

Les codificateurs, comme en font foi les commentaires du Ministre<sup>61</sup>, n'ont en effet pas caché leur intention d'implanter une nouvelle moralité, une plus grande justice contractuelle. Cet objectif aurait été parfaitement atteint par la proposition de l'Office de révision du Code civil<sup>62</sup> sur la réception généralisée de la lésion entre majeurs. Cette disposition<sup>63</sup> officialait magistralement à la célébration de la bonne foi et orchestrait harmonieusement toutes les mesures de protection accordées aux plus faibles<sup>64</sup>. On doit regretter son amputation qui laisse un Code claudiquant sur une définition<sup>65</sup> presque totalement dépourvue d'objet<sup>66</sup> alors qu'elle aurait dû donner le ton et circonscrire la portée des autres règles, celles qui mettent en scène les notions d'abus, d'excès, de préjudice important. Ainsi, la lutte contre l'exploitation de l'une des parties par l'autre aurait pu fonder le maintien de l'horizontalité des rapports privés de droit. Ce recul est d'autant plus étonnant que le principe d'équivalence des prestations réciproques et corrélatives — y compris dans une autre mesure la raisonnable des obligations nées d'actes unilatéraux — reconnu par les codes nationaux de droit civil<sup>67</sup> et même dans certains pays de common law<sup>68</sup>, est maintenant consacré par la codification du droit international des affaires, par exemple à l'article 3.10 des Principes-UNIDROIT. La reconnaissance générale de la lésion aurait assurément marqué le droit commun du sceau de la justice contractuelle. Telle que définie par le *Code civil du Québec*, elle n'établit pas, faut-il le rappeler, une formule bêtement mathématique

---

<sup>60</sup> Quant à l'erreur provoquée par le dol, voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 42 à la p. 141 ; Baudouin, *supra* note 21 à la p. 123. Quant à la crainte, voir Pineau, Burman et Gaudet, *ibid.* à la p. 154 ; Baudouin, *ibid.* à la p. 131 ; M. Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997 à la p. 94.

<sup>61</sup> *Supra* note 38 à la p. 828.

<sup>62</sup> Québec, Office de révision du Code civil — Comité du droit des obligations, *Rapport sur les obligations*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1975 à la p. 76.

<sup>63</sup> Voir *Avant-projet*, *supra* note 35, art. V-37 ; O.R.C.C., *supra* note 34, t. 2, vol. 2, aux pp. 614-15.

<sup>64</sup> Elle permettait, entre autres choses, d'intégrer au droit commun ce qui était et ce qui restera le droit particulier de la consommation.

<sup>65</sup> Voir art. 1406(1) C.c.Q.

<sup>66</sup> Voir art. 1405 C.c.Q.

<sup>67</sup> Conception objective de la lésion énorme, en France, pour les contrats qui portent sur un immeuble : voir art. 1674 C. civ. ; conception mixte de la simple lésion en Allemagne : voir art. 138 B.G.B. et en Suisse : voir art. 21 C.O.

<sup>68</sup> Aux États-Unis, voir U.C.C. § 2-302.

de commutativité objective, mais protège l'équilibre des chances et des pouvoirs entre les contractants<sup>69</sup>, laissant la liberté s'exercer mais dans l'égalité relative.

Or le législateur québécois a préféré établir cet équilibre, garant de la moralité contractuelle recherchée, par des régimes particuliers et par l'identification des lieux de vulnérabilité. Il en est ainsi des régimes d'incapacité<sup>70</sup>, des contrats d'adhésion et de consommation<sup>71</sup>, des contrats de louage d'un logement résidentiel<sup>72</sup>, de la vente d'immeuble à usage d'habitation par un promoteur ou un constructeur à une personne physique<sup>73</sup>, de la renonciation au partage du patrimoine familial<sup>74</sup> ou des acquêts<sup>75</sup>, des contrats de prêt d'argent<sup>76</sup>, des clauses pénales<sup>77</sup>, ou encore des quittances ou transactions consenties par la victime d'un préjudice corporel ou moral<sup>78</sup>. Ces régimes particuliers augmentent l'étendue de l'ordre public et restreignent, de ce fait, la liberté contractuelle ; ils ouvrent souvent la voie au formalisme et permettent le plus souvent la révision législative<sup>79</sup> ou judiciaire<sup>80</sup> des contrats. Système de révision renforcé par le droit transitoire, car ces dispositions impératives s'appliquent aux situations juridiques en cours<sup>81</sup>.

---

<sup>69</sup> Cette idée est magnifiquement illustrée par l'art. 3.10 des Principes-UNIDROIT, *supra* note 13, qui indique que, pour juger qu'un contrat ou une clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie, on doit prendre en considération (i) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première et (ii) la nature et le but du contrat.

<sup>70</sup> Les incapables, les mineurs (art. 153 et s. C.c.Q.) et les majeurs inaptes (art. 256 et s. C.c.Q.) sont protégés contre la lésion, alors conçue subjectivement selon la définition de l'art. 1406(2) C.c.Q.

<sup>71</sup> Les contrats d'adhésion et de consommation sont respectivement définis aux art. 1379, 1384 C.c.Q. et particulièrement réglementés aux art. 1435, 1436, 1437 C.c.Q., sans compter la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 29. 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 répond de cette qualification : voir W.D. Slawson, «Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power» (1970-71) 84 Harv. L. Rev. 529 à la p. 529 ; 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.

<sup>72</sup> Voir art. 1892 et s. C.c.Q.

<sup>73</sup> Voir art. 1785 et s. C.c.Q.

<sup>74</sup> Voir art. 424 C.c.Q.

<sup>75</sup> Voir art. 472 C.c.Q.

<sup>76</sup> Voir art. 2332 C.c.Q.

<sup>77</sup> Voir art. 1623 C.c.Q.

<sup>78</sup> Voir art. 1609 C.c.Q.

<sup>79</sup> Par le biais de clauses obligatoires comme dans le cas du bail d'un logement (art. 1895 C.c.Q.) ou des clauses réputées sans effet comme en matière de bail résidentiel (art. 1905-1906 C.c.Q.).

<sup>80</sup> Les tribunaux ont le pouvoir de réviser les contrats d'adhésion ou de consommation : nullité partielle (art. 1438 C.c.Q.) des clauses externes (art. 1435 C.c.Q.), des clauses illisibles ou incompréhensibles (art. 1436 C.c.Q.), nullité des clauses abusives ou réduction de l'obligation (art. 1437 C.c.Q.).

<sup>81</sup> Voir la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, *supra* note 37, art. 5 : «Les stipulations d'un acte juridique antérieures à la loi nouvelle et qui sont contraires à ses dispositions impératives sont privées d'effet pour l'avenir».

Cette dispersion pose cependant deux difficultés. La première, de cohérence conceptuelle, puisqu'on se demande si la terminologie disparate — lésion, abus, préjudice — appelle une interprétation différenciée, malgré leurs finalités protectionnistes communes. La seconde, de cohérence matérielle, car ces régimes particuliers résistent 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).

Il faut chercher ailleurs le maillage essentiel à la cohésion interne du système. Deux approches sont permises suivant que l'on s'attache à l'un ou l'autre des principes fondateurs, à l'une ou l'autre des valeurs défendues.

Favoriser le rattachement à la liberté contractuelle aurait pour effet d'antagoniser régimes général et particuliers. Au nom de l'uniformité du droit, les juristes ont souvent adopté le raisonnement basé sur le couple principe général/exception qui emporte toujours une dissociation, incarnée par l'interprétation stricte et l'application restrictive de l'exception<sup>82</sup>. Cette approche ferait de l'ordre public un corps de règles exceptionnelles : l'histoire judiciaire a fourni, sur la réception de l'article 1040c C.c.B.-C., un exemple frappant de ses effets, contrés plus tard et sous l'impulsion de l'esprit consumériste, par un vigoureux redressement fondé sur l'interprétation nécessairement téléologique des règles impératives<sup>83</sup>.

Favoriser le rattachement à la justice contractuelle assurerait l'interpénétration des deux régimes. Si la doctrine volontariste est consolidée par le *Code civil du Québec*, l'approche subjectiviste est, à tous égards, renforcée. Ces deux aspects entrent en compte quand il s'agit de dégager de cette structure l'esprit de notre droit commun. Dans ce sens, c'est le devoir général de bonne foi qui doit servir de point d'ancrage aux régimes particuliers. Sous ce principe fédérateur, c'est alors d'intégration qu'il s'agit dans le droit fil d'une plus grande moralité contractuelle. Cette approche s'inscrit dans la mentalité jurisprudentielle dominante des dernières décennies<sup>84</sup>. La Cour suprême du Canada est ainsi retournée aux principes généraux qui auraient toujours dû gouverner l'ordre contractuel avec en tête la bonne foi et l'équité, valeurs qui n'étaient pas étrangères à Pothier<sup>85</sup> et Domat à qui les civilistes accordent d'avoir en-

---

<sup>82</sup> Voir J. Ghestin, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français : principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982 à la p. 55 ; P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1990 à la p. 474.

<sup>83</sup> *Gareau Auto c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.).

<sup>84</sup> *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 43 N.R. 283 ; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 62 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1, 100 N.R. 203 ; *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 74 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 ; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 93 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 490 [ci-après *Bail* avec renvois au R.C.S.].

<sup>85</sup> Voir M. Bugnet, dir., *Œuvres de Pothier : annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861 aux pp. 20-21 [ci-après *Pothier*].

gendré la première théorie générale des contrats. On trouve du reste chez Domat cette approche intégrative qui, au regard de la bonne foi, va au-delà des catégories tout en en tenant compte :

[Qu'il] n'y a aucune espèce de convention, où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu, et de toutes les suites. Et quoiqu'en quelques conventions cette bonne foi ait plus d'étendue, et en d'autres moins ; elle doit être entière en toutes, et chacun est obligé à tout ce qu'elle demande selon la nature de la convention et les suites qu'elle peut avoir<sup>86</sup>.

N'est-ce pas là l'esprit qui surdétermine la réforme du Code civil ? Le devoir général de bonne foi dans l'exercice des droits civils<sup>87</sup>, contextuellement réaffirmé au chapitre des obligations<sup>88</sup>, en constitue la marque textuelle à laquelle il faut ajouter l'équité comme source implicite d'obligations<sup>89</sup> et la raisonnable comme jalon des pratiques contractuelles acceptables<sup>90</sup>. Au-delà de leur fonction surdéterminante, c'est de normes objectives de conduite qu'il s'agit<sup>91</sup> : celles d'agir, à quelque étape des relations contractuelles, avec l'honnêteté et la loyauté requise par les standards autant sociaux que sectoriels<sup>92</sup>.

Bonne foi, équité et raisonnable sont les pierres angulaires et le scellant d'une construction étanche capable d'endiguer les abus potentiels d'une liberté débridée. Ces valeurs, qui transcendent les catégories, ont acquis par la codification une positivité sans précédent et s'érigent clairement en règles objectives indérogeables. La réforme du droit commun des contrats, dont le Ministre affirme qu'elle s'intègre aux grands courants internationaux<sup>93</sup>, emprunte ainsi la voie qui fait de la moralité contractuelle une force équilibrante essentielle et de la bonne foi un impératif catégorique. En vertu de l'article 1.7 des Principes-UNIDROIT et de l'article 1.106 des Principes du droit européen, la bonne foi, en matière contractuelle, loge au sein de l'ordre public international.

L'équilibre ainsi établi par le *Code civil du Québec* serait irrémédiablement faussé par un traitement parallèle, sinon hiérarchique de ses principes fondateurs. La liberté et la moralité contractuelles s'interpénètrent, interagissent, et nous préférons les saisir dans leur relation dynamique plutôt que forger une frontière imaginaire qui ne répon-

---

<sup>86</sup> Rémy, *supra* note 5 à la p. 138.

<sup>87</sup> Voir art. 6 C.c.Q.

<sup>88</sup> Voir art. 1375 C.c.Q. : «La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution et de son extinction».

<sup>89</sup> Voir art. 1434 C.c.Q.

<sup>90</sup> Voir art. 7, 1437 C.c.Q.

<sup>91</sup> Sur la bonne foi objective, voir B. Lefebvre, «La bonne foi : notion protéiforme» (1996) 26 R.D.U.S. 321 ; L. Rolland, «La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier» (1996) 26 R.D.U.S. 377.

<sup>92</sup> Voir Crépeau, *supra* note 15 à la p. 54.

<sup>93</sup> *Commentaires*, *supra* note 38 à la p. 827.

draît pas à la structure du droit commun. Pour rester fidèle à la double conception du contrat et à l'esprit de la réforme, c'est de réconciliation qu'il doit s'agir. La liberté et la volonté priment dans la mesure de leur existence réelle : l'autonomie de la volonté, le «laissez faire et laissez passer» sont donc des principes que le droit respecte mais devant lesquels il ne s'incline plus avec révérence et abnégation.

Les concepts philosophico-économiques de la théorie classique des contrats ont donc été ébranlés et transformés. Outre les principes fondamentaux qui affectent la mentalité contractuelle, les mutations juridiques sont également impulsées par la pluralité des profils qu'offrent maintenant les échanges économiques. La réalité contemporaine s'avère moins uniforme, plus complexe. Elle déborde les modèles juridiques abstraits et monolithiques conçus par le XIX<sup>e</sup> siècle pour la capter. L'empirie exige maintenant que l'on tienne compte des relations que le contrat engendre, des personnes singulières qu'il met en présence, des attentes spécifiques de chacune des parties, des conjonctures spatio-temporelles et socio-économiques dans lesquelles il s'incarne.

## II. De la transaction vers la relation

Nous avons convenu, avec Domat, que les contrats assurent juridiquement la circulation des richesses et répondent, de ce fait, aux besoins humains. Or les contrats, comme les besoins, varient à l'infini sur la courbe du simple au complexe. Le contrat peut viser la satisfaction de besoins élémentaires ou de besoins superflus<sup>94</sup> lors d'opérations juridiques<sup>95</sup> faciles ou compliquées qui représentent une valeur économique insignifiante ou considérable. Défini comme un accord de volontés, le contrat met en scène au moins deux personnes<sup>96</sup>. L'identité de ces personnes peut être relativement indifférente ou l'élément essentiel de l'engagement. Il peut mettre en cause l'autonomie<sup>97</sup>, la subordination<sup>98</sup> ou la coordination<sup>99</sup> des contractants. Rencontre d'interlocuteurs aux pouvoirs souvent différenciés, rencontre en complexité ajoutée qui donne une palette d'infinies nuances.

---

<sup>94</sup> Le contrat peut prévoir le transfert d'un bien simple ou complexe, déterminé ou déterminable ; il peut porter par ailleurs sur la transmission de services, de connaissances, de savoir-faire. Dans tous les cas, nous faisons appel, en langage civiliste, à l'objet de l'obligation : voir art. 1371-1373 C.c.Q.

<sup>95</sup> Nous faisons appel ici à l'objet du contrat : voir art. 1412 C.c.Q.

<sup>96</sup> L'un des contractants peut être un groupe de personnes, groupe inorganisé (la pluralité de créanciers ou de débiteurs donne naissance aux obligations à modalités complexes, conjointes (art. 1518 et s. C.c.Q.) ou solidaires (art. 1523 et s. C.c.Q.) ; ou groupe structuré en société. Cette structure peut demeurer occulte (société en participation : art. 2250 et s. C.c.Q.) ou être déclarée (société en nom collectif ou en commandite : art. 2189 C.c.Q.) ; l'identité de ses membres peut être publiquement connue (*Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q. c. P-45) ou partiellement voilée (société en commandite : art. 2236 et s. C.c.Q.), voire une personne morale titulaire de la personnalité juridique (art. 298 C.c.Q.) et d'un patrimoine distinct (art. 302 C.c.Q.).

<sup>97</sup> On pense particulièrement au contrat d'entreprise : voir art. 2099 C.c.Q.

<sup>98</sup> On pense particulièrement au contrat de travail : voir art. 2085 C.c.Q.

<sup>99</sup> On pense particulièrement au contrat de société : voir art. 2186 C.c.Q.

Le contrat s'inscrit en outre dans les dimensions spatio-temporelles. Aux contrats qui n'ont d'incidences qu'individuelles ou purement locales, s'ajoutent ceux qui tiennent en joue la survie économique d'une région, ceux qui soutiennent les véhicules de financement et alimentent les grandes industries nationales, ceux enfin qui font fi des frontières. Les contrats ont une vie et donc un temps<sup>100</sup>, entre l'instantanéité et la perpétuité. Le contrat s'incarne enfin dans un environnement socio-économique concret. À cet égard, les contrats participent aux phénomènes culturels sous un double rapport : les pratiques contractuelles s'inscrivent dans un champ de valeurs — valeurs sociales, systémiques et sectorielles dominantes — qui les modèle ; en revanche, les contrats, comme véhicules de communication, ne sont pas sans influence sur leur environnement, y compris le système juridique.

Dresser méthodiquement le portrait graphique des relations contractuelles suppose une multitude de coordonnées et plusieurs systèmes de références. Pour ce faire, le droit proposerait ce qu'il est convenu d'appeler *une* théorie juridique, dite *générale*, des contrats. Compte tenu de la diversité, un modèle unique doit être non seulement flexible mais englobant : une théorie réductrice, dont la fixité occulte de larges pans de la réalité phénoménale, a un tel effet paralysant que l'ordre privé finit par la boucher en la taxant de dogmatisme<sup>101</sup>.

La théorie classique, il est vrai, donne une image exiguë du phénomène contractuel. Sans doute par souci d'assurer la plus grande sécurité des rapports, elle se concentre sur l'objet — l'échange économique — plutôt que sur les sujets, elle soutient la clôture environnementale, elle assure l'immédiateté de l'exécution après avoir supporté la fixation définitive du contenu obligationnel. Ces moyens sont devenus des règles générales qui tolèrent, à titre exceptionnel, certaines transgressions. Or les études empiriques faites aux États-Unis<sup>102</sup>, en France<sup>103</sup> et au Québec<sup>104</sup>, qu'elles soient à saveur sociologique, économique, psychologique ou historique, démontrent que ces paramètres ne correspondent plus à la réalité. Les échanges économiques du XX<sup>e</sup> siècle répondraient d'autres caractéristiques et reposeraient le plus souvent sur une autre fi-

---

<sup>100</sup> Leur nature, la volonté des parties ou la loi les inscrivent souvent dans la durée, déterminée ou non, minimale ou maximale : terme extinctif (art. 1517 C.c.Q.) ou suspensif (art. 1508 C.c.Q.), reconduction expresse ou tacite (par exemple, en matière de bail d'un logement : art. 1941 C.c.Q.), cessation rétroactive ou non.

<sup>101</sup> Voir J.-G. Belley, «La théorie générale des contrats [:] Pour sortir du dogmatisme» (1985) 26 C. de D. 1045.

<sup>102</sup> Voir S. Macaulay, «Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study» (1963) 28 Am. Soc. Rev. 55 ; «Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract» (1977) 11 L. & Soc. Rev. 507 ; «An Empirical View of Contract» [1985] Wisconsin L. Rev. 465. Pour une rétrospective de plusieurs courants analytiques aux États-Unis, voir I.R. Macneil, «Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos» (1987) 143 J. Instit. & Theoret. Econ. 272 ; J.P. Esser, «Institutionalizing Industry: The Changing Forms of Contract» (1996) 21 L. & Soc. Inq. 593.

<sup>103</sup> Voir Carbonnier, *supra* note 41.

<sup>104</sup> Voir J.-G. Belley, «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat» (1991) 32 C. de D. 253 [ci-après «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit»].

gure, soit le contrat relationnel théorisé par Ian R. Macneil<sup>105</sup>. Selon lui, s'il est des normes communes à tous les contrats<sup>106</sup>, elles varient en intensité suivant la place qu'un contrat occupe réellement dans le spectre des possibilités. Ce spectre se déploie en faisceau 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 présente. Cette théorie est plus englobante puisqu'elle inclut le contrat transactionnel que la doctrine juridique classique pose comme moule universel, mais sans exclure ou marginaliser les autres figures dont l'empirie nous apprend qu'elles sont des modèles constants dans le monde économique contemporain. Ce sont des contrats qui sont davantage centrés sur les sujets (A), qui s'adaptent à l'environnement social (B), qui, inscrits dans la durée, impliquent une dose certaine d'indétermination, donc de flexibilité (C).

Le *Code civil du Québec* — le droit commun des contrats — supporte, au contraire de la théorie classique, la plupart des traits du contrat relationnel de Macneil.

### A. De l'objet vers le sujet

Les contrats strictement transactionnels, centrés sur l'échange, ont pour caractéristique d'être désincarnés. Les parties — personnes individuelles — deviennent des volontés, leurs particularités se réduisant à leurs fonctions juridiques, par exemple d'offrant et destinataire ou de vendeur et acheteur. L'objectivation est à tous égards renforcée par la distinction catégorielle, *summa divisio*<sup>107</sup> établie par la doctrine et soutenue par la jurisprudence mais formellement inexistante dans le Code civil, entre contrats personnels, ou conclus *intuitu personae*, et les autres. Selon la théorie classique, la discrimination réside en un point : la personne du cocontractant est-elle une considération principale, un élément essentiel du contrat ? L'importance de l'identité subjective des parties n'est pas traitée comme un *a priori* théorique mais fait, au contraire, l'objet d'une interprétation ou évaluation *a posteriori* par les tribunaux, à défaut par les parties de l'avoir explicitement établie<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980 [ci-après *Social Contract*].

<sup>106</sup> Macneil propose 10 normes communes à tous les contrats : (i) le respect intégral du rôle ; (ii) la mutualité et la réciprocité ; (iii) la planification ; (iv) le respect du consentement donné ; (v) la flexibilité ; (vi) la solidarité ; (vii) le respect des principes de la responsabilité : les normes de liaison ; (viii) la création et la restriction du pouvoir ; (ix) la pertinence des moyens ; et (x) l'harmonisation avec la société : voir *Social Contract*, *ibid.* aux pp. 39 et s. Voir aussi I.R. Macneil, «Values in Contract: Internal and External» (1983) 78 Nw. U.L. Rev. 340 à la p. 341 [ci-après «Values»]. Nous avons repris la traduction proposée par J. Alberts, *Contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride*, thèse de maîtrise en droit, Université Laval, 1997) [non publiée].

<sup>107</sup> Voir F. Vallée, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1938 à la p. 21.

<sup>108</sup> Voir *ibid.* à la p. 20.

L'on admet volontiers que l'*intuitus personae* ne se réduit pas à l'exemple classique du contrat entre le peintre chargé du portrait, ressemblant sinon flatteur, de son modèle. L'on admet aussi que les qualités économiques d'un contractant ne sont pas les seules caractéristiques déterminantes. Si les frontières de cette *summa divisio* restent relativement floues, il n'en reste pas moins que l'*intuitus personae* est le plus souvent présenté comme régime exceptionnel, les contrats impersonnels demeurant la catégorie résiduelle en même temps que le modèle<sup>109</sup>.

La théorie classique repousse l'*intuitus personae* à la périphérie du droit des contrats prétextant de ses effets néfastes sur la sécurité juridique. Ainsi conçue, cette doctrine fragiliserait l'existence, la validité et la pérennité des contrats en exacerbant les causes de nullité et de dissolution. Or, ce refoulement dénie la réalité. L'identité des contractants, leur personnalité, leurs caractéristiques sont déterminantes dans un très grand nombre de contrats. L'on a coutume de qualifier la nature *intuitu personae* des contrats suivant qu'ils recèlent des liens fondés sur l'affection ou la confiance<sup>110</sup>. Sont conclus *intuitu personae*, dans le premier cas, les contrats de mariage<sup>111</sup> et toutes les libéralités<sup>112</sup>, dans le second cas, les contrats de travail<sup>113</sup>, d'entreprise<sup>114</sup>, de mandat<sup>115</sup>, de société<sup>116</sup> et d'association<sup>117</sup>, de dépôt<sup>118</sup>, de prêt de consommation<sup>119</sup>, d'assurance<sup>120</sup> auxquels on pourrait sûrement ajouter, pour les mêmes raisons, les contrats de prêt à usage<sup>121</sup> et de louage<sup>122</sup>. Il est par ailleurs des contrats qui impliquent la confiance à

---

<sup>109</sup> Au stade de la formation du contrat, l'offre générale mène à la conclusion du contrat dès son acceptation sauf si le contrat envisagé est *intuitu personae* auquel cas l'offrant, dont le statut est du reste remis en cause, conserve une faculté d'agrément : voir Baudouin, *supra* note 21 aux pp. 98-99 ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 42 aux pp. 76-77. L'erreur sur la personne ne constitue pas un vice du consentement sauf dans les contrats *intuitu personae* où la personne devient un élément essentiel au même titre que les qualités substantielles de l'objet de la prestation : voir Baudouin, *ibid.* à la p. 114 ; Pineau, Burman et Gaudet, *ibid.* aux pp. 126-127 ; Tancelin, *supra* note 60 à la p. 87. Au stade de l'exécution du contrat, le créancier ne peut s'opposer au paiement fait par un tiers au contrat sauf s'il s'agit d'une obligation de faire formée *intuitu personae* : voir Baudouin, *ibid.* à la p. 386 ; Pineau, Burman et Gaudet, *ibid.* à la p. 480 ; Tancelin, *ibid.* à la p. 590. Au stade de l'extinction, la révocation ou la résiliation unilatérale n'aurait d'application légale que dans les seuls contrats conclus *intuitu personae* : voir Baudouin, *ibid.* à la p. 242.

<sup>110</sup> Voir la nomenclature dressée par Valleur, *supra* note 107.

<sup>111</sup> Voir art. 431 C.c.Q.

<sup>112</sup> Par ex. les contrats de donation : voir art. 1806 C.c.Q.

<sup>113</sup> Voir art. 2085 C.c.Q.

<sup>114</sup> Voir art. 2098 C.c.Q.

<sup>115</sup> Voir art. 2130 C.c.Q.

<sup>116</sup> Voir art. 2186 C.c.Q.

<sup>117</sup> Voir art. 2267 C.c.Q.

<sup>118</sup> Particulièrement dans les cas de dépôt à titre gratuit : voir art. 2280 C.c.Q.

<sup>119</sup> Voir art. 2314 C.c.Q.

<sup>120</sup> Voir art. 2389 C.c.Q.

<sup>121</sup> Étant donné l'importance de la conservation du bien dont le prêteur demeure propriétaire : voir art. 2313 C.c.Q.

l'égard d'un tiers comme les conventions d'arbitrage<sup>123</sup> et les contrats de cautionnement<sup>124</sup>. Cette liste a presque pour effet d'épuiser déjà les contrats nommés du Code civil. Parmi les contrats innommés, la confiance préside aux contrats entre professionnels et clients/patients, aux contrats de franchise et de sous-traitance. De la même manière, dans le monde des affaires comme dans le monde de la consommation, l'on ne peut nier que plusieurs contrats se forment sous le signe de la bonne réputation des contractants. À cet égard, plusieurs contrats de vente — l'archétype même du contrat transactionnel — dont les contrats d'approvisionnement ainsi que les contrats de transport, sont nourris, à des degrés divers, d'*intuitus personae*.

La *summa divisio* fondée sur les contrats personnels et impersonnels ne répond pas de l'empirie et a pour effet d'atrophier, au nom dit-on de la stabilité et la sécurité contractuelles, la dimension subjective des échanges économiques. En ce sens, la théorie du contrat relationnel offre une image plus juste de la réalité et permet un dosage plus judicieux des valeurs de subjectivité et d'objectivité.

Pour Macneil, le contrat est «the relations among people in the course of projecting exchange into the future»<sup>125</sup>. Définir le contrat par la relation a pour effet de propulser les personnes au centre de l'événement<sup>126</sup>. À cet égard, Macneil propose le déploiement d'un spectre relationnel allant des «*nonprimary relations*» jusqu'aux «*primary relations*», distinction fondée sur l'importance que prend la personnalité individuelle dans le rapport économique. Dans les «*primary relations*», chacun des participants est un être unique qui s'investit totalement, alors que dans les «*nonprimary relations*», les participants sont facilement interchangeables. Les premières impliquent une communication vaste et profonde, alors que les secondes se réduisent à certaines dimensions formelles d'interaction communicationnelle ; les premières enfin contribuent, au-delà des pures satisfactions économiques, à l'épanouissement personnel des acteurs, ce qui n'est pas un objectif poursuivi par les secondes. Tout rapport contractuel se situe entre ces deux pôles dans un continuum sans frontières étanches<sup>127</sup>, qui permet des nuances plus subtiles que la seule catégorie d'*intuitus personae*. Cette théorie ne suppose pas de tomber pour autant dans l'arbitraire de la pure subjectivité,

---

<sup>122</sup> Étant donné l'importance de la conservation du bien dont le locateur demeure propriétaire : voir art. 1851 C.c.Q.

<sup>123</sup> Voir art. 2638 C.c.Q.

<sup>124</sup> Voir art. 2333 C.c.Q.

<sup>125</sup> «Values», *supra* note 106 à la p. 341.

<sup>126</sup> Jean Carbonnier faisait déjà ce vœu en 1958 : «[I]l faut réintroduire l'individu dans l'étude du contrat [...] C'est qu'il faut peut-être partir de l'individu pour découvrir comment se forme la vie sociale et, partant, comment se forme le contrat» (*supra* note 41 aux pp. 289-90).

<sup>127</sup> Voir «Futures», *supra* note 7 aux pp. 722-25. Macneil emprunte cette distinction à la sociologie : voir L. Broom et P. Selznick, *Sociology*, 4<sup>e</sup> ed., New York, Harper & Row, 1968 aux pp. 120-21. Notons que cette subjectivisation du contrat n'est pas la seule distinction que Macneil établit entre les contrats transactionnels et les contrats relationnels, certaines s'attachant davantage à l'objet du contrat, dans les premiers un transfert de contrôle ou de propriété, dans les seconds une coopération à long terme pour l'accomplissement d'un but économique commun. Voir également «Values», *supra* note 106 à la p. 362.

mais propose un déplacement du regard de l'objet de l'échange économique vers les acteurs économiques, vers les personnes en présence relationnelle, parfois sur ce qu'elles sont subjectivement, parfois, et déjà plus objectivement, sur le rôle qu'elles entendent mutuellement tenir ainsi que sur les attentes légitimes qu'elles entretiennent.

Comme il implique une rencontre, fortuite ou planifiée, le contrat met en présence des êtres individuels et façonne des alliances parfois homogènes parfois hétérogènes, entre gens d'affaires, entre commerçants et consommateurs, entre une multinationale et un petit entrepreneur, entre un professionnel et un néophyte. Les contractants ont donc une personnalité propre en même temps que des appartenances identitaires. Leurs intérêts peuvent être divergents, leurs connaissances inégales, leurs forces déséquilibrées ; la puissance économique de l'un peut exacerber la vulnérabilité de l'autre, le monopole peut créer la dépendance. Expulser du contrat ses véritables acteurs pour l'investir de leur seule volonté, c'est postuler l'égalité absolue qu'on sait ne pas exister en réalité. Si le droit entérine à cet égard le statu quo, alors il consacre l'inégalité, donne encore plus de force au plus fort, plus de puissance au plus puissant<sup>128</sup>, ce qui est contraire à la mentalité contemporaine dominante et surtout à l'horizontalité principielle des rapports de droit privé. Une théorie juridique efficiente doit prendre en compte les disparités personnelles réelles, notamment les appartenances identitaires, ce que soutient le droit commun des contrats à travers, entre autres, les régimes particuliers dont nous avons fait état dans la section précédente et qui pré-déterminent, aux côtés de la bonne foi, le régime général.

Inscrire le contrat dans la dynamique relationnelle suppose des interactions dont les modèles ont été dessinés par les sciences qui, comme la psychologie, s'intéressent aux relations interpersonnelles : d'interactions conflictuelles ou harmonieuses dépend l'échec ou le succès de la relation.

Selon la conception transactionnelle, la conclusion d'un contrat est appréhendée selon la structure judiciaire comme le règlement d'un litige, un «pacte entre ennemis»<sup>129</sup>, un «compromis entre des intérêts antagonistes, âprement défendus»<sup>130</sup>, «l'assujettissement d'une personne à une autre»<sup>131</sup>. Volontaire, cette transaction trouve son point culminant dans l'échange des consentements advenu généralement aux termes de négociations sous la pression réciproque des parties<sup>132</sup>. La rencontre des volontés individuelles se fixe autour de la détermination des droits et obligations de chacun. Les relations des parties s'inscrivent dès lors en rapports de domination du créancier sur le débiteur. Les rapports, réciproques au moment de la formation,

---

<sup>128</sup> Voir *Social Contract*, *supra* note 105 à la p. 64.

<sup>129</sup> J.-G. Belley, «Max Weber et la théorie du droit des contrats» (1988) 9 *Droit et Société* 281 à la p. 287.

<sup>130</sup> Mestre, *supra* note 30 à la p. 45.

<sup>131</sup> Flour et Aubert, *supra* note 17 à la p. 36.

<sup>132</sup> Voir I.R. Macneil, «Relational Contract: What We Do and Do Not Know» [1985] *Wisconsin L. Rev.* 483 à la p. 503.

s'engagent sur des chemins parallèles au moment de l'exécution dans l'atmosphère de tension, prédéterminée par la théorie, vers le conflit et la contrainte éventuels<sup>133</sup>.

Les études empiriques sur les comportements contractuels peignent un tout autre tableau où l'individualisme fait place à l'interdépendance, la domination à la collaboration, l'antagonisme à la solidarité<sup>134</sup>. Partageant un destin économique commun, privilégiant la survivance de leurs liens d'affaires, les parties délaissent la mentalité conflictuelle des transactions au profit de la concertation. Tant et si bien que les valeurs dominantes logent dans la coopération, à savoir intégrité et solidarité<sup>135</sup>. Il faut bien comprendre que ce ne sont pas là que des vertus mais bien une mentalité contractuelle fondée sur une meilleure efficacité économique. Due à la spécialisation des ressources et à l'organisation des entreprises<sup>136</sup>, l'interdépendance est un fait auquel le monde des affaires s'adapte, plus encore dans le contexte de la mondialisation des marchés. Ces données sont des ingrédients normatifs susceptibles d'alimenter référentiellement le principe de bonne foi consacré par le droit commun des contrats.

La fin recherchée, soit le maintien des liens d'affaires, est proche d'une valeur défendue par la théorie classique, soit la stabilité contractuelle, mais les moyens diffèrent. Selon l'approche transactionnelle, la stabilité est assurée par l'immuabilité et la menace de sanction ; selon l'approche relationnelle, elle est protégée par la collaboration et le compromis. Dans le *Code civil du Québec*, la collaboration<sup>137</sup>, la coopération<sup>138</sup> et la loyauté<sup>139</sup> ont toujours pour fonction d'assurer la meilleure exécution du contrat. Ce sont ces valeurs que le législateur promeut lorsqu'il impose aux contractants de ne pas agir à contretemps de façon à menacer les intérêts légitimes des autres : de l'associé à l'égard de la société<sup>140</sup>, des salariés et leur employeur<sup>141</sup>, des mandant et mandataire<sup>142</sup> ainsi que des entrepreneur et client<sup>143</sup>, les uns à l'égard des autres. Les règles proposées pour le commerce international consacrent expressément le de-

---

<sup>133</sup> 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 non : voir R.W. Gordon, «Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law» [1985] *Wisconsin L. Rev.* 565 à la p. 568.

<sup>134</sup> Voir «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit», *supra* note 104.

<sup>135</sup> Voir «Values», *supra* note 106.

<sup>136</sup> Voir la partie III.A. ci-dessous.

<sup>137</sup> Dans les contrats de société : voir art. 2186 C.c.Q.

<sup>138</sup> Dans les contrats de mandat : voir art. 2149 C.c.Q.

<sup>139</sup> 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.).

<sup>140</sup> Voir art. 2228 C.c.Q.

<sup>141</sup> Voir art. 2091 C.c.Q.

<sup>142</sup> Voir art. 2178 - 2181 C.c.Q.

<sup>143</sup> Voir art. 2126 - 2129 C.c.Q.

voir de collaboration<sup>144</sup> et confirment son rôle efficient : «Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet»<sup>145</sup>.

Ce déplacement de l'objet vers les sujets n'est pas qu'atmosphérique, il a un effet considérable sur les rapports obligationnels. Les interactions relationnelles sont, dans cet esprit de collaboration, essentiellement fondées sur des jeux de rôle et Macneil pose, parmi les normes communes à tous les contrats<sup>146</sup>, le respect intégral du rôle assumé par chacune des parties<sup>147</sup>. La théorie classique ne traite pas des rôles leur préférant, pour décrire sensiblement le même phénomène mais dans cette atmosphère d'objectivation, le contenu obligationnel des contrats : obligations explicites ou implicites<sup>148</sup>, ces dernières étant classées comme essentielles, naturelles ou accidentelles<sup>149</sup> eu égard toujours à l'objet du contrat. Or, le législateur qui établit le contenu des contrats nommés, plus souvent à titre supplétif qu'autoritaire, utilise inévitablement les jeux de rôles pour fixer les exigences contractuelles normales vis à vis de chacun. Et ce n'est là que le synopsis minimal de l'action. Pour compléter le scénario, encore faut-il y ajouter la personnalité individuelle des contractants, y compris leurs appartenances identitaires, ainsi que le contexte particulier de leurs relations.

Selon les normes établies par Macneil, chaque contractant doit, pour être de bonne foi, respecter les exigences normales de son rôle, répondre positivement aux attentes légitimes de l'autre partie et s'abstenir de nuire à ses intérêts légitimes<sup>150</sup>. Non seulement ces règles s'appliquent-elles aux fins poursuivies par chacune des parties, mais également aux moyens employés pour y parvenir<sup>151</sup>. Certains diront que ces notions d'attentes et d'intérêts légitimes risquent de précipiter le contrat et le droit dans le gouffre du relativisme et du subjectivisme. Au contraire, elles appellent un dosage d'objectivité et de subjectivité qui caractérise si bien le droit civil des contrats. Dans le droit du commerce international, elles sont du reste interpellées en termes de raisonnable<sup>152</sup>, critère d'appréciation objectif<sup>153</sup> mais contextuellement marqué par la situa-

<sup>144</sup> Voir art. 5.3 des Principes-UNIDROIT, *supra* note 13.

<sup>145</sup> Art. 1.107 des Principes du droit européen, *supra* note 14.

<sup>146</sup> Voir *Social Contract*, *supra* note 105 à la p. 39 et s. ; «Values», *supra* note 106 à la p. 347.

<sup>147</sup> Voir *Social Contract*, *ibid.* aux pp. 40-44.

<sup>148</sup> Voir art. 1434 C.c.Q.

<sup>149</sup> Voir Baudouin, *supra* note 21 aux pp. 247 et s. ; P.-A. Crépeau, «Le contenu obligationnel d'un contrat» (1965) 43 R.B.C. 1 ; Pothier, *supra* note 85 à la p. 6.

<sup>150</sup> Voir *Social Contract*, *supra* note 105 aux pp. 40-44.

<sup>151</sup> Ce qui fait appel, de façon interreliée, à une autre norme commune aux contrats, c'est-à-dire la pertinence des moyens : voir «Values», *supra* note 106 aux pp. 347 et 363.

<sup>152</sup> Voir Crépeau, *supra* note 15 à la p. 132. Dans les Principes-UNIDROIT, *supra* note 13, voir les art. 2.20, 5.3, 7.1.6, 7.1.7, 7.3.1 pour les attentes légitimes, et les art. 6.1.3, 6.1.5 pour les intérêts légitimes.

<sup>153</sup> Voir art. 1.108 des Principes du droit européen, *supra* note 14 :

Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées.

tion contractuelle particulière et, dirions-nous, subjectivement teintée par les circonstances singulières de l'espèce. Le droit commun du Québec le fait déjà en asseyant la responsabilité civile sur la diligence normale, normalité qui tient cependant compte des circonstances<sup>154</sup>. En matière contractuelle, le climat subjectiviste et personnaliste commande plus encore un critère souple.

Le concept de rôle interactionnel, bien mieux que les catégories fondées sur l'*intuitus personae*, permet à tous égards d'atteindre les finalités essentielles du contrat. Le fait de 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.

### **B. De la clôture vers l'ouverture environnementale**

Si les appartenances identitaires renvoient, comme nous l'avons vu, aux caractéristiques génériques fondées sur le déséquilibre des forces et du pouvoir des parties au contrat, elles font également appel aux propriétés culturelles, particularismes sectoriels ou plus globalement sociaux. Les contrats s'inscrivent dans un milieu et doivent, par conséquent, être contextualisés. Les pratiques contractuelles agissent sur la communauté dans laquelle ils naissent, vivent et meurent ; en retour, la société ne saurait tolérer que ces pratiques, au nom d'une certaine liberté individuelle, usurpent ses convictions profondes, contredisent l'ordre de justice économique qu'elle se donne. Ces mouvements d'influence réciproque s'expriment dans un dialogue intersystémique et construisent une atmosphère surdéterminante dans laquelle baignent le droit autant que les contrats.

Les usages, fondés sur les consensus de certaines communautés identifiées à l'égard de valeurs et «standards» sectoriels, sont absorbés par le droit. Le *Code civil du Québec* accorde aux usages des fonctions non seulement interprétatives<sup>155</sup> mais également normatives. Les usages donnent au silence la valeur d'une acceptation<sup>156</sup>, comme elles établissent la priorité de l'exécution des obligations corrélatives d'un contrat synallagmatique<sup>157</sup> ; plus largement, elles sont une source autonome d'obligations contractuelles implicites<sup>158</sup>. Que le législateur abdique devant une tradition sectorielle trop bien établie<sup>159</sup> ou qu'il se reporte, par souci de souplesse, à la mul-

---

<sup>154</sup> Voir art. 1457 C.c.Q.

<sup>155</sup> Voir art. 1426 C.c.Q.

<sup>156</sup> Voir art. 1394 C.c.Q.

<sup>157</sup> Voir art. 1591 C.c.Q.

<sup>158</sup> Voir art. 1434 C.c.Q.

<sup>159</sup> C'est le cas pour les activités juridiques maritimes comme le transport (art. 2004, 2027, 2062, 2064, 2082 C.c.Q.) ou les assurances (art. 2526, 2528, 2569, 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

tiplicité des secteurs couverts par un type de contrat<sup>160</sup>, il invoque les usages à des fins diverses<sup>161</sup> faisant montre du souci d'adapter les contrats à leur environnement.

La théorie classique reconnaît l'existence de ces sources matérielles de droit mais leur accorde une importance relativement ténue ; par contre, leur existence est rigoureusement encadrée. Leur force contraignante se fonde sur le consentement mutuel implicite des parties et est mise en œuvre par la preuve que ces pratiques possèdent «les qualités d'ancienneté, de fréquence, de généralité, de publicité et d'uniformité»<sup>162</sup>. Le droit du commerce international leur accorde au contraire une place prépondérante en même temps qu'il assouplit leurs conditions d'application. Nous retrouvons en effet, dans les dispositions générales des Principes internationaux et communautaires, la consécration formelle des usages comme sources de droits et d'obligations<sup>163</sup>. Si les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, elles le sont également par ceux qui sont largement connus et régulièrement observés dans la branche commerciale considérée, ceux que des personnes placées dans la même situation tiendraient pour généralement applicables. Il s'agit donc de sources externes issues de l'environnement socio-économique, fondées plus sur les attentes légitimes des parties et leurs appartenances identitaires que sur leur consentement :

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

---

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 (*Commentaires, supra* note 38, t. 2 à la p. 1261).

<sup>160</sup> Comme le contrat d'entreprise et de service : voir art. 2098 C.c.Q. ; le ministre dira de l'article 2100 C.c.Q. :

Cet article énonce les obligations auxquelles sont tenus l'entrepreneur et le prestataire de services. Il n'a cependant paru ni possible ni souhaitable d'en déterminer le contenu et d'établir les responsabilités de chacun de façon catégorique, sur la base de la qualification matérielle ou intellectuelle de l'ouvrage ou du service, ou sur la base correspondante de l'obligation de résultat ou de moyens. Les cas sont, en effet, nombreux où la qualification de la nature de l'ouvrage ou du service est complexe ou délicate [...] Aussi a-t-il été jugé opportun de formuler l'article de façon suffisamment souple, pour qu'il puisse s'adapter à toute situation concrète (*Commentaires, ibid.* à la p. 1321).

<sup>161</sup> Par ex., établir la responsabilité de l'une des parties (art. 2100-2160 C.c.Q.), fixer le prix (art. 2106-2134 C.c.Q.), attribuer des pouvoirs (art. 2759 C.c.Q.) ou en fixer les limites (art. 2142-2143 C.c.Q.), qualifier un contrat (art. 2280 C.c.Q.).

<sup>162</sup> Baudouin, *supra* note 21 à la p. 249 ; au même effet voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 42 aux pp. 341-42.

<sup>163</sup> Voir Principes-UNIDROIT, *supra* note 13, art. 1.8 ; Principes du droit européen, *supra* note 14, art. 1.103.

constantly adapt to the ever changing technical and economic conditions of cross-border trade. [...]

[T]he importance of this article [art. 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<sup>164</sup>.

Dans ce contexte, les usages sont des normes qui, comme une règle de droit législatif, s'appliquent par imputation, qu'ils soient connus ou pas des contractants<sup>165</sup>, à moins que cette application ne soit déraisonnable. Rappelons que le caractère raisonnable s'évalue en tenant compte entre autres des usages<sup>166</sup>, cette circularité donnant toute la mesure de l'ouverture du droit du commerce international à l'environnement contractuel.

L'existence même des usages suppose cette dimension relationnelle du contrat, mais dans un cercle considérablement élargi. Quand le droit objectif absorbe les usages, il prend acte d'une réalité pour ensuite l'imposer aux nouveaux venus dans un secteur d'activités donné. La théorie juridique ne saurait dès lors minimiser leur importance et réduire leur champ d'application aux seuls contrats dits commerciaux.

Le contrat n'est pas un acte désincarné, pas plus qu'il n'est un phénomène clos, une bulle hermétiquement fermée. Il participe plus largement de la vie sociale. Macneil donne à l'harmonisation du contrat avec la société un caractère normatif. Quand les pratiques contractuelles ne reflètent pas les valeurs sociales, le droit doit les imposer, non seulement celles que l'ordre public injecte verticalement, mais aussi celles plus diffuses qui baignent la communauté :

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 a trade, but also customs of broader origin, such as those of civilized intercourse in the particular society<sup>167</sup>.

L'ordre public est multiple<sup>168</sup> : la théorie juridique distingue l'ordre public de protection et de direction, l'ordre public politique et économique, classification à laquelle nous pourrions ajouter l'ordre public local, régional, national et international. Il tire sa substance de plusieurs sources : à l'ordre public législatif, il faut ajouter l'ordre public jurisprudentiel dont la texture poreuse permet une circulation plus fluide de la communication sociale. À tous égards, il résulte de jeux de forces, de conflits d'intérêts et de valeurs, d'une dynamique d'opposition dont émergent des consensus chèrement

---

<sup>164</sup> Bonell, *supra* note 15 aux pp. 61-62.

<sup>165</sup> Voir Principes du droit européen, *supra* note 14 à la p. 42 : les usages s'appliqueraient donc également aux nouveaux venus sur le marché.

<sup>166</sup> Voir Principes du droit européen, *ibid.*, art. 1.108.

<sup>167</sup> Selon Macneil, le contrat est un phénomène social dont le droit étatique n'est qu'une facette, qu'un système d'organisation ; il est de ce fait soumis à d'autres influences et d'autres contraintes que le droit doit prendre en compte : voir «Values», *supra* note 106 aux pp. 367-68.

<sup>168</sup> Voir Baudouin, *supra* note 21 aux pp. 79-82.

acquis et toujours fugitifs qui commandent au droit, comme aux contractants, ouverture et souplesse:

### C. De la fixité vers la flexibilité

L'ordre public et le champ de valeurs, qu'ils soient internationaux, nationaux ou locaux, ramènent les relations contractuelles dans leur espace d'appartenance. Les contrats s'inscrivent aussi dans la dimension temporelle. Allergique à la perpétuité<sup>169</sup>, la théorie classique consacre l'immédiateté de la formation, de l'exécution et de l'extinction du contrat. On distinguait, bien avant la lettre de la loi, les contrats à exécution instantanée et à exécution successive<sup>170</sup>, les obligations «pures et simples» et les obligations à terme, les contrats à durée fixe et à durée indéterminée, les premiers tendant toujours à constituer la norme générale.

Cette conception, figure du contrat transactionnel, tend à transgresser le mouvement naturel du temps pour amener, par l'effet d'une planification structurée essentiellement autour de la promesse, le futur dans le présent, ce que Macneil appelle la «*presentation*». Des césures strictes s'établissent entre les moments précontractuel, contractuel et post contractuel<sup>171</sup>; une fermeture notionnelle s'érige entre la formation, l'exécution et l'extinction du contrat :

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<sup>172</sup>.

La théorie relationnelle des contrats nous invite à tenir compte de l'évolution graduelle des rapports : une relation commence et se termine rarement de façon

---

<sup>169</sup> Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 42 aux pp. 425-31.

<sup>170</sup> Distinction doctrinale, l'art. 1383 C.c.Q. en donne maintenant les définitions fondées essentiellement sur «la nature des choses», ce qui tend à les distinguer des contrats dont l'exécution est assortie de modalités temporelles décidées par les parties.

<sup>171</sup> Sur ces distinctions, voir P. Deslauriers, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994 ; J. Ghestin, «L'obligation précontractuelle de renseignements en droit français» dans D. Tallon et D. Harris, dir., *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, 171 ; P. Legrand, Jr., «De l'obligation précontractuelle de renseignement : aspects d'une réflexion métajuridique (et paraciviliste)» (1989) 21 R.D. Ottawa 585 ; P. Legrand, Jr., «Precontractual Relations in Quebec Law: Towards a Theoretical Framework» [1992] Contemp. Law 197 ; J. Schmidt, «La sanction de la faute précontractuelle» (1974) 73 R.T.D. civ. 46.

<sup>172</sup> «Futures», *supra* note 7 à la p. 750.

abrupte<sup>173</sup>, ce qui 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»<sup>174</sup>, tant et si bien que le contrat est tout au plus une projection du présent dans le futur<sup>175</sup> et non l'appréhension du futur par le présent. Lorsque le *Code civil du Québec* prend en considération les relations antérieures des parties pour conclure à l'acceptation tacite d'une offre de contracter<sup>176</sup>, lorsqu'il impose au juge-interprète de tenir compte des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée<sup>177</sup>, lorsqu'il prescrit qu'un bail est reconduit tacitement par la seule poursuite de la relation<sup>178</sup>, lorsqu'il impose la survie des obligations après l'extinction du contrat qui les avait engendrées<sup>179</sup>, il adopte l'idée d'un contrat inscrit dans un continuum temporel et endosse, ce faisant, la conception relationnelle.

Plus encore, la réalité économique contemporaine plonge très souvent les relations contractuelles dans la durée, voire le long terme. L'échange de consentement est généralement précédé de longs pourparlers et d'ententes préalables<sup>180</sup>. Non seulement l'exécution se prolonge-t-elle en phases successives, mais les parties, avant même son extinction, planifient explicitement ou implicitement leurs futures relations d'affaire. Si l'interdépendance rejette la domination, la durée exige l'adaptation. La versatilité des marchés, les interférences aussi multiples qu'imprévisibles qui affectent les facteurs de production, les brusques changements sociaux, politiques, économiques ou technologiques font en sorte que la rigidité devient néfaste pour les affaires. La résolution pacifique, des conflits, mais plus encore les accommodations et ajustements en cours d'exécution, dosent la souplesse indispensable à la survie du lien contractuel.

La théorie classique promeut essentiellement la fixation exhaustive comme instrument de prévision. Pour contrer les aléas, le contrat transactionnel tend à figer le temps, à assujettir le futur. Macneil voit dans ce processus des difficultés insurmontables liées à la nature humaine et aux relations interpersonnelles. Incapable déjà de capter globalement le présent, l'être humain est certainement inapte à saisir l'avenir ; l'effort de conversion de la réalité en langage abstrait — forme d'expression du contrat — a toujours un effet réducteur ; toute communication humaine est soumise à des

---

<sup>173</sup> Voir *ibid.* à la p. 751.

<sup>174</sup> Alberts, *supra* note 106 à la p. 87.

<sup>175</sup> Voir *ibid.*

<sup>176</sup> Voir art. 1394 C.c.Q.

<sup>177</sup> Voir art. 1426 C.c.Q.

<sup>178</sup> Voir art. 1879 C.c.Q.

<sup>179</sup> Contrats de société : voir art. 2233, 2262 C.c.Q. ; contrats de mandat : voir art. 2162 C.c.Q.

<sup>180</sup> Véritables avant-contrats, sous forme de promesses de contracter telles que prévues à l'art. 1396 C.c.Q. qui diffèrent de la formation définitive du contrat projeté, mais également accords partiels, accords de principe, lettre d'intention, punctuation. Au Québec, voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 42 aux pp. 106-108 ; en France, voir Mestre, *supra* note 30 à la p. 52 ; Terré, Simler et Lequette, *supra* note 20 aux pp. 137-49.

distorsions, par conséquent tout accord emporte ses divergences<sup>181</sup>. Dans un contrat à long terme, non seulement les aléas ou encore les risques de mauvaises prévisions se multiplient-ils, mais ces difficultés inhérentes sont exacerbées : «The problem is that presentation is a quite illusory goal and all long-term contracts must in practice be incomplete»<sup>182</sup>. Dans la pratique, ces contrats se caractérisent donc par leur indétermination planifiée<sup>183</sup>.

Quelle que soit l'approche conceptuelle, la fin recherchée est la même : l'efficacité économique par la stabilité des rapports juridiques. Les moyens seuls diffèrent et affectant le choix des normes : d'un côté, fixation et immutabilité ; de l'autre, communication continue et flexibilité. La question surgit : est-ce l'immutabilité ou la flexibilité qui sert le mieux la stabilité des liens contractuels ? La théorie classique associe étroitement la sécurité juridique à l'immutabilité des contrats. Le droit devient l'instrument qui fait du contrat une source d'obligations juridiquement contraignantes par la force étatique. Qu'elles lient les parties, qu'elles soient opposables aux tiers, qu'elles soient irrévocables et en principe non modifiables, tout concourt à les mettre à l'abri des fluctuations événementielles. Selon Macneil, la pratique contractuelle présenterait un autre visage : particulièrement dans les relations d'affaires continues<sup>184</sup>, la flexibilité serait garante non seulement de la pérennité mais également de l'efficacité et de la paix contractuelles.

Paul-André Crépeau, avec la collaboration d'Élise M. Charpentier, dans l'ouvrage<sup>185</sup> qu'ils consacrent à la comparaison des valeurs soutenues respectivement par le *Code civil du Québec* et les Principes-UNIDROIT, ont admirablement démontré qu'une fin partagée — la *favor contractus*, c'est-à-dire l'effectivité du contrat — peut être poursuivie par des moyens différents. Il ressort de leur analyse que le droit commun du Québec a emprunté à l'une et l'autre conception, et qu'en renonçant à la stricte rigidité de la théorie classique il n'a pas, pour autant, souscrit à toute la fluidité des Principes-UNIDROIT. Sans reprendre toute l'analyse des auteurs, une variable pourra servir la comparaison, soit le degré de détermination du contenu obligationnel.

Selon la théorie classique, la détermination précise de l'objet du contrat et des obligations qu'il génère est liée au principe de l'autonomie de la volonté. Le contrat reposant sur le moment magique de l'échange des consentements, les futures parties doivent savoir avec exactitude ce à quoi elles s'engagent. Au silence du *Code civil du Bas Canada*, l'on opposait comme conditions, sous peine de nullité, qu'à une offre

---

<sup>181</sup> Voir «Futures», *supra* note 7 aux pp. 726-29.

<sup>182</sup> D. Campbell et D. Harris, «Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The Role of Co-operation» (1993) 20 : 2 J. L. & Soc. 166 à la p. 169.

<sup>183</sup> «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» (*ibid.*).

<sup>184</sup> Que l'exécution d'un contrat se prolonge dans le temps ou que les parties entretiennent des relations d'affaires multiples sur une base continue.

<sup>185</sup> *Supra* note 15 à la p. 12 et s.

précise devait correspondre une acceptation parfaitement conforme. Le *Code civil du Québec* atténue cette rigidité par la qualification suivante : l'offre doit comporter tous les éléments *essentiels* du contrat envisagé<sup>186</sup> et l'acceptation doit y être *substantiellement* conforme<sup>187</sup>. À défaut d'atteindre ce degré, l'on replonge dans les limbes extra-contractuels de la négociation, dans le jeu des propositions et contre-propositions. Au contenu formel des échanges, UNIDROIT oppose le comportement des parties qui, s'il indique suffisamment leur accord, permet de conclure à l'existence d'un contrat<sup>188</sup>. Par ailleurs, pour limiter les risques de contentieux, l'article 2.11 des Principes accorde à l'offrant d'évaluer la substance de l'acceptation et, le cas échéant, de la refuser en réitérant son offre initiale<sup>189</sup>. Union de la souplesse et de la sécurité par la communication achevée.

Qu'arrive-t-il lorsque les parties ont convenu de reporter la détermination d'un élément essentiel du contrat ? La théorie classique exige que l'objet d'une obligation soit au moins déterminable au moment de l'échange des consentements, que «les parties s'entendent sur des critères *prédéterminés* et *objectifs*» [italiques dans l'original]<sup>190</sup> qui incluent l'intervention d'un tiers mais non celle du juge qui «ne peut se substituer aux parties afin d'élaborer lui-même le contenu de la prestation»<sup>191</sup>. Selon les Principes-UNIDROIT, une clause indéterminée demeure valide s'il existe un moyen raisonnable d'y palier, moyen qui, même s'il n'a pas été prévu par les parties, tienne compte de leur intention<sup>192</sup>. Le même processus s'applique en cas de lacune importante<sup>193</sup>. 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. La Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a provoqué en 1995<sup>194</sup> un ouragan juridique<sup>195</sup> en disposant que l'indétermination du prix, du moins dans les contrats-cadres, n'emportait pas la nullité du contrat sauf si la loi l'imposait. Une partie pouvait donc, sans impunité, fixer unilatéralement le prix sauf

---

<sup>186</sup> Voir art. 1388 C.c.Q.

<sup>187</sup> Voir art. 1393 C.c.Q. L'absence d'accord sur des éléments secondaires n'est donc pas fatal, ce qui est réitéré par l'art. 1387 C.c.Q. : «Le contrat est formé [...] lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires».

<sup>188</sup> Voir Principes-UNIDROIT, *supra* note 13, art. 2.1 ; le jeu de l'offre et de l'acceptation n'aura d'effet que sur le moment et le lieu de la formation du contrat, s'il devient nécessaire de les fixer.

<sup>189</sup> Voir Crépeau, *supra* note 15 à la p. 16.

<sup>190</sup> Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 42 à la p. 216.

<sup>191</sup> *Ibid.* à la p. 217.

<sup>192</sup> Voir *supra* note 13, art. 2.14.

<sup>193</sup> Voir Principes-UNIDROIT, *ibid.*, art. 4.8. À défaut d'accord entre les parties quant à une clause 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.

<sup>194</sup> Voir *Compagnie française de téléphone c. Bechtel France* ; *SNC Le Montparnasse c. GST Alcatel Bretagne* ; *SA Compagnie Atlantique de téléphone c. SA SUMACO* ; *Vassali c. Gagnaire*, Ass. plén., 1 décembre 1995, D.1996.13.

<sup>195</sup> Voir CEDIP et Université de Montpellier, dir., *La détermination du prix : nouveaux enjeux*, Paris, Dalloz, 1997.

dans des cas d'abus qui menaient alors à la résiliation du contrat ou la réduction de l'obligation. Rien dans le droit commun du Québec n'empêcherait les tribunaux de suivre ce courant qui, du point de vue de la théorie classique, serait un contre-courant<sup>196</sup>. Cette pratique contractuelle n'est pas rare et le droit du commerce international en prend acte. Le premier alinéa de l'article 5.7 des Principes-UNIDROIT prévoit :

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.

Certaines dispositions du *Code civil du Québec*, au titre des contrats nommés, prévoient expressément la fixation du prix au moment de l'accord<sup>197</sup>, mais il en est d'autres qui prévoient expressément que le prix pourra être fixé d'après la valeur de la contre-prestation<sup>198</sup>, donc ultérieurement et en assumant les fluctuations du marché.

La *favor contractus* est le «principe selon lequel il faut autant que possible prendre des mesures destinées à favoriser la validité et l'exécution, bref la survivance plutôt que la nullité ou l'extinction d'un contrat»<sup>199</sup>, un principe qui assure la stabilité contractuelle. Nous croyons que, mieux que la fixité principielle, la souplesse des moyens alternatifs de détermination — y compris la négociation continue — contribue à la sécurité juridique. D'autant que les contrats sont par nature incomplets et le sont plus encore les contrats à long terme. Parce qu'il est impossible et inopportun d'en spécifier les conditions (prix, quantité, qualité, délivrance), parce qu'il est impossible de prévoir l'avenir et de le formuler au présent, ces contrats s'expriment en termes «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'exécution<sup>200</sup>. 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.

La théorie relationnelle, qui fait de la flexibilité et de la coopération des normes essentielles, répond mieux à cette réalité que la théorie classique des contrats :

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.

---

<sup>196</sup> La fixation obligatoire du prix lors de la conclusion du contrat était une condition de validité des contrats qui en France trouvait son fondement dans l'art. 1129 C. civ. La Cour de cassation a décidé que cette disposition n'était pas applicable à la détermination du prix. L'art. 1374 C.c.Q. est au même effet, comme l'était l'art. 1060 C.c.B.-C.

<sup>197</sup> C'est le cas en matière de vente (art. 1708-1786 C.c.Q.) et de bail d'un logement (art. 1903 C.c.Q.).

<sup>198</sup> C'est le cas en matière de contrats d'entreprise ou de service (art. 2106 C.c.Q.) et de mandat (art. 2134 C.c.Q.).

<sup>199</sup> Crépeau, *supra* note 15 à la p. 12.

<sup>200</sup> Voir Esser, *supra* note 102 à la p. 622.

Thus, everything is dependent upon further cooperation, not only in performance, but also in planning<sup>201</sup>.

Si l'indétermination semble être une caractéristique profonde des contrats contemporains, la détermination ne doit pas pour autant constituer un piège, une menace à l'efficacité contractuelle et économique. Sans boule de cristal, les contractants sont soumis à tous les aléas du temps dans des rapports non modifiables sauf du consentement mutuel des parties ou par les juges pour les causes reconnues par la loi<sup>202</sup>. Paul-André Crépeau intègre la théorie de l'imprévision au rang des serviteurs de la *favor contractus*<sup>203</sup> alors que la théorie classique y voit au contraire une source d'insécurité<sup>204</sup> et d'instabilité<sup>205</sup>. Pareil paradoxe dans une liaison de finalité a de quoi surprendre : s'il ne peut se résoudre par la logique, c'est qu'il répond de l'idéologie.

Tous s'entendent sur l'objet de cette théorie : il s'agirait 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 parties<sup>206</sup>. Tous s'accordent sur la validité des clauses dites de «*hardship*» par lesquelles les parties s'obligent en pareil cas à renégocier l'équilibre contractuel et, au cas d'échec, à soumettre leur différend à un arbitre<sup>207</sup>. Certains refusent cependant que le législateur l'impose et confie aux tribunaux ce pouvoir de révision prétextant qu'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»<sup>208</sup>. Il reviendrait donc aux seules parties, dans l'exercice de leur liberté, de prévoir l'imprévisible et d'accorder leur confiance absolue à un arbitre. La théorie de l'imprévision s'applique à des situations exceptionnelles et constitue de ce fait un régime juridique exceptionnel. C'est ainsi que les Principes-UNIDROIT la présentent et en font une règle d'application générale sans être pour autant impérative<sup>209</sup>.

Ceux qui rejettent cette théorie s'appuient sur les fondements du droit commun des contrats — liberté contractuelle et sécurité juridique — auxquels ils ajoutent un

---

<sup>201</sup> «Futures», *supra* note 7 à la p. 781. Au même effet, voir Campbell et Harris, *supra* note 182 à la p. 170 ; Esser, *ibid.* à la p. 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 : voir «Values», *supra* note 106.

<sup>202</sup> La théorie classique fait de l'immutabilité une conséquence directe de l'effet obligatoire des contrats consacré par les art. 1434-1439 C.c.Q.

<sup>203</sup> *Supra* note 15 à la p. 30.

<sup>204</sup> Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 42 à la p. 433.

<sup>205</sup> Voir Baudouin, *supra* note 21 à la p. 245.

<sup>206</sup> Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 42 à la p. 432 ; Crépeau, *supra* note 15 aux pp. 30-32.

<sup>207</sup> Voir Baudouin, *supra* note 21 à la p. 245 ; Pineau, Burman et Gaudet, *ibid.* à la p. 434.

<sup>208</sup> Pineau, Burman et Gaudet, *ibid.*

<sup>209</sup> Voir Principes-UNIDROIT, *supra* note 13, art. 6.2.2, 6.2.3 ; Principes du droit européen, *supra* note 14, art. 2117.

choix de politique législative. Le rejet par le Ministre de la justice d'une proposition de l'Office de révision du Code civil d'inclure une règle d'application générale<sup>210</sup> devient un principe, réaffirmé par des interventions ponctuelles donc exceptionnelles dans le champ particulier des libéralités<sup>211</sup> et des patrimoines d'affectation<sup>212</sup>. Ils redoutent les réactions en chaîne, où la révision appelle la révision, et cela dans un mouvement sans fin. Ceux qui préconisent la réception de cette théorie s'appuient tout autant sur les fondements du droit commun des contrats : Julie Bédard a remarquablement démontré que la théorie de l'imprévision trouve sa source dans le principe de l'autonomie de la volonté et que la sécurité juridique lui sert d'assise<sup>213</sup>. Ils invoquent par ailleurs toutes les dispositions législatives qui font de la révision judiciaire le moyen d'assurer non seulement la justice mais également le maintien des liens contractuels. À tous ces arguments de logique interne, s'ajoute l'argument puissant de la pragmatique :

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 [italiques dans l'original]<sup>214</sup>.

Exclure la théorie de l'imprévision du droit commun des contrats, et cela sans rejet législatif formel, emporte la ruine économique de l'une des parties ou la ruine contractuelle pour les deux. Le débiteur d'une obligation devenue «excessive et déraisonnable» l'exécutera soit au risque de sa survie économique et de sa productivité future, soit ne l'exécutera pas au risque de la survie et de l'efficacité réelle du contrat. La réaction en chaîne peut alors prendre une trajectoire tragique :

Celui-ci [le débiteur], ruiné par un seul contrat, ne pourra remplir ses engagements contractuels vis-à-vis d'innombrables autres créanciers. Il peut se trouver également que, dans des circonstances imprévisibles à un niveau régional, national ou international, des centaines voire des milliers de débiteurs soient ruinés par un seul contrat qui aurait simplement pu être révisé : l'argument de l'instabilité économique nationale peut donc également être invoqué en faveur de l'acceptation de la théorie de l'imprévision. Autrement dit, un excès de sta-

---

<sup>210</sup> Voir O.R.C.C., *supra* note 34, art. 75 à la p. 345 ; *Commentaires*, *supra* note 38 aux pp. 624-25. Cette proposition n'a pas été reprise dans l'avant-projet de loi et n'a donc été soumise ni à la discussion publique ni au législateur.

<sup>211</sup> Voir art. 771, 1834 C.c.Q.

<sup>212</sup> Voir art. 1294 C.c.Q.

<sup>213</sup> «Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois» (1997) 42 R.D. McGill 761 ; au même effet, voir S. Martin, «Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois» (1993) 34 C. de D. 599.

<sup>214</sup> J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations : L'acte juridique*, t. 1, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 1996 à la p. 300.

bilité peut avoir un effet contraire à celui qui est recherché si l'on a une vue d'ensemble des liens contractuels<sup>215</sup>.

Tenant compte de la 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 profits et des pertes. L'application des normes de mutualité et de réciprocité commande alors de réviser ce partage à la hausse et à la baisse aux cas de fluctuations déstabilisatrices<sup>216</sup>.

La flexibilité, fer de lance de la théorie du contrat relationnel, se conjugue à la solidarité et la coopération pour assurer l'efficacité juridique et économique des contrats. Ces valeurs, inscrites dans le *Code civil du Québec*, devraient inspirer la théorie juridique. Loin d'être hostile aux contrats relationnels, le *Code civil du Québec*, au contraire, partage plusieurs de ses valeurs, objectifs et moyens. Cette théorie a de plus le mérite d'absorber adéquatement le spectre de toutes les situations contractuelles possibles, de la plus simple à la plus complexe. Les contrats complexes forment certainement la figure dominante du monde contemporain 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.

### III. Vers l'intégration

La réalité contemporaine des échanges économiques défie autrement la théorie classique en provoquant la structure de l'ordre contractuel, plus précisément sa clôture et son horizontalité principielles. Un objectif commun, un projet unique peut nécessiter une multiplicité de liens qui fait éclater les frontières contractuelles circonscrites essentiellement par le vis-à-vis des parties immédiates, pluralité qui provoque le principe de l'effet relatif des contrats (A). Par ailleurs et convenant que l'échange est un mode d'intégration latérale de ressources, de facteurs de production, certains éléments organisationnels peuvent venir se greffer à la situation originellement contractuelle, verticalité qui donne naissance à un hybride entre structures purement marchande et purement hiérarchique (B).

#### A. Pluralité : les chaînes et les groupes de contrats

On dit du droit qu'il «n'aime pas la pluralité, spécialement la pluralité de personnes : le nombre complique la norme»<sup>217</sup>. Nous pourrions ajouter qu'en revanche, aux actes composites mais unitaires, le droit préfère la pluralité des actes simples. Ce double mouvement poursuit essentiellement le même objectif : ramener la réalité à la simplicité du modèle, la fondre dans le schème.

---

<sup>215</sup> Bédard, *supra* note 213 à la p. 784.

<sup>216</sup> Voir «Futures», *supra* note 7 aux pp. 782-83.

<sup>217</sup> R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990 à la p. 3.

La théorie classique tend à expulser du territoire contractuel toute personne qui n'a pas participé à la rencontre des volontés. L'on sait que le contrat, acte juridique bilatéral, requiert deux parties, chacune ayant des intérêts propres. L'on sait qu'une partie, ou les deux, peut être composée de plusieurs personnes ; le *Code civil du Québec* le reconnaît maintenant expressément<sup>218</sup>. Mais si le contrat peut se décliner au pluriel, il se conjugue en général au singulier : «Tous les efforts de la science du droit tendent à aplanir ces difficultés en réduisant le pluralité en une unité nouvelle»<sup>219</sup>. Par phénomène de fusion, la multiplicité se réincarne en personne morale unique<sup>220</sup> ou en entité générique comme la société et la succession, voilant le nombre d'actionnaires, d'associés ou d'héritiers par l'effet du groupement. De la même manière, la pluralité de liens sera camouflée par l'unité de l'objet de l'obligation indivisible<sup>221</sup> ou solidaire<sup>222</sup>. Par phénomène de fission, l'unité d'une opération complexe éclate en multiplicité d'actes qui ramène par exemple le contrat tripartite en une série d'actes bilatéraux<sup>223</sup>.

La structure bicéphale de départ doit demeurer pendant toute la vie du contrat. Le principe de l'effet relatif<sup>224</sup> crée une partition étanche entre la catégorie identitaire des parties contractantes et la catégorie résiduaire des tiers. Rappelons que la définition juridique s'apparente à l'une des acceptions usuelles du tiers : «personne étrangère à un rapport juridique»<sup>225</sup> et «personne étrangère à un groupe»<sup>226</sup>. Cette extranéité n'est pas entièrement soutenue par la réalité juridique<sup>227</sup>. Ainsi des personnes interviennent à la formation d'un contrat sans que ce dernier ne les lie formellement. Outre le représentant, toute personne doit donner son autorisation ou son assistance<sup>228</sup>, même le notaire instrumentant<sup>229</sup>. Pendant la vie du contrat, les parties originaires peuvent

<sup>218</sup> Voir art. 1378 C.c.Q. : «Le contrat est un accord de volonté, par lequel *une ou plusieurs personnes* s'obligent envers *une ou plusieurs autres* à exécuter une prestation» [nos italiques].

<sup>219</sup> Cabrillac, *supra* note 217 à la p. 3.

<sup>220</sup> Voir art. 298 et s. C.c.Q. : c'est notamment le cas de la société par actions (art. 2188 C.c.Q.) et du syndicat de copropriétaires (art. 1039 C.c.Q.).

<sup>221</sup> Voir art. 1520 C.c.Q.

<sup>222</sup> Voir art. 1528, 1541 C.c.Q.

<sup>223</sup> À cet égard, la définition du crédit-bail (art. 1842 C.c.Q.) et du mandat (art. 2130 C.c.Q.) y introduit la présence d'un tiers pour mieux signifier l'absence d'une troisième partie ; voir plus précisément la section plus que symboliquement intitulée «Des obligations des parties envers les tiers» : art. 2157-2165 C.c.Q.

<sup>224</sup> Voir art. 1440 C.c.Q.

<sup>225</sup> P.-A. Crépeau, dir., *Dictionnaire de droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, s.v. «tiers».

<sup>226</sup> *Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 1988, s.v. «tiers».

<sup>227</sup> Voir Cabrillac, *supra* note 217 aux pp. 12-13.

<sup>228</sup> On pense particulièrement au tuteur (art. 173 C.c.Q.), au conseil de tutelle (art. 213 C.c.Q.), et à l'époux pour les actes concernant la résidence familiale (art. 401 et s. C.c.Q.).

<sup>229</sup> Entre autres pour certains actes solennels qui requièrent la forme notariée comme condition de formation. Par exemple, le contrat de mariage (art. 440 C.c.Q.), l'hypothèque immobilière (art. 2693 C.c.Q.), certaines donations (art. 1824 C.c.Q.).

s'éclipser par l'effet de substitution conventionnelle ou légale<sup>230</sup> comme de nouvelles personnes peuvent s'y greffer par l'effet d'adhésions<sup>231</sup>. Le cercle des relations contractuelles n'est jamais définitivement stabilisé. Cette extranéité n'est pas plus soutenue par la réalité socio-économique, car dans le monde contemporain, l'abondance des activités, conjuguée à l'hyperspécialisation, dessine des figures plus complexes<sup>232</sup>. Enchevêtré dans un réseau de «connexions économiques»<sup>233</sup>, le contrat devient l'île «d'un archipel animé d'une vie collective»<sup>234</sup>.

L'esprit communautaire n'a cependant pas pénétré la théorie classique du contrat. La pluralité sera vaincue le plus souvent par une stratégie d'éclatement dont la principale tactique demeure la hiérarchisation : hiérarchisation substantive entre principe général et exception, entre principal et accessoire ; hiérarchisation temporelle par voie de successions d'événements isolés dont l'antériorité détermine le rang relatif.

Ainsi, la théorie juridique rangera traditionnellement la promesse de porte-fort<sup>235</sup> et la stipulation pour autrui<sup>236</sup> parmi les exceptions au principe de l'effet relatif du contrat, mais pour ajouter immédiatement — par hiérarchie des qualificatifs — que la première constitue une fausse exception, au mieux une atténuation du principe.

C'est toujours en fondant le principe de la relativité des obligations conventionnelles sur la volonté et la participation à l'échange des consentements que l'on fixe les frontières contractuelles. Les héritiers y sont intégrés par la fiction du prolongement de la personne du contractant<sup>237</sup>. Les ayants-cause à titre particulier, dont les acquéreurs subséquents, le sont par la théorie de l'accessoire, qui peuvent faire valoir directement les droits personnels acquis conventionnellement par leur auteur dans la mesure où ils sont intimement liés au bien transféré<sup>238</sup>. C'est d'abord la jurisprudence, interpellée par la réalité et la recherche d'équité, qui a créé certaines chaînes de transmission et ébranlé ainsi la clôture de l'ordre contractuel<sup>239</sup>. Le *Code civil du Québec* réunit simplement ces régimes dans une section consacrée aux effets du contrat à

---

<sup>230</sup> Par exemple, par l'effet de la subrogation (art. 1651 et s. C.c.Q.), de la cession de créance (art. 1637 et s. C.c.Q.), de la novation par changement de débiteur ou de créancier (art. 1660 et s. C.c.Q.), de la délégation (art. 1667 C.c.Q.). Également, l'acquéreur d'une entreprise par rapport au contrat de travail (art. 2097 C.c.Q.) ou d'un immeuble par rapport au bail (art. 1886, 1887, 1937 C.c.Q.).

<sup>231</sup> En matière d'assurance collective : voir art. 2401-2406 C.c.Q.

<sup>232</sup> Voir Mestre, *supra* note 30.

<sup>233</sup> R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1<sup>re</sup> série, Panorama des mutations*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1964 à la p. 53.

<sup>234</sup> M. Cabrillac, «Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale» dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978 à la p. 248.

<sup>235</sup> Voir art. 1443 C.c.Q.

<sup>236</sup> Voir art. 1444 et s. C.c.Q.

<sup>237</sup> Voir art. 1441 C.c.Q.

<sup>238</sup> Voir art. 1442 C.c.Q.

<sup>239</sup> Voir *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, 93 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 481 ; cette règle est, pour ce qui concerne la vente, maintenant codifiée à l'art. 1730 C.c.Q.

l'égard des tiers, brisant ainsi la muraille relationnelle érigée par la théorie classique. Ces «tiers», en perte de statut juridique, sont tout de même récupérés par les catégories théoriques intermédiaires de «tiers liés» ou «faux tiers»<sup>240</sup> qui les confinent dans leur espace initial, gardant les «vraies parties» à l'abri du foisonnement social.

Au statisme des catégories d'appartenance qui tend à isoler définitivement les contractants correspond le mouvement dynamique qu'animent les échanges, transmissions et mutations. La trajectoire se dessine, par saccades, en une succession de bulles juridiques hermétiques qui tendent à reproduire le schéma classique du duo. En langage métaphorique, la théorie classique préfère le couple reconstitué à la famille élargie. Pour construire la chaîne, le ciment demeure l'unité d'objet — un bien transféré ou une obligation transmise — plus que le maillage des relations. Cette figure de la pluralité des liens contractuels est explicitement reconnue par le *Code civil du Québec* : linéaire, fondée sur la transmission, elle engendre un réseau simplifié qui ne heurte pas de plein fouet la théorie classique comme le fait le groupe de contrats.

Les groupes de contrats répondent en même temps de la complexité économique et de la fragmentation des facteurs de production. Pour mener à bien un projet économique, il arrive que l'intervention de plusieurs agents soit requise. Les grands chantiers de construction impliquent le concours d'ingénieurs d'architectes, d'entrepreneurs, de sous-entrepreneurs, de fournisseurs, de consultants ; la distribution et le transport, dans un espace national ou international, suppose la coopération de plusieurs sujets indépendants ; la plus petite intervention chirurgicale tisse des liens entre le patient et son médecin généraliste, le médecin spécialiste, la chirurgienne, l'anesthésiste, l'hôpital, sans compter les liens contractuels préexistants entre ces derniers.

La théorie du groupe de contrats prend acte de ces situations économiques qui réunissent une pluralité de contrats, juridiquement indépendants selon le critère de la stricte participation à l'échange de consentement, mais qui ont en commun de porter sur le même bien ou de partager le même destin. Identité de l'objet de la prestation : l'on trouve, par exemple, les contrats de transport combiné ou successif<sup>241</sup>. Identité de la cause du contrat : l'on trouve les grands projets de construction mais également les contrats de publicité qui réunissent, en structure diffuse, le client, l'annonceur, le concepteur, le diffuseur<sup>242</sup>. Les figures sont nombreuses et se modèlent sur diverses ossatures<sup>243</sup> allant de la chaîne linéaire à la grappe complexe. À l'hétérogénéité des con-

---

<sup>240</sup> J. Ghestin (avec le concours de C. Jamin et M. Billiau), *Traité de droit civil — Les effets du contrat*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994 à la p. 388 et s. ; J.-L. Aubert, «À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers» [1993] R.T.D.C. 263.

<sup>241</sup> Selon l'art. 2031 C.c.Q., le transport successif est celui qui est effectué par plusieurs transporteurs qui se succèdent en utilisant le même moyen de transport alors que le transport combiné est celui où les transporteurs se succèdent en utilisant des modes différents de transport.

<sup>242</sup> Voir B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975 à la p. 99 et s.

<sup>243</sup> Bernard Teyssié a proposé une nomenclature fondée sur l'interdépendance : ensembles de contrats indivisibles, simples ou complexes, ou divisibles, à dimension temporelle ou spatiale, ou à dé-

tractants répond toujours un élément identificatoire de nature, d'objet, d'obligations principales ou accessoires<sup>244</sup>.

Cette théorie a émergé en France, dans les années 1970, autour de la question du régime de responsabilité applicable, contractuelle ou délictuelle, dans les cas où un préjudice était causé à un contractant par l'inexécution d'une obligation originant d'un autre contrat, économiquement interlié au sien. La proximité, voire la superposition de situations coexistantes, l'interdépendance des effets de chaque contrat sur l'ensemble, ont soulevé les problèmes reliés à la clôture du cercle contractuel. Le principe de l'effet relatif des contrats entraîne la qualification juridique des personnes — parties et tiers — et provoque le choix du régime. Cette assertion se simplifie encore par le dogme de l'autonomie de la volonté, seule selon la théorie juridique classique à présider, sur fond de consentement, à la discrimination entre personnes liées et toutes les autres, qualifiées indistinctement de tiers. Outre le choix du régime de responsabilité, chaînes et grappes de contrats soulèvent les questions de l'action directe du créancier contre le débiteur de son débiteur, des effets de l'anéantissement d'un contrat sur la survie des autres, de l'interprétation de l'un par les autres. Ce sont des questions auxquelles la théorie classique apporte certes des réponses, mais au prix de contorsions juridiques telles que l'assimilation des deux régimes de responsabilité, la multiplication des recours de toute nature, au pire devant des tribunaux différents qui appliquent des lois différentes, pour juger — peut-être sans autre cohérence — de litiges sur la même cause d'action.

Cette théorie a d'abord reçu en France un accueil mitigé<sup>245</sup> pour être finalement rejetée par l'Assemblée plénière<sup>246</sup>. Quant au droit québécois, la Cour suprême du Canada a, dans l'affaire *Bail*<sup>247</sup>, suspendu son jugement sur cette question.

---

pendance unilatérale ; ensembles de contrats à structure simple ou à structure complexe, les uns et les autres conclus entre parties différentes ou entre mêmes parties : voir *ibid.* aux pp. 93-133 ; M. Bacache-Gibeili distingue les groupes homogènes des groupes hétérogènes, ces derniers séparés en groupes symétriques et asymétriques : voir *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996 aux pp. 122-42.

<sup>244</sup> Voir Bacache-Gibeili, *ibid.* Même nature et même objet de la prestation : groupe homogène par addition comme les ventes successives du même bien ou groupe homogène par diffraction comme tout sous-contrat par rapport au contrat principal (les concepts d'addition et de diffraction sont empruntés à Teyssié, *ibid.* aux pp. 42-92). Même objet de la prestation mais nature différente : vente-donation du même bien. Contrats de nature différente mais engendrant la même obligation principale : contrat d'entreprise et contrat de travail dont la nature se distingue principalement par l'indépendance et la subordination. Contrats de nature différente qui n'engendrent pas la même obligation principale mais des obligations accessoires identiques : obligation de garantie de qualité ou obligation de sécurité du bien, impartie, l'une et l'autre, au vendeur de matériaux et à l'entrepreneur qui les fournit à son client.

<sup>245</sup> Appliquée par Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 juin 1988, D.1989.5 ; rejetée par Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 1988, J.C.P. 1988.II.21125.

<sup>246</sup> Ass. plén., 12 juillet 1991, D.1991.549.

<sup>247</sup> *Supra* note 84.

Le clivage prend sa source dans l'application du principe de l'effet relatif des contrats, une construction que la théorie classique tire des articles 1023 C.c.B.-C., 1440 C.c.Q. et 1165 du Code civil français, qui prévoient que le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes à l'exclusion des tiers, sauf dans les cas prévus par la loi. L'on peut réduire le statut de «parties contractantes» aux seules personnes qui ont consenti à l'acte juridique bilatéral, ce qui provoque l'éclatement de l'ensemble contractuel en autant de particules simples : les autres contrats deviennent des faits, les autres contractants des tiers. C'est la solution retenue par la théorie classique. L'on peut autrement étendre le statut de «parties contractantes» à tous ceux qui, liés par contrat, participent de la même opération juridique prise globalement. L'on invoque la première solution comme seule garante du principe de l'autonomie de la volonté, fondement de la force obligatoire des contrats. L'on invoque la seconde comme seule garante de la prévisibilité contractuelle<sup>248</sup>. Nous sommes en présence d'un conflit de valeurs, l'une principielle, l'autre fonctionnelle. Une réconciliation est-elle possible ? Il faut pour cela abandonner la thèse libérale du XIX<sup>e</sup> siècle et rechercher, dans le pouvoir de la loi, la force obligatoire des contrats. L'intervention juridique vise à assurer la sécurité des prévisions contractuelles parce qu'elles servent l'utilité sociale et sont un instrument de justice commutative. Pour atteindre la justice, encore faut-il permettre à la victime d'atteindre le patrimoine du fautif et, pour assurer la sécurité, permettre à ce dernier de se prévaloir des clauses exonératoires telles que stipulées dans son contrat.

En droit québécois, l'assimilation des régimes de responsabilité n'est plus possible : l'article 1458 C.c.Q. élimine l'option comme le cumul. On peut dès lors se demander si la solution retenue par la Cour suprême dans l'affaire *Bail*<sup>249</sup> serait la même : condamner le maître de l'ouvrage à indemniser le sous-entrepreneur du préjudice qu'il a subi à cause de l'inexécution de son obligation contractuelle d'information envers l'entrepreneur, arguant qu'il s'agissait à l'égard du sous-entrepreneur du manquement quasi-délictuel à un devoir de conduite. Cela reviendrait à faire du devoir d'honorer ses engagements posé par l'article 1458 C.c.Q. une règle générale de conduite dans la société dont chacun, quel que soit son statut mais dans la mesure de son préjudice, pourrait se prévaloir dans une action en responsabilité extra-contractuelle sous l'article 1457 C.c.Q. Ce serait pousser très loin les effets positifs de l'opposabilité des contrats en tant que faits sociaux, ce serait provoquer un éclatement de la sphère contractuelle proche du séisme juridique. Pire encore, ce serait confondre la nature du remède, c'est-à-dire confondre la compensation du préjudice direct et l'exécution par équivalent d'une obligation contractuelle prévue quant à son existence et son étendue. Les prévisions conventionnelles ajoutent aux devoirs généraux — il s'agit selon Bernard Teyssié d'un «plus contractuel»<sup>250</sup> — et devraient de ce fait échapper à ceux qui lui sont parfaitement étrangers. L'encadrement proposé par la

---

<sup>248</sup> Voir Bacache-Gibeili, *supra* note 243 aux pp. 255-60.

<sup>249</sup> *Supra* note 84.

<sup>250</sup> *Supra* note 242.

théorie du groupe de contrats endigue ce déluge tout en permettant une circulation juridique plus fluide à travers des frontières contractuelles moins hermétiques.

Une fois l'existence d'un groupe de contrats prouvée — l'ensemble des contrats portent sur le même bien (identité d'objet) ou poursuivent un but économique commun (identité de cause) ou génèrent des obligations principales ou accessoires identiques — le cercle contractuel serait élargi à toutes les parties contractantes. Mireille Bacache-Gibeili propose la création de sous-catégories de «cocontractants» pour ceux qui ont participé à la formation de l'acte, et de «simples parties contractantes» pour ceux qui participent au groupe<sup>251</sup>. Les premières seraient seules à pouvoir provoquer l'anéantissement du contrat qu'elles ont formé. Les secondes, dans la mesure où elles sont victimes d'une faute contractuelle quel qu'en soit l'auteur, jouiraient entre elles des actions directes en exécution, en nature ou par équivalent. La partie poursuivie pourrait en revanche leur opposer les immunités prévues par son contrat d'origine<sup>252</sup>.

Le *Code civil du Québec* reconnaît et réglemente, au titre des contrats nommés, certains ensembles contractuels en prévoyant une action directe des «simples parties contractantes». Pour le crédit-bail, il s'agit de l'action en garantie légale et conventionnelle du crédit-preneur contre le vendeur<sup>253</sup> ; pour le louage, il s'agit de l'action en exécution du sous-locataire contre le locateur<sup>254</sup>, voire même l'action en résiliation du locateur contre le sous-locataire<sup>255</sup> ; pour le contrat d'entreprise, c'est l'action en responsabilité contractuelle du client contre le sous-entrepreneurs<sup>256</sup> et l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble du client comme sûreté accessoire des créances de toutes les parties contractantes qui ont participé à sa construction ou sa rénovation<sup>257</sup> ; pour le transport combiné ou successif de biens, c'est l'action en responsabilité contractuelle de l'expéditeur contre son cocontractant ou contre le dernier transporteur, simple partie contractante<sup>258</sup> ; pour le transport combiné ou successif de personnes, il s'agit de l'action en responsabilité contractuelle du passager contre le transporteur qui a causé le préjudice<sup>259</sup>.

On pourrait arguer que ces dispositions spécifiques illustrent la nature exceptionnelle de l'extension contractuelle. Nous ne le croyons pas : par l'adoption des articles 1442 et 1730 C.c.Q., le législateur a récemment entériné la jurisprudence qui avait, sous le poids de la réalité et de l'équité, institué la transmission des droits personnels

---

<sup>251</sup> Bacache-Gibeili, *supra* note 243 à la p. 262.

<sup>252</sup> Voir les «propositions nouvelles» faites par Bacache-Gibeili, *ibid.* aux pp. 335-36, mais en tenant compte qu'elle réduit le concept de groupe de contrats à «l'ensemble de contrats distincts portant sur le même bien et ayant en commun au moins deux obligations unies par une identité d'objet» (*ibid.* à la p. 107).

<sup>253</sup> Voir art. 1845 C.c.Q.

<sup>254</sup> Voir art. 1876 C.c.Q.

<sup>255</sup> Voir art. 1875 C.c.Q.

<sup>256</sup> Pour la perte de l'ouvrage, voir art. 2118 C.c.Q. ; pour les malfaçons, voir art. 2120 C.c.Q.

<sup>257</sup> Voir art. 2123, 2724 C.c.Q.

<sup>258</sup> Voir art. 2051 C.c.Q.

<sup>259</sup> Voir art. 2039 C.c.Q.

aux ayants-cause à titre particulier. À l'heure où la complexification des échanges économiques s'accompagne d'une forme fluide d'intégration, les juristes peuvent adopter deux attitudes. Ils peuvent suivre la tradition fondée sur des principes autonomistes dépassés : à l'intégration économique s'opposerait la fragmentation juridique. Ils peuvent opter pour l'actualisation réaliste : à l'intégration économique répondrait la naturalisation juridique de tous les membres d'une même opération contractuelle à l'exclusion des «véritables tiers».

### **B. Verticalité : les contrats hybrides, symbiotiques et asymétriques**

Les pratiques contractuelles tiennent en joue non seulement la clôture du cercle, posée comme canon dogmatique par la théorie classique, mais également sa posture. À l'horizontalité principielle des rapports s'ajoute la verticalité de l'organisation dans des figures nouvelles qualifiées d'hybrides<sup>260</sup>, voire de symbiotiques<sup>261</sup>. Ce sont alors les jeux de pouvoirs qui sont en cause, leur répartition en structures bilatérales ou unilatérales.

Traditionnellement, le pouvoir unilatéral de toute personne sur ses biens, sur sa liberté, s'exerçait par une abdication en faveur d'une autre personne qui acceptait de faire la même chose à l'égard de la première. Le contrat supposait donc l'exercice simultané et bilatéral, par des sujets indépendants, de leurs pouvoirs respectifs qui se redevaient, après la formation de l'acte juridique, en pouvoirs unilatéraux d'exécution des obligations accordés au créancier par le droit objectif<sup>262</sup>. Le pouvoir, on s'en rend compte, est intimement lié à la liberté et donc à la décision. Dans les sociétés démocratiques, nul hormis l'État ne peut imposer ses décisions aux autres sans leur consentement.

L'intégration économique des facteurs de production répond de la même philosophie. Le contrôle sur les biens s'acquiert de la manière la plus absolue par le droit de propriété, alors que le contrôle sur les personnes s'obtient par voie consensuelle dans un rapport de subordination qui relève de la nature du contrat de travail. L'entreprise ainsi constituée, souvent sous forme corporative, répond d'une organisation pyramidale où le pouvoir décisionnel est certes disséminé mais par voie de délégation des propriétaires ou actionnaires. L'on parle alors d'intégration verticale fondée sur l'organisation interne. À l'opposé, le marché offre un mode d'intégration latérale : des échanges de biens et de services par la seule force du lien contractuel, unissant des partenaires indépendants entre lesquels n'existe aucune autre forme de contrôle que l'exigibilité des obligations consenties. Ce sont là les deux modes d'intégration qui

---

<sup>260</sup> Voir O.E. Williamson, «The Logic of Economic Organization» (1988) 4 J. L. Econ. & Org. 65.

<sup>261</sup> Voir E. Schanze, «Symbiotics Contracts: Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Corporation» dans C. Joerges, dir., *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, 67 [ci-après «Symbiotics Contracts»].

<sup>262</sup> Voir I.R. Macneil, «Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"» (1981) 75 Nw. U.L. Rev. 1018 aux pp. 1036-39.

dominent les sciences économiques et qui sont juridiquement modélisés par le droit positif.

Un choix s'offre donc aux acteurs économiques et les critères pour l'exercer rationnellement sont multiples, allant des coûts de production et de transaction à l'allocation des risques et à la spécificité des biens et services recherchés. Si l'achat d'un bien est moins onéreux que sa fabrication, si la confection d'un contrat l'est moins qu'une incorporation, le marché sera plus intéressant que l'organisation<sup>263</sup>. Si un échange économique peut être strictement déterminé entre des parties dont chacune est facilement interchangeable, si les risques sont prévisibles, l'intégration latérale sera profitable ; s'il est largement indéterminé, à long terme, soumis à plusieurs aléas et donnant lieu à de nombreuses décisions ultérieures, donc si l'imprévisibilité des risques résiduels entraînent des coûts de transaction élevés, l'intégration verticale — par acquisition, fusion ou filiation — sera plus avantageuse<sup>264</sup>. Lorsque les biens ou services recherchés répondent de standards et peuvent être produits en masse, l'on optera plus facilement pour le marché, donc pour le contrat ; lorsque au contraire la production dépend d'un design extrêmement précis, lorsqu'elle fait appel à des connaissances et expertises pointues, lorsqu'elle est susceptible de modifications rapides et répétées, le degré de contrôle requis emportera la décision pour une organisation hiérarchisée<sup>265</sup>. Selon la logique de marché, la concurrence assure la réduction des coûts ; selon la logique de l'organisation, l'autorité joue ce rôle en simplifiant les processus d'ajustements requis, c'est-à-dire en évitant les frais de consultation partenariale et de révision contractuelle.

Déjà en 1979, Williamson avait identifié une troisième voie, la «*bilateral governance*», fondée essentiellement sur la théorie du contrat relationnel. Les adaptations requises pouvaient s'effectuer, dans une structure de marché, en appliquant les normes essentielles de solidarité et de flexibilité<sup>266</sup>. Pendant la dernière décennie, les pratiques industrielles, commerciales et financières ont parfois emprunté une autre avenue, avenue mixte ou hybride en ce qu'elle puise à l'un et l'autre modèles primaires, en ce qu'elle injecte des éléments organisationnels dans des rapports organiquement contractuels. Juristes et économistes se retrouvent alors en présence d'une entente à long terme entre entreprises indépendantes — entente consignée dans un acte contractuel — qui, partageant un projet économique commun, établissent entre elles des liens étroits de coopération. Cet arrangement se caractérise cependant par l'asymétrie des pouvoirs, par la reconnaissance explicite ou implicite de rapports hiérarchisés autori-

---

<sup>263</sup> Voir Esser, *supra* note 102 à la p. 598.

<sup>264</sup> Voir Campbell et Harris, *supra* note 182 à la p. 169.

<sup>265</sup> Voir A. Picot, «Contingencies for the Emergence of Efficient Symbiotic Arrangements» (1993) 149 J. Instit. & Theoret. Econ. 731 aux pp. 731-32.

<sup>266</sup> Voir O.E. Williamson, «Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations» (1979) 22 J. L. & Econ. 233 où l'auteur analyse les trois formes de gouvernance à travers certaines caractéristiques des échanges économiques, soit le degré d'incertitude qu'ils supposent, leur fréquence, ainsi que la spécificité des investissements requis pour produire les produits et services attendus.

sant l'une des entreprises à contrôler, c'est-à-dire à déterminer, surveiller et sanctionner les performances et comportements «contractuels» de son vis-à-vis<sup>267</sup>. Parmi les cas de figure les plus fréquents, nous retrouvons la franchise, les contrats de production ou de sous-production soumis aux normes de «qualité totale» ou TQM («*total quality management*»), les ententes à long terme avec des entreprises de consultants spécialisés<sup>268</sup>.

Cette forme nouvelle de relations d'affaire répond aux changements socio-économiques actuels : le phénomène de mondialisation pousse les entreprises qui choisissent l'intégration verticale vers une croissance débridée, difficile et coûteuse à gérer ; le rythme des changements technologiques conduit à l'hyperspécialisation d'une part et d'autre part à des coûts faramineux de recherches et adaptations ; les stratégies de financement se sont modifiées et ne sont plus liées aux sûretés classiques<sup>269</sup>. La conjoncture invite donc à la désagrégation partielle, au partage des risques, aux échanges inter-organisationnels facilités par les nouvelles technologies de communication<sup>270</sup> mais également par les nouvelles techniques de production et de distribution.

Ni le droit classique des contrats, ni le droit des corporations ne réussit à rendre juridiquement compte de ce phénomène. On le range assez arbitrairement dans l'un ou l'autre des domaines, ce qui donne aux qualifications juridiques un effet dangereusement réducteur.

Parmi les contrats hybrides ou symbiotiques, la franchise est le plus connu et le mieux théorisé. Il n'est guère besoin de rappeler l'asymétrie des pouvoirs entre le franchiseur et les franchisés : le premier — disposant d'un concept — développe un processus de distribution en contrôlant unilatéralement l'«*input*» et l'«*output*» en quantité et qualité autant que les modes de gestion, alors que les seconds — acquérant certains droits sur le concept — fournissent la plus grande partie du financement nécessaire à l'opération<sup>271</sup> et acceptent de se soumettre aux conditions globalement et préalablement stipulées. Constituée par un contrat à long ou moyen terme — de 5 à 20 ans<sup>272</sup> — son contenu dénote clairement le déséquilibre<sup>273</sup>. Les obligations du fran-

---

<sup>267</sup> Voir E. Schanze, «Symbiotic Arrangements» (1993) 149 J. Instit. & Theoret. Econ. 691 à la p. 693 ; voir aussi «Symbiotics Contracts», *supra* note 261 ; P.K. Newman, dir., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, Stockton Press, 1998, s.v. «Symbiotic Arrangements».

<sup>268</sup> Voir Newman, *ibid.*

<sup>269</sup> Voir *ibid.*

<sup>270</sup> Voir Picot, *supra* note 265 ; nous ne traitons pas ici exclusivement des échanges contractuels au moyen des nouveaux supports technologiques — dont le commerce électronique — mais bien des échanges communicationnels sans autre discrimination catégorielle.

<sup>271</sup> Voir G.K. Hadfield, «Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts» (1989-90) 42 Stan. L. Rev. 927 aux pp. 934-35. Ce texte est particulièrement intéressant puisqu'il présente une analyse théorique du phénomène sur la base de données empiriques tirées de plusieurs sources dont des enquêtes du congrès et du sénat des États-Unis.

<sup>272</sup> Voir *ibid.* à la p. 937.

<sup>273</sup> Voir *ibid.* aux pp. 939-44.

chisé sont lourdes et extrêmement détaillées alors que celles du franchiseur sont limitées et générales<sup>274</sup>, les droits de propriété intellectuelle du franchiseur sont hautement protégés, les clauses de résiliation du contrat favorisent largement le franchiseur<sup>275</sup>, et la liberté d'action du franchiseur est avantageusement sauvegardée<sup>276</sup>. À l'asymétrie des pouvoirs s'ajoute l'inégalité de l'expérience des affaires : la franchise est un terrain propice aux abus, donc aux conflits.

Du point de vue des pouvoirs, la franchise est un mode d'intégration verticale qui s'apparente à la relation employeur-employés dans une structure d'organisation ; du point de vue de la propriété, elle est un mode d'intégration latérale qui s'apparente à la relation d'entrepreneurs indépendants dans une structure de marché.

La franchise n'est pas le seul exemple de structures hybrides ou symbiotiques. D'autres situations économiques, juridiquement constituées sous le modèle contractuel, façonnent par intégrations organisationnelles des rapports de domination-sujétion, mais pis encore dans un contexte de dépendance économique. J.-G. Belley a remarquablement démontré les liens de subordination que génèrent les contrats d'approvisionnement entre les fournisseurs autonomes locaux de la région du Saguenay et la compagnie Alcan<sup>277</sup>. Cette multinationale, spécialisée dans la production d'aluminium, engendre la plus grande partie des activités économiques de la région. Outre qu'elle soit le principal employeur, elle y produit, pour fins d'approvisionnement, le plus large contingent d'échanges contractuels, que ce soit en matières, en services ou en sous-production. Cliente unique de plusieurs entreprises locales, elle constitue *de facto* un monopole. La disparité économique des partenaires — facteur systémique de dépendance — à laquelle s'ajoute la forte structure organisationnelle d'Alcan — organisation interne qui s'impose à ses partenaires par exportation contractuelle — ne laisse aucun doute sur le maître du jeu. La multinationale dicte les conditions de toute entente, l'entente initiale comme celles qui la modifient ou l'adaptent ponctuellement.

Nous sommes alors en présence d'un contrat hybride «extrême», soit le contrat de dépendance. C'est un phénomène qui autrefois était régional, exacerbé aujourd'hui par la globalisation des marchés. D'après Georges J. Virassamy :

---

<sup>274</sup> Pour le franchisé : acheter ou louer un immeuble, des équipements et fournitures, respecter les heures d'activités, maintenir les standards de quantité et de qualité, contribuer aux coûts de publicité, payer des droits d'utilisation de la marque de commerce («royalties»), observer les consignes sur la tenue des livres, respecter toutes les directives inscrites dans le manuel d'opération. Pour le franchiseur : assurer la formation des franchisés, faire la publicité du produit, garantir l'exclusivité territoriale, offrir un support de gestion, obligation dont l'intensité est laissée à sa seule discrétion ; voir *ibid.*

<sup>275</sup> Droit de résiliation unilatérale en cas d'inexécution, même à l'égard d'obligations accessoires, faculté d'agrément d'un nouvel acquéreur, obligation de non-concurrence à la charge du franchisé, rachat à rabais de l'équipement et des fournitures ; voir *ibid.*

<sup>276</sup> Il n'a aucune obligation de développer le système, de continuer les opérations, d'investir dans la publicité, de maintenir la marque de commerce ; il n'y a aucune restriction à la liberté d'établir un autre système concurrent ; voir *ibid.*

<sup>277</sup> Voir «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit», *supra* note 104.

Il est possible de les définir comme les contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujéti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination<sup>278</sup>.

Le droit reconnaît, à mots couverts, certaines situations contractuelles asymétriques : le contrat de travail, de consommation, de bail d'un logement, tous strictement réglementés et pris en charge par l'ordre public<sup>279</sup>, donc le plus souvent en marge du droit commun. Il oublie plus facilement les contrats entre professionnels, entre gens d'affaire, sur lesquels pèse une présomption quasi-irréfragable d'indépendance et d'égalité. Le contrat de dépendance fait échec aux concepts fondateurs de la théorie classique des contrats, au principe de l'autonomie de la volonté même assoupli par les exigences de la bonne foi. Pour offrir une protection aux assujétis, le droit français a tenté des accommodations, sans toucher aux fondements, mais au prix de contorsions juridiques importantes<sup>280</sup>. Il a, par exemple, étendu les rapports de travail aux entrepreneurs indépendants.

Les contrats qui se structurent en réseaux verticaux questionnent fondamentalement le droit et la théorie juridique classique. Or, aucune autre solution n'a été proposée que la reconnaissance, maintenant expresse, du contrat d'adhésion. Fondée sur l'asymétrie des pouvoirs, sa définition législative<sup>281</sup> comporte une limite importante qui réduit sa portée à la négociation des seules stipulations essentielles du contrat. Il n'est pas rare au contraire que les contrats de dépendance, comme les contrats hybrides ou symbiotiques, fixent la répartition des pouvoirs par disséminations accessoires, ce qui pose le problème de la qualification juridique. La protection particulière des adhérents — identifiés comme partie vulnérable — relève de la moralité contractuelle que nous avons déjà exposée<sup>282</sup>. Pour être pleinement efficace, elle devrait prendre en compte l'intégration organisationnelle et la structure verticale. En plus d'attribuer une valeur normative aux attentes particulières des parties au «contrat», la moralité «conjoncturelle» devrait naturaliser juridiquement les mécanismes autorégulateurs — explicites et implicites — de l'organisation, voire y ajouter, pour satisfaire opérationnellement à la norme de coopération<sup>283</sup>. Une théorie générale fondée sur le paradigme

---

<sup>278</sup> G.J. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986 à la p. 10.

<sup>279</sup> Voir la *Loi sur les normes de travail*, L.R.Q. c. N-1.1 ; *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 29 ; *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q. c. R-8.1 ; art. 1892 et s. C.c.Q.

<sup>280</sup> Voir Virassamy, *supra* note 278.

<sup>281</sup> Voir art. 1379 C.c.Q.

<sup>282</sup> Voir la partie I ci-dessus.

<sup>283</sup> Voir notamment l'intégration des principes généraux du droit et d'obligations implicites aux trois niveaux — interactionnel, institutionnel et sociétal — tirée de l'analyse autopoïétique de Gunther Teubner et reprise par Alberts, *supra* note 106 à la p. 147 et s. ; voir aussi le chapitre consacré à l'«*Unitas multiplex* : l'exemple de la constitution du groupe d'entreprises» dans G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1989 à la p. 193 et s.

du contrat relationnel servirait déjà mieux cette réalité en élevant la coopération et la collaboration au rang normatif<sup>284</sup>.

J.-G. Belley démontre que les rapports économiques d'Alcan avec les petits entrepreneurs du Saguenay reposent sur une relation de confiance qui conjugue l'absence de formalisme à une méthode flexible de règlement des conflits. Si les termes généraux des contrats sont imposés par l'Alcan, les particularités sont fixées au fur et à mesure des besoins dans un esprit d'«immunités réciproques», c'est-à-dire de renonciation tacite à toute intervention externe, surtout judiciaire. Cet équilibre fonctionnel repose sur le désir partagé de maintenir des relations contractuelles avantageuses ; l'interdépendance économique<sup>285</sup> des parties commande que la bienveillance de la multinationale fasse contrepoids à la sujétion reconnue et acceptée des entrepreneurs locaux. Selon Belley, il existe une culture locale propre à créer un ordre juridique privé qui, avec l'ordre étatique, fonde une situation de pluralisme juridique, c'est-à-dire la reconnaissance de deux ordres coexistants et interactifs.

L'ordre privé, structuré par l'organisation interne d'Alcan, fixe les règles impératives (incluant les normes étatiques relevantes) qui gouvernent les rapports des parties et la procédure de résolution pacifique des conflits ; il régit les relations internes. En revanche, l'ordre étatique agit le plus souvent à la marge sur les conflits marqués par la méfiance et plus généralement sur les relations externes. À cause sans doute de la force de la norme d'immunités réciproques, le professeur Belley ne se prononce pas sur la pénétration éventuelle de l'ordre juridique privé dans l'ordre étatique, sur la prise en compte des normes internes de confiance et de bienveillance dans la solution judiciaire d'un litige. Nous croyons que ce pas pourrait être franchi à travers l'application des principes généraux du droit, des devoirs positifs de bonne foi, du régime particulier des contrats d'adhésion, quitte, en l'absence de réglementation directe des contrats hybrides, à lui conférer une interprétation extensive.

Le foisonnement des activités économiques qu'accompagnent des changements technologiques majeurs provoquent des bouleversements importants. Les grandes organisations se déconcentrent au profit de structures certes plus souples mais non moins complexes. Le profil du réseau s'impose ; il reste au droit de modeler son architecture.

---

<sup>284</sup> Voir Hadfield, *supra* note 271 à la p. 984 et s.

<sup>285</sup> J.-G. Belley note que si Alcan joue un rôle majeur dans l'économie régionale, elle est de son côté relativement dépendante des ressources hydroélectriques et humaines de la région. Outre cette dépendance double mais parallèle, une interdépendance accrue — plus vraie bien qu'encore asymétrique — s'est installée entre Alcan et ses fournisseurs depuis que la sous-traitance fut soumise aux normes d'assurance-qualité. D'une sous-traitance de stricte subordination qui appelait les plus faibles à user de tactiques d'évitement dans une stratégie globale fondée sur la force et la concurrence, le nouvel ordre normatif crée une sous-traitance de compétence qui, formant une classe de fournisseurs moins interchangeables, rapproche davantage les parties d'un régime de partenariat industriel. Voir notamment J.-G. Belley, «Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : une étude de cas» (1996) 37 C. de D. 37.

## Conclusion

Lire la réalité contemporaine des contrats à travers les schèmes du *Code civil du Québec* est non seulement possible mais souhaitable. La société — plus encore la société universelle — est mouvante : l'équilibre des valeurs comme l'architecture des institutions et des systèmes se reconstruisent sans relâche.

Les pratiques contractuelles dessinent de nouvelles figures sous l'impulsion des besoins économiques et sociaux. Les contrats se personnalisent en même temps qu'ils s'inscrivent dans la longue durée ; plus ils se complexifient, plus ils sont incomplets, indéterminés ; les structures organisationnelles du monde des affaires éclatent au profit de réseaux marchands paradoxalement hiérarchisés. Des études empiriques ont poussé les économistes, sociologues et juristes à proposer de nouvelles théories, aptes à rendre compte de la réalité et susceptibles de réguler plus adéquatement les rapports juridiques.

Ces nouvelles théories attaquent certains dogmes fondateurs soutenus par la théorie juridique classique. Éric Savaux<sup>286</sup> démontre, avec beaucoup de justesse, que la «théorie générale des contrats» a muté pour atteindre la positivité. Ce serait oublié, dit-il, qu'une théorie est une vision du monde, qu'une théorie des contrats est une vision des contrats, qu'elle répond donc de valeurs, qu'elle charrie son cortège de pré-supposés idéologiquement orienteurs. Dans des sociétés où règnent la pluralité et la mouvance, le monolithisme et l'univocité vont à contre-fil. La mésadaptation du droit aux pratiques contractuelles contemporaines emporte le danger de sa marginalisation au sein des grands systèmes sociaux. Nous pouvons affirmer que le monde des affaires boude d'ores et déjà le droit et emprunte des canaux régulateurs alternatifs pour échapper au système juridique étatique.

Nous croyons pourtant que le droit commun des contrats est suffisamment souple et perméable pour absorber les réalités nouvelles et endiguer les abus qu'elles pourraient générer. Pour cela, la communication intersystémique doit être fluide. L'ordre privé contractuel doit pouvoir pénétrer l'ordre juridique public, sinon comme source formelle, du moins comme source matérielle de normes ; les systèmes juridiques et économiques doivent autrement être à l'affût du discours parfois diffus de l'environnement social.

Dans le monde contractuel, le droit a une double mission : d'imposer et de proposer des normes, donc d'encadrer les comportements qu'il jugerait déviants et de répondre aux attentes légitimes de la communauté. Le droit est réflexion d'une part, instrument facilitateur d'autre part. En matière contractuelle, les règles juridiques sont parfois impératives, le plus souvent supplétives ; la théorie classique — œuvre de volonté, création de l'esprit — a pour effet d'emprisonner ces dernières dans un carcan trop hermétique. Est-il judicieux d'isoler conceptuellement le droit commun des contrats dans une sphère close, immobile et aseptique, insensible aux péripéties, aux in-

---

<sup>286</sup> *Supra* note 12.

fluences, aux bouleversements ? On le fait, au nom de la sécurité mais au prix de contorsions, voire de fictions et de mythes, au prix d'irréalismes sclérosants. De tels moyens déniaient la fin.

La stabilité et la sécurité contractuelles sont autrement atteintes : la personnalisation des rapports, la collaboration, la souplesse et la flexibilité, la communication continue, le réseautage et l'organisation latérale donnent aux relations économiques une facture nouvelle. En prendre acte permet au droit d'affermir l'équilibre qu'il a amorcé entre la liberté et la moralité. S'y soustraire le privera d'accomplir sa double mission : présider au contrôle social par la pondération publique des intérêts privés et participer à la construction sociale comme acteur communicationnel.

---