Document generated on 07/12/2025 8:09 a.m.

Revue générale de droit

Efficacité et efficience : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats

Éric Fokou and André Bélanger

Volume 49, Number 1, 2019

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1062166ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1062166ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Fokou, É. & Bélanger, A. (2019). Efficacité et efficience : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats. *Revue générale de droit*, *49*(1), 5–66. https://doi.org/10.7202/1062166ar

Article abstract

The enthusiasm engendered by Law and Economics in the conception of the legal policies continues to silence its fatal flaws within the majority doctrine. However, the methodological and empirical inadequacies of a conception of the law in terms of efficiency cannot leave indifferent a well-informed observer of the legal phenomenon, not to mention the reduction of the efficiency of law to its sole economic utility sometimes to the detriment of the traditional ideals of law. This ideological program of economization of law affects the law of contracts where the legal technique is still looking for models capable of explaining the complexity and diversity of the contractual phenomenon. The legal doctrine keeps on recognizing that the notion of contract is an imperfect intellectual construct which evolves with time. In contrast, the economic technique has congealed the contract in one model: the exchange. This hypothesis includes, from the legal theory point of view, numerous presuppositions on the notion of contract, its essence and substance. These preconceptions of the contract by economic theory generate a paradigmatic conflict with the legal theory and above all an axiological conflict with the social function of contract law.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2019

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

ARTICLES

Efficacité et efficience : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats

ÉRIC FOKOU* ET ANDRÉ BÉLANGER**

RÉSUMÉ

L'enthousiasme suscité par l'analyse économique du droit en matière de politique juridique continue à faire taire ses vices rédhibitoires au sein de la doctrine majoritaire. Or, les insuffisances méthodologiques et empiriques d'une conception du droit en termes d'efficacité ne peuvent laisser indifférent un observateur averti du phénomène juridique, sans oublier la réduction aliénante de l'efficacité du droit à sa seule utilité économique, parfois au mépris d'autres idéaux consubstantiels à l'essence du droit. Un tel programme idéologique d'économisation du droit entame, par effet de contagion, le droit des contrats où la technique juridique est encore à la recherche de modèles à même d'expliquer la complexité et la diversité du phénomène contractuel. La doctrine juridique reconnaît d'ailleurs que la notion de contrat est une construction intellectuelle imparfaite, de nature à évoluer avec son époque. À l'inverse, la technique économique semble avoir figé le contrat dans un seul modèle : le contrat-échange. Une hypothèse qui comporte, du point de vue de la théorie juridique, un certain nombre de présupposés par extension ou par restriction de la réalité, tant sur l'évolution de la notion de contrat que sur son essence et sa substance. Ces préconceptions du contrat par la théorie économique ne vont pas sans engendrer un conflit de paradigmes avec la théorie juridique et, surtout, un conflit de valeurs avec le droit des contrats dans sa fonction sociale.

MOTS-CLÉS :

Droit, économie, efficacité, contrat.

ABSTRACT

The enthusiasm engendered by Law and Economics in the conception of the legal policies continues to silence its fatal flaws within the majority doctrine. However, the

* Candidat au doctorat en droit, Université Laval et Université de Nantes.

** Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

methodological and empirical inadequacies of a conception of the law in terms of efficiency cannot leave indifferent a well-informed observer of the legal phenomenon, not to mention the reduction of the efficiency of law to its sole economic utility sometimes to the detriment of the traditional ideals of law. This ideological program of economization of law affects the law of contracts where the legal technique is still looking for models capable of explaining the complexity and diversity of the contractual phenomenon. The legal doctrine keeps on recognizing that the notion of contract is an imperfect intellectual construct which evolves with time. In contrast, the economic technique has congealed the contract in one model: the exchange. This hypothesis includes, from the legal theory point of view, numerous presuppositions on the notion of contract, its essence and substance. These preconceptions of the contract by economic theory generate a paradigmatic conflict with the legal theory and above all an axiological conflict with the social function of contract law.

KEY-WORDS:

Law, economics, efficiency, contract.

SOMMAIRE

Introduction 7

I. Économie, efficacité et efficience en droit civil des contrats : prolégomènes 12

II. Les obstacles épistémologiques et la « science du droit » : la crise du paradigme de l'efficacité économique du droit 17

A. Le brouillage théorique 19

1. L'efficacité ou l'efficience économique du droit : quels critères et quels objets d'analyse? 21

2. Efficacité juridique ou efficacité économique du droit? . . 23

B. Les limites empiriques et méthodologiques d'une conception du droit en termes d'efficacité (économique) 28

III. Les obstacles épistémologiques et la dogmatique juridique contractuelle 33

A. Efficacité et idéaux du droit contemporain des contrats 34

1. De la neutralité ou du contraste avec la justice contractuelle… 36

2. À l'antinomie avec la bonne foi et la solidarité contractuelle 44

B. Le contrat à travers le prisme déformant et réducteur de l'économie 49

Conclusion 58

INTRODUCTION

> « “On trouve tout dans le corps du droit” écrivait déjà Accurse (*circa* 1182–1260), pionnier de l’enseignement juridique universitaire, répondant ainsi par la négative à la question : “Le juriste doit-il s’instruire en théologie?” Dans leur grande majorité, les juristes sont restés fidèles à cette conception purement technicienne et autoréférentielle de leur savoir. Elle les conduit à considérer que la *ratio legis* n’est pas de leur ressort. Aussi renvoient-ils toujours à d’autres la question de la raison et de la légitimité des lois qu’ils étudient. Ils conçoivent leur tâche comme celle d’honnêtes plombiers-zingueurs, chargés de veiller à une tuyauterie compliquée où circulent des créances et des dettes ».
>
> Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres* (2012–2014), Cours au Collège de France à la p 75.

La présente étude relève de l’ordre métathéorique. Elle est constitutive d’un discours épistémologique porté sur la théorie économique du contrat. Le contrat étant lui-même le discours des parties, le droit, dans une logique strictement positiviste, étant le discours du législateur-juge, tandis que l’analyse économique du droit (des contrats) est le discours de la doctrine *jus-économiste* sur le phénomène juridique et contractuel. Notre propos a donc pour objet principal l’analyse économique du droit et du contrat en tant qu’ensemble coordonné de constructions mentales et d’énoncés cognitifs d’ordre empirique et métaphysique en rapport avec l’expérience juridique et contractuelle, prise de façon globale, si ce n’est à titre d’artefact social[1]. Le caractère métaphysique ou métempirique de tels énoncés, pour un observateur averti, découle du fait qu’ils dépassent l’expérience et ne sont pas toujours fondés sur la connaissance positive ou la réalité objective des faits, en l’occurrence les phénomènes juridiques et contractuels tels qu’ils sont.

Le contrat faisant partie intégrante de l’ordre juridique et social avec lequel il interagit, l’étude du phénomène juridique connaît, depuis quelques décennies, un renouveau épistémologique dans le sillage de ce que l’on nomme, par conventionnalisme, interdisciplinarité[2].

---

1. André Bélanger et Anne Bordeleau, « Art, Architecture and Law: The Architectural Project and the Legal Contract as Social Artefacts » (2014) 4:3 Architecture, Media, Politics, Society 1.

2. En ce sens, Jean-Pascal Chazal écrit :
   Le droit n’est pas une sphère autonome aux contours hermétiques; il est influencé par des facteurs extérieurs à son propre domaine; il est traversé par des courants de pensée et des problématiques dont l’étude est institutionnellement et habituellement rattachée à

Cette dernière étant devenue le paradigme dominant de la recherche en sciences sociales, comme le sont ou l'ont été le positivisme en théorie du droit, le volontarisme en théorie du contrat ou encore, dans une moindre mesure, l'analyse économique en droit postmoderne. En effet, pour sortir le droit en général, ou le droit des contrats en particulier, de son isolationnisme dogmatique[3], afin de le mettre en phase avec la réalité socioéconomique qui le sécrète et qu'il régit et transforme par interaction constante, nombre de courants de pensée préconisent de l'évaluer ou de l'expliquer à travers le prisme des autres sciences sociales, dont l'économie et la sociologie[4]. Ce décloisonnement est caractéristique d'un trait d'union entre « droit et économie » (*Law and Economics*), et entre « droit et sociologie » aussi bien sur le plan disciplinaire que sur le plan phénoménal. Il scelle dorénavant le rapprochement entre le droit et ces deux autres champs de connaissance, jugés plus réalistes, et marque l'avènement de disciplines hybrides plus connues sous le nom d'économie du droit (analyse économique du droit, ci-après AED) et de sociologie du droit (analyse sociologique du droit). Le droit doit désormais sortir de sa « clôture normative » (c'est-à-dire de son système autoréférentiel hermétique ou autopoïétique, des normes se reproduisant par lui-même et élaborant ses significations par référence à ses propres concepts et procédures). En vertu de ce décloisonnement, décrit par Luhmann[5] et

---

> d'autres disciplines telles que la politique, la philosophie, l'histoire, l'économie, la sociologie, la psychologie, la religion, etc. Refuser de prendre conscience de l'ouverture et de l'inachèvement du savoir juridique, de sa dimension profondément interdisciplinaire, croire possible de l'expliquer par lui-même, c'est s'exposer à ce que l'analyse stagne à la surface des choses. Vrai pour le droit en général, ce constat l'est également pour le droit des contrats.

Jean-Pascal Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat » (2003) 1 Revue des contrats 27 à la p 27.

3. Jean-Guy Belley, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme » (1985) 26:4 C de D 1045.

4. Jean-Guy Belley, « Max Weber et la théorie du droit des contrats » (1988) 9 Dr et soc 281; Jean-Guy Belley, « Les sociologues, les juristes et la sociologie du droit » (1983) 24:2 Recherches sociographiques 263; Éric Brousseau et Jean-Michel Glachant, « Introduction : économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique » (2000) 92 (Numéro thématique : « Économie des contrats : bilan et perspectives ») Revue d'économie industrielle 23; Thierry Kirat et Laurent Vidal, « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », Annales de l'Institut André Tunc, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2005.

5. Niklas Luhmann, « L'unité du système juridique » dans *Archives de philosophie du droit*, t 31, *Le système juridique,* Paris, Sirey, 1986, 163; Niklas Luhmann, « The Self-Reproduction of Law and Its Limits » dans Gunther Teubner, dir, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986, 111 aux pp 115 et s; Niklas Luhmann, « Law as a Social System » (1988–1989) 83 Nw UL Rev 136; Niklas Luhmann, « Développements récents en théorie des systèmes » dans Gérard

décrié par Teubner[6], dans une péjoration conséquentialiste, le droit devrait ainsi et plutôt se regarder par « ouverture cognitive » à travers le prisme de l'économie et de la sociologie. Ces dernières disciplines symbolisent épistémologiquement un point de vue externe modéré par rapport à la dogmatique juridique, en tant que point de vue interne des juristes, habitués à la pure logique formelle d'énoncés normatifs sans égard aucun à l'usage qui en est fait dans les pratiques sociales[7]. Leur rapprochement, faisant désormais du droit un lieu de « polythéisme épistémique » ou de « collision des discours et rationalités économico-politico-sociologiques »[8], n'a pas été facile, et ce, d'autant plus que le droit, l'économie politique et la sociologie ont fort longtemps été considérés comme des systèmes ou sous-systèmes autonomes destinés à accomplir des tâches spécifiques au sein de l'académie et du polysystème global de la société[9].

Sans s'aventurer dans les schismes théoriques[10] et parfois idéologiques[11], engendrés par le développement de cet hybridisme disciplinaire, la présente étude se propose d'interroger l'un de ses paradigmes

---

Duprat, dir, *Connaissance du politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, 281; Niklas Luhmann, « Le droit comme système social » (1989) 11–12 Dr et soc 53; Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984.

6. Gunther Teubner, « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau » (2001) 47:1 Dr et soc 75 aux pp 84 et s; Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993; Gunther Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'auto-organisation*, Paris, LGDJ, 1996.

7. Thierry Kirat, « Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit » dans Thierry Kirat et Évelyne Serverin, dir, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS, 2000, 44 [Kirat, « Action juridique »].

8. Gunther Teubner, « "Altera pars audiatur" : le droit dans la collision des discours » (1997) 35 (Numéro thématique : Globalisation des échanges et espaces juridiques) Dr et soc 99.

9. Voir Benoît Frydman, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes » dans Kirat et Serverin, *supra* note 7, 25 aux pp 29 et s.

10. En économie du droit, l'on distingue ainsi au moins quatre thèses « indépendantes sur le plan de la logique, mais liées sur le plan conceptuel » : la thèse behavioriste selon laquelle la théorie microéconomique est capable de prédire les comportements des individus relativement aux normes juridiques; la thèse normative selon laquelle les juges doivent opter pour les normes efficaces; la thèse descriptive selon laquelle les normes de la common law induisent un comportement efficace; et la thèse évolutionniste selon laquelle les acteurs sociaux recourent toujours aux normes plus efficaces que celles édictées par les autorités normatives. Voir, dans ce sens, Lewis A Kornhauser, « Analyse économique du droit » dans André-Jean Arnaud et al, dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd, Paris, LGDJ, 1993, 216.

11. L'on a ainsi vu naître un déchirement idéologique entre une « sociologie dans le droit ou sociologie du droit des juristes » (*social science in law*) et une « sociologie du droit des sociologues » (*social science of law*), elle-même déchirée entre le modèle *law as fact* et le modèle *law as*

dominants : l'AED et son épiphénomène, l'analyse économique du contrat. Elle entend remettre en question de façon critique, rétrospective, introspective et prospective les fondements épistémologiques de cette nouvelle *doxa* de la postmodernité qui irradie, par effet de contagion, la théorie générale du contrat en droit civil francophone.

Nous tenons à souligner que notre titre, ainsi qu'une bonne part de notre propos, sont frondeurs. Toutefois, nous ne cherchons aucunement, dans ce texte, à remettre en question l'importance de l'AED en tant qu'outil d'analyse, outil par ailleurs fortement utilisé, à condition d'en faire un usage moins impérialiste et totalitaire, mais c'est justement sur la pertinence de cette présence marquée en droit civil des contrats que nous entendons nous interroger ici. Nous demandons, par conséquent au lecteur, partisan de l'AED, de faire preuve d'ouverture; notre but, sans prétention aucune à une analyse exhaustive des outils de l'AED, n'étant pas une critique idéologique, mais une interrogation d'ordre épistémologique : et si l'AED, au-delà de ses limites méthodologiques et empiriques, n'était, *in fine*, que l'épiphénomène de l'économisme contemporain qui module une grande part des mouvements socio-institutionnels depuis une trentaine d'années? Ici comme en tout domaine du savoir, ce n'est pas tant la réponse à la question posée qui importe que l'analyse qui en découle. Or, celle-ci, dans le cadre du présent texte, porte sur le droit civil des contrats. À ce titre, elle se limite, pour une bonne part, à la doctrine francophone. Nous sommes bien conscients que le corpus de littérature principal de l'AED est en langue anglaise, mais il nous paraît tout aussi incohérent de nous reprocher de « négliger » la doctrine anglophone sur le sujet (ce qui n'est, par ailleurs, aucunement le cas, cette dernière étant considérée de manière indirecte, puisque mise dans un contexte de droit civil), que de reprocher aux auteurs de common law de ne pas prendre en compte la littérature francophone sur le droit civil des contrats. Pour dire les choses autrement, notre propos porte sur le discours savant propre au droit civil des contrats et, à ce titre, s'intéresse inévitablement en priorité à la doctrine de langue française. Il y a certes des zones d'ombre et des imperfections qui découlent de ce choix, mais, dans la mesure où une telle critique globale de l'AED en *droit civil des contrats* (et non pas une critique de l'AED au sens large) est très discrète

---

ideology. Voir, dans ce sens, François Ost et Michel van de Kerchove, « Avant-propos : pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit » dans Michel van de Kerchove, dir, *Jalons pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit* (1982) 8 RIEJ n° spéc 1.

dans la doctrine francophone, notre étude nous semble mériter de la considération. La doctrine francophone qui porte sur l'AED se porte très souvent à sa défense et cherche à en faire la promotion sans aucune rupture épistémologique ni distanciation critique. Dans un tel contexte scientifique, il nous paraît justifié de tenter de faire contrepoids à ce discours de la pensée unique. Que l'on soit ou non d'accord avec le propos (critique de la pertinence de l'AED) est sans réel intérêt sur le plan du développement des idées. Ce qui importe, c'est de prendre position dans le débat (l'AED en droit civil des contrats est-elle un outil foncièrement idéologique?) et de susciter la réflexion de l'ensemble des juristes, et non pas seulement celle des adeptes. Au-delà de l'argumentaire épistémologique développé dans le texte, l'on reproche souvent, à tort, aux contradicteurs de l'AED qui la taxent d'idéologie de faire eux-mêmes preuve d'idéologisme antiéconomique, mais en réalité, y a-t-il autre moyen plus efficace de combattre une idéologie que par son double? Est-il cohérent d'exiger d'un belligérant qu'il affronte, avec une arme blanche, son adversaire doté d'un parapluie nucléaire[12]? Et même s'il advenait que l'AED soit une science, toute science est une idéologie et notre discours épistémologique sur l'AED ne peut qu'être aussi idéologique parce que l'épistémologie est elle-même une idéologie de la science[13]. Nous espérons que notre texte, bien qu'il pose plus de questions qu'il n'en résout, apportera tout au moins un début de réponse.

À cette fin, nous procéderons en trois temps, cheminant du plus général au particulier. Il nous faut d'abord revenir brièvement sur les contours du discours de l'analyse économique du droit (AED) (I). Cela nous permettra ensuite de faire ressortir les obstacles épistémologiques inhérents à l'AED tant du point de vue d'une science juridique (II) que de celle d'une théorie juridique du contrat (III).

---

12. C'est ce que Paul Ricœur appelle « le paradoxe de Mannheim ». Voir Paul Ricœur, *L'idéologie et l'utopie*, Paris, Seuil, 1997 à la p 26 [Ricœur, *L'idéologie et l'utopie*] :

> Le paradoxe réside dans l'impossibilité d'appliquer le concept d'idéologie à lui-même. En d'autres termes, si tout ce que nous disons est biaisé, si tout ce que nous disons représente des intérêts que nous ne connaissons pas, comment avoir une théorie de l'idéologie qui ne soit pas elle-même idéologique? La réflexion du concept d'idéologie sur lui-même est la source du paradoxe.

13. Robert Nadeau, « L'épistémologie comme idéologie » dans Claude Savary et Claude Panaccio, *L'idéologie et les stratégies de la raison. Approches théoriques, épistémologiques et anthropologiques*, Montréal, Hurtubise HMH, 1984, 119.

I. ÉCONOMIE, EFFICACITÉ ET EFFICIENCE EN DROIT CIVIL DES CONTRATS : PROLÉGOMÈNES

L'AED, plus connue sous l'expression anglaise *Law and Economics* ou *Economic Analysis of Law*, est un courant de pensée dont les origines se situent à l'orée des années 1960[14] aux États-Unis et, plus précisément, à l'École de Chicago dont le centre de gravité réflexif croise les destinées des sciences juridiques et économiques, voire de la politique législative et de l'économie politique. S'apparentant tout en se distanciant théoriquement du droit économique en tant qu'ensemble des règles juridiques gouvernant les activités économiques[15], l'AED est née d'une réflexion sur l'importance stratégique que peuvent revêtir les institutions juridiques dans le fonctionnement du système économique[16]. L'objectif revendiqué est de comprendre l'environnement complexe des règles juridiques qui encadrent l'action des agents économiques. L'analyse économique entend ainsi appliquer aux phénomènes juridiques les outils économiques (théorie des jeux, théorie des prix, théorie des choix collectifs, théorie du bien-être, théorie des coûts de transaction, théorie des mandats, économétrie, modélisation, statistiques, etc.), incitant les juristes à sortir le droit de son conceptualisme dogmatique pour investir le monde extérieur et, par conséquent, le terrain de l'empirie. L'on distingue *in globo*, entre une pluralité de thèses argumentatives à géométrie variable (behavioriste, normative, descriptive, évolutionniste, explicative, conventionnaliste, institutionnaliste, néo-institutionnaliste, etc.), deux principales tendances théoriques[17]. D'abord, l'économie du droit positive qui consiste à utiliser les théories, notamment microéconomiques, pour expliquer l'émergence des normes juridiques et les comportements humains à l'égard de celles-ci. Ensuite, l'économie du droit normative, qui consiste à ériger la poursuite de l'efficacité économique, facteur présupposé de bien-être social et de richesse collective[18], en un but légitime du

14. Voir Georges Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1re éd, Paris, LGDJ, 1946.

15. Voir Gérard Farjat, « La notion de droit économique » dans *Archives de philosophie du droit*, t 37, *Droit et économie*, Paris, Sirey, 1992, 27.

16. Samuel Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit » dans Bruno Deffains et Éric Langlais, dir, *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009, 11.

17. Thierry Kirat et Évelyne Serverin, « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action » dans Kirat et Serverin, *supra* note 7, 5.

18. Ejan Mackaay et Alain Parent, *Précis d'analyse économique du droit*, Québec, La Grande école de la francophonie, 2015 à la p 4.

système juridique[19]. Cette tendance dite économie du bien-être (*Welfare Economics*) est à l'origine de la thèse de Richard Posner, aux accents utilitaristes, de l'efficacité économique du droit :

> *Historically, economic analysts of law held that law ought to seek efficient means. In general, the end goal was taken to be maximizing welfare, narrowly understood as wealth. This normative claim has generated significant academic debate and provoked much criticism. One line questioned whether the economist's normative claim was a morally correct one, arguing that wealth maximization is in itself not a moral value or, if it is, that it is not a value that the law ought to promote, or if it is a value that the law ought to promote, that it is not the sole value that the law ought to promote*[20].

Il s'agit d'une métathèse qui, par extrapolation, est à l'origine de la guerre idéologique autour de la prétendue efficience de la common law par rapport au droit civil[21] dans la favorisation de la croissance et du développement économiques, notamment en matière commerciale et donc contractuelle[22]. Cette parole d'évangile qui hiérarchise les systèmes juridiques est sous-tendue par un argument d'autorité du nom d'« origine légale » (*legal origin*)[23] véhiculé, sans surprise, par les rapports économicistes *Doing Business* de la Banque mondiale[24], rapports

---

19. Ferey, *supra* note 16 à la p 20; Yannick Gabuthy, « Analyse économique du droit : présentation générale » (2013) 1:2 n°s 202–203 Économie & prévision I.

20. Sina Akbari, « Against the Reductionism of an Economic Analysis of Contract Law » (2015) 28 Can JL & Jur 245 à la p 245.

21. Laurent Cohen-Tanugi, « Droit civil contre *common law* : un faux débat » dans Frédéric Rouvillois, dir, *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique?*, Paris, Dalloz, 2005, 25; Nicholas Mercuro, « La common law, l'efficience et la Law and Economics institutionnaliste aux États-Unis » dans Kirat et Serverin, *supra* note 7, 59 à la p 69.

22. Geoffrey Samuel, « Réalisme et efficacité du droit anglais des contrats » dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud, dir, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, 69; Catherine Valcke, « French Law and Efficiency », Symposium en l'honneur de Michael J Trebilcock, présenté à l'Université de Toronto, 1–2 octobre 2009.

23. Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes et Andrei Shleifer, « The Economic Consequences of Legal Origins » (2008) 46:2 J Econ Literature 285; Daniel Klerman, « Legal Origin? » (2007) 35:2 Journal of Comparative Economics 278; Thorsten Beck, Asli Demirguc et Ross Levine, « Law and Finance: Why Does Legal Origin Matter? » (2003) 31:4 J Comp Econ 653; Antoine Vandenbulke, « La *Legal Origins Theory* : droit, économie, idéologie » (2017) 31:1 RIDE 79.

24. Ces rapports (*Égalité de chances* (2017), *Mesure de la qualité et de l'efficience du cadre réglementaire* (2016), *Au-delà de l'efficience* (2015), *Des réglementations intelligentes*… (2013)) se disent porteurs d'une norme économique de réglementations « intelligentes » dites *SMART* — simplifiées : « réglementations qui permettent d'obtenir le résultat souhaité de la façon la plus efficace »; mesurables : « réglementations qui ont un effet positif mesurable pour faciliter les interactions sur le marché »; adaptables : « réglementations qui s'adaptent à l'évolution de l'environnement »;

encensés par l'oligarchie financière internationale et les puissants lobbies partisans de l'AED[25].

En clair, l'AED entend ainsi faire du droit et des institutions juridiques qui le constituent un objet d'étude comme tout autre en sciences économiques[26]. Le contrat étant une institution juridique, qui plus est au service des échanges économiques[27], son cadre normatif entre ainsi dans la ligne de mire des économistes qui entendent questionner son efficacité au même titre que celle du droit en général, appelé à devenir un outil à part entière de la croissance économique, voire un instrument de maximisation des richesses matérielles. L'on va ainsi distinguer une économie des contrats (ou économie des conventions), qui fait du contrat la nouvelle norme fondamentale de l'analyse économique à la place de la marchandise[28], d'une économie du droit des contrats qui prend essentiellement pour objet d'étude l'encadrement normatif du contrat qu'est le droit des contrats. La première porte sur les accords contractuels ou relations interindividuelles et interentreprises (réduites à l'échange) sous toutes leurs formes (contrat-échange-transaction complet, contrat-alliance-opération-coopération-organisation, incomplet ou relationnel, etc.), tandis que la seconde se consacre, en priorité, à leurs mécanismes de coordination sur le plan institutionnel[29].

L'AED a fourni des apports considérables à la théorie du droit et au raisonnement juridique, en ce qu'elle interpelle, plus que jamais, le

---

relatives : « réglementations qui sont d'une envergure appropriée aux problèmes qu'elles sont censées résoudre »; transparentes : « réglementations qui sont claires et accessibles à toute personne qui a besoin de les utiliser ». Voir FMI/IFC, « *Doing Business 2013*, *Des réglementations intelligentes pour les PME* », 10e éd à la p 16. Ils ne manquent pas cependant, fort heureusement, à chaque fois par une autocritique, de mettre en exergue leurs propres insuffisances méthodologiques et empiriques, puisque ces rapports sont basés sur des données économiques réductrices et parcellaires sans véritable prise en compte des contingences humaines et sociopolitiques échappant souvent au simplisme et au précisionnisme des théories économiques mêmes les plus prévisionnistes. Voir Groupe de la Banque mondiale, *Rapports Doing Business*, Washington (DC), Banque mondiale, 2007, 67; 2008, *ibid* à la p 71; 2009, *ibid* à la p 61; 2010, *ibid* à la p 4; 2011, *ibid* à la p 110; 2012, *ibid* à la p 16; 2013, *ibid* à la p 16; 2014, *ibid* à la p 24; 2015, *ibid* à la p 17; 2016, *ibid* à la p 27; 2017, *ibid* à la p 17.

25. Alain Bernard, « *Law and Economics*, une science idiote? » (2010) 1 Rev dr Henri Capitant 2806, au para 26.

26. Thierry Kirat, « Économie et droit, de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances » (1998) 49:4 Rev écon 1057.

27. Jacques Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique » (2000) 92:2–3 Revue d'économie industrielle 81 [Ghestin, « Le contrat »].

28. Olivier Favereau, « Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie » dans Christophe Jamin, dir, *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, 21 au nº 49.

29. Kirat et Serverin, *supra* note 7 à la p 16.

juriste dogmaticien tant sur l'effet désirable ou incitatif de la norme juridique que sur son utilité sociale[30]. Il en est ainsi de la contribution de la théorie du choix rationnel ou encore de l'analyse économique des contrats à la mise en œuvre concertée des politiques publiques[31], de la théorie des mandats sur les contrats de représentation (mandat, société, travail, dépôt, etc.)[32], de la théorie du contrat relationnel sur les contrats de longue durée ou, plus généralement, de l'insistance de la théorie économique du contrat sur la réduction des coûts de transaction et la nécessité, pour une partie à un échange, de réaliser un gain, etc. L'objet de notre étude ne consiste pas à en faire l'écho. Il faut cependant préciser que l'effet désirable, ou l'utilité sociale, d'une norme juridique ne saurait être réductible à son seul effet économique. L'efficacité constitue ainsi un complément nécessaire à l'effectivité et à la légitimité de la norme juridique aux côtés de sa validité ou de sa légalité. Mais peut-on « penser à bon compte » le phénomène juridique et contractuel par la doctrine économique? Peut-on penser le droit et le contrat uniquement par leurs effets économiques, l'efficacité, l'efficience, les chiffres, le profit et l'argent? Sans se résoudre ici à contester quelque bien-fondé ou à démontrer le substrat idéologique et militantiste de l'analyse économique du droit et du contrat au profit d'une économie de marché, il convient de souligner quelques impertinences des axiomes qui sous-tendent cette doctrine néo-utilitariste, ambitieuse de faire du droit une théorie scientifique de l'action économique[33].

Si les *jus-économistes* reconnaissent que les critiques contemporaines ont le mérite de « traduire sûrement un manque d'explication sur le statut épistémologique des recherches menées en économie du droit »[34], une épistémologie de l'AED permet, notamment, de remettre en question ses fondements idéologiques, théoriques, empiriques,

---

30. Mackaay et Parent, *supra* note 18 à la p 5; Marie-Anne Frison-Roche, « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit » dans Guy Canivet, Marie-Anne Frison-Roche et Mikael Klein, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, 19 à la p 25.

31. Éric Brousseau, « Les apports de l'analyse économique des contrats à la mise en œuvre des politiques industrielles » (1995) 71 Revue d'économie industrielle 181.

32. Michael Cole Jensen et William H Meckling, « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure » (1976) 3-4 J Fin Econ 305; Michael Cole Jensen, « Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finances, and Takeovers » (1986) 76:2 Am Econ Rev 323.

33. Kirat et Serverin, *supra* note 7 à la p 5.

34. Bruno Deffains et Samuel Ferey, « Théorie du droit et analyse économique » (2007) 1:45 Droits 223 à la p 225 [Deffains et Ferey, « Théorie du droit »].

méthodologiques, etc. Au-delà de la controverse sur son statut épistémologique en tant que science, méthode, théorie du droit ou simple cadre théorique[35], un questionnement permet de relever un certain nombre d'obstacles épistémologiques à l'AED. L'obstacle épistémologique doit s'entendre ici *sensu largissimo*, au-delà de la conception de Gaston Bachelard dans la formation de l'esprit scientifique. *Primo*, dans le sens bachelardien, l'obstacle épistémologique est ce qui se pose en entrave entre le désir de connaître et l'objet étudié en tant qu'objet de connaissance[36]. Il s'agit d'un obstacle interne, lié à l'esprit scientifique lui-même et à l'acte de connaître, auquel se heurterait toute personne désireuse de connaître et de faire une analyse économique du droit et du contrat en termes d'efficacité. Cet obstacle renferme donc une dimension purement cognitive. *Secundo*, l'obstacle épistémologique doit s'entendre également dans une dimension extracognitive. Il s'agit alors d'un obstacle externe, lié à la réalisation, à la vérification ou à la véracité d'une hypothèse économiciste du phénomène juridique et contractuel dans un monde empirique, compte tenu de sa nature proprement normative et de ses valeurs sous-jacentes.

Considérant le ressassement superfétatoire, par la doctrine juridique, des critiques d'ordre idéologique, reposant elles-mêmes sur des arguments d'autorité au même titre que le reproche souvent fait à l'AED, les autres critiques se formuleront d'un double point de vue interne et externe. Les critiques du point de vue externe relèvent de la science en général (critères de faisabilité, d'observation, d'expérimentation, de falsifiabilité, de vérifiabilité, de prédictibilité, de reproductibilité, etc.)[37] et d'une « science du droit » en particulier (ces critères scientifiques sont-ils possibles ou transposables en droit?). Elles mettent en lumière les failles de l'analyse économique et sa prétention à la scientificité sur les plans théorique, empirique et méthodologique. De

35. Sur la question du statut épistémologique des théories juridiques, voir Roland Ricci, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique » (2002) 1:50 Dr et soc 151.

36. Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, Vrin, 1938. La formation de l'esprit scientifique marque le dépassement des obstacles épistémologiques caractéristiques de l'esprit préscientifique par le moyen d'une purification intellectuelle et affective, d'une réforme de l'esprit, d'un refus de tout argument d'autorité et d'une inquiétude constante de la raison.

37. Sur les propriétés de la connaissance scientifique, voir François-Pierre Gingras et Catherine Côté, « La sociologie de la connaissance » dans Benoît Gauthier, dir, *Recherche sociale, de la problématique à la collecte des données*, 5e éd, Montréal, PUQ, 2009, 19 à la p 31.

prime abord, l'économicisation du droit, qui préconise une rationalisation instrumentale des contextes d'élaboration, de transmutation et d'application des normes juridiques, ne va pas sans rencontrer un certain nombre d'obstacles épistémologiques, liés au paradigme prédominant de l'efficacité ou de l'efficience. Les critiques du point de vue interne relèvent, quant à elles, de la dogmatique juridique contractuelle. Elles sont propres aux juristes et ressortent, sur le plan axiologique, une certaine neutralité de la logique juridique, voire une contrariété des impératifs économiques et juridiques. Du point de vue de la logique juridique, purement formelle, par opposition au présupposé du réalisme économique, l'efficacité, ou l'efficience, ne rime ou ne s'arrime pas toujours avec la nature et le but même du droit en général en tant que vecteur des valeurs d'ordre, d'égalité et de justice, ou des idéaux de liberté, de bonne foi et de solidarité que porte, en particulier, le droit des contrats. La perspective principale d'efficacité/efficience conduit ensuite à une dérive de l'explication économique du phénomène juridique (économisme juridique), notoire en matière contractuelle (économisme contractuel)[38]. Elle conditionne l'économiste à ne percevoir dans le contrat qu'un échange de valeurs, qu'un gain réciproque de valeurs économiques au sens du critère de Vilfredo Pareto et de l'utilitarisme de Jeremy Bentham; ce qui est fort critiquable, on s'en doute, aux yeux du juriste attaché à la dogmatique, au moins d'un double point de vue substantiel et structurel.

II. LES OBSTACLES ÉPISTÉMOLOGIQUES ET LA « SCIENCE DU DROIT » : LA CRISE DU PARADIGME DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE DU DROIT

Le droit, en tant que corpus normatif (droit-normes) et théorique (droit-savoir sur les normes), est traversé depuis quelques décennies par un puissant culte des pratiques évaluatives[39] de plus en plus prépondérantes dans toutes les activités humaines et, donc, en sciences

38. Voir Karl Polanyi, « Le sophisme économiciste » (2007) 29:1 Revue du MAUSS 63; Josette Combes, « Pour en finir avec l'économicisme, une autre rationalité économique » dans *Xe Rencontres du RIUESS*, Luxembourg, 2–4 juin 2010, 1; Florence Jany-Catrice et Dominique Méda, « Les nouvelles mesures des performances économiques et du progrès social. Le risque de l'économicisme » (2013) 41:1 Revue du MAUSS 371.

39. Jacques Caillosse, « Droit et évaluation » (2010) 1:1-2 Rev fr aff soc 351.

sociales[40]. Qualifiée de « grande imposture » et d'« idéologie pernicieuse »[41], l'évaluation marque « une introduction de l'économie de marché dans le domaine des services [publics] »[42], où le *service public* cède la place à la *gestion publique*, voire à la *finance publique*. L'objectif proclamé par ses défenseurs est de maximiser la qualité des services publics et d'obtenir une meilleure rentabilité des deniers publics. Cette évolution régressive, qui, au-delà de la dégradation du service public, génère plus de problèmes qu'elle n'en résout, pose un sérieux écueil éthique[43], notoirement pour ce qui est du domaine de la justice et du droit. Elle marque, dès lors, la rencontre, voire la collusion et la collision entre la rationalité juridique, fondée sur la logique de régularité ou légalité (contrôle et sanction), et la rationalité économique, fondée sur la logique d'efficacité (performance, résultat et profit). Elle s'est accentuée au fil du temps par la pénétration de la gestion dans les sphères étatique (*new public management* ou l'avènement de l'« État gestionnaire ») et juridique[44], sans compter l'institutionnalisation à grande échelle de l'évaluation des politiques publiques et de la législation expérimentale et, donc, instrumentale. Le droit surdéterminé par l'économie[45] doit désormais non seulement réguler la société devenue un

---

40. Il ne s'agit non pas seulement d'une évaluation des objets d'étude des sciences sociales et de l'évaluation en sciences sociales (Pascal Bridel, dir, *Évaluation en sciences sociales. Concepts, mesures et comparaisons : XIIe séminaire interdisciplinaire du Groupe d'étude « Raison et rationalités »*, Genève, Droz, 2007), mais aussi d'une évaluation qui prend les sciences sociales elles-mêmes pour objet d'étude (Pascal Bridel, « Avant-propos » (2008) 46:141 RESS 5, en ligne : <http:journals.openedition.org/ress/142>; Pascal Bridel, dir, *Processus d'évaluation des sciences sociales : acteurs et valeurs : XIIIe séminaire interdisciplinaire du Groupe d'étude « Raison et rationalités »*, Genève, Droz, 2008).

41. Yves Desrichard, *L'idéologie de l'évaluation : la grande imposture*, Paris, Presses universitaires de France, 2009 à la p 192.

42. Constate non sans raison le philosophe Jean-Claude Maleval, « Pourquoi l'idéologie de l'évaluation est-elle pernicieuse? » (2009) 5:4 Médecine 172 à la p 176 :

> En résumé : Qu'est-ce que « l'idéologie de l'évaluation »? C'est une introduction de l'économie de marché dans le domaine des services. Pourquoi est-elle pernicieuse? Parce qu'elle est extrêmement coûteuse d'un point de vue matériel et humain, parce qu'elle désorganise ce qu'elle prétend optimiser, parce que, contrairement à ses prétentions, elle n'est jamais totalement fiable, parce qu'elle fétichise le chiffre, réducteur du facteur humain, parce qu'elle porte atteinte au lien social, parce qu'elle gomme l'acte politique sur lequel elle repose. Pourquoi la prône-t-on malgré tout? Parce qu'elle présente l'énorme avantage politique de faire adhérer subrepticement ceux qui l'acceptent à la logique libérale de l'économie de marché.

43. Annie Bartoli et al, « Vers un management public éthique et performant » (2011) 140:4 Rev fr adm pub 629.

44. Daniel Mockle, « La justice, l'efficacité et l'imputabilité » (2013) 54:4 C de D 613.

45. Jacques Caillosse, « "Surdétermination économique" du droit et nouvelles figures du service public. L'action publique en crise(s)? » (2012) 29:3 Politiques et management public 305.

« marché de droits »[46], mais aussi devenir un instrument de l'action, du résultat, de la performance et de la croissance économiques. En un mot, le droit est sommé de devenir une *praxéologie économique*. La doctrine juridique a qualifié ce mouvement d'économicisation ou de « managérisation » du droit avec pour conséquence irréversible une juridicisation des préceptes économiques et managériaux au sein desquels l'efficacité — voire l'efficience — occupe une place cardinale dans le nouveau discours des juristes et des économistes[47]. Si l'analyse économique a trop souvent prétendu à une certaine scientificité, un questionnement de son hypothèse prédominante de l'efficacité économique du droit, admise *a priori*, suscite, cependant, d'un point de vue scientifique, des incertitudes non moins importantes tant dans sa compréhension que dans sa mise en œuvre dans la vie sociale du droit. S'agissant d'une notion instrumentale au contenu théorique éclaté, elle appelle à une certaine rupture épistémologique du juriste quant à sa pertinence empirique et méthodologique. Car, force est de constater que l'hypothèse de l'efficacité économique du droit, bien que simple en théorie, pose à l'analyse économique *a posteriori* un défi qui relève à la fois de sa conception et de sa perception. Sur le plan conceptuel, son fractionnement théorique pose le problème de sa compréhensibilité (A). Sur le plan perceptuel, pointe l'équation, aux multiples inconnus, de l'efficacité du droit comme vérité empirique irréfutable et de celle du droit comme réalité économique méthodiquement mesurable (B).

A. Le brouillage théorique

De l'aveu même de ses partisans, l'économie du droit se caractérise, sur le plan thétique, par une « grande confusion » théorique et idéologique. Les fondations philosophico-théoriques de l'AED, centrée sur la thèse de l'efficacité du droit formulée par Posner, demeurent ambiguës. Ce que démontre ce long passage d'une récente étude de Lewis Kornhauser :

> *Posner (1973) made two claims that have usually defined the debate around the philosophical foundations of economic*

46. Benoît Frydman, « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit » dans Toni Andréani et Menahem Rosen, dir, *Structure, système, champ et théorie du sujet*, Paris, L'Harmattan, 1997, 127 [Frydman, « Le calcul rationnel »].

47. Jacques Chevallier, « La juridicisation des préceptes managériaux » (1993) 11:4 Politiques et management public 111 aux pp 113 et 125.

> *analysis of law. The first claim, often called the positive claim, asserts that common law legal rules are, in fact, efficient. The second claim, often called the normative claim, asserts that common law legal rules ought to be efficient. In both claims, Posner understood « efficiency » to mean the maximization of the social willingness-to-pay but subsequent authors have sometimes used the term in its more conventional economic sense of Pareto efficiency. Each claim is ambiguous. Consider the first claim, the positive claim. On the one hand, it might mean that common law legal rules induce efficient behavior. On the other hand, it might mean that the law is efficient; that is, that the content of the law is identified by its efficiency. Or the claim might mean that efficiency provides the best rationale of the "law in some doctrinal area". The second of Posner's claims, that the common law ought to be efficient, also presents multiple ambiguities. Do we interpret the claim as a theory of adjudication (i.e., as a theory of how common law judges ought to decide cases)? Or should we understand the claim as asserting that efficiency is the appropriate criterion against which to assess judicial performance? Or should we understand the claim as asserting that law makers, whether judges, legislators, or administrators, should choose efficient rules? This disambiguation of Posner's claims yields six distinct claims about law that fall into a positive and a normative cluster. A third set of two claims follows from the methodology of economic analysis of law—the application of the tools of micro-economic theory to the study of legal rules and institutions*[48].

Il s'agit d'une *bulle idéologique* souvent présentée, par blanchiment de la discipline comme un « pluralisme théorique et méthodologique », même si l'idée d'une crise paradigmatique ne cesse, à l'évidence, de hanter l'esprit des auteurs[49]. N'est-ce pas là les symptômes d'une « science du droit jeune et mal établie »[50]? Le paradigme de l'efficacité/efficience, pilier de la théorie économique et de l'AED qui présente

48. Lewis A Kornhauser, « The Economic Analysis of Law » dans Edward N Zalta, dir, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, automne 2017, s 1 : *The Claims and Projects Within Economic Analysis of Law*, en ligne : <plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/>.

49. Bruno Deffains et Samuel Ferey, « Analyse économique et théorie du droit : perspectives méthodologiques » dans *Rapport GIP Mission de recherche droit et justice*, Nancy, 2010, 1 à la p 5 [Deffains et Ferey, « Analyse économique »].

50. Boris Barraud, « L'analyse économique du droit » dans Gérard Marcou, dir, *La recherche juridique*, Paris, L'Harmattan, 2016, 141 à la p 142.

l'efficacité comme un nouveau vecteur de légitimité de la norme juridique[51], constitue donc un microcosme de ce déchirement. Son statut doctrinal lui octroie tantôt une valeur métajuridique en tant que fondement de la norme juridique, tantôt une valeur proprement normative en tant que nouvelle règle, principe[52] ou impératif juridique[53]. Mais alors, compte tenu des dissensions et des dissidences de la doctrine *jus-économiste*, que devrait-on entendre par efficacité ou efficience économique du droit? À l'aune de quels critères doit-on concevoir l'efficacité ou l'efficience économique d'une norme, d'une institution ou d'un système juridique (A.1)? Le droit peut-il être efficace sans consonance économique (A.2)?

1. L'efficacité ou l'efficience économique du droit : quels critères et quels objets d'analyse?

D'un point de vue ontologique, l'hypothèse de l'efficacité, en dépit de son apparente unité, est un présupposé controversé qui divise autant les juristes que les économistes en théorie économique du droit. Sans prétention aucune à faire œuvre d'économiste, il convient de s'appesantir sur-le-champ sémantique du précepte dont les multiples schismes théoriques, souvent tributaires de l'idéologie des écoles de pensée et de la diversité des objets juridiques étudiés, démontrent, à maints égards, l'approximation, pour ne pas dire l'abstraction, des théories économiques appliquées aux phénomènes juridiques. Cela engendre très souvent, dans les discours *jus-économistes*, un certain embrouillamini de préceptes, pourtant diamétralement distincts, d'efficacité du droit (efficacité juridique) et d'efficacité économique (ou efficience économique) du droit. En effet, un dilemme, dans lequel l'AED enferme l'observateur averti, réside dans l'indétermination du

---

51. Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Laurence Gay et Ariane Vidal-Naquet, dir, *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité?, À la croisée des droits*, Bruxelles, Bruylant, 2012. Flückiger parle d'une mutation ou transmutation de la « légitimation par la légalité » vers la « légitimation par l'efficacité » : Alexandre Flückiger, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois » (2007) 138:45 RESS 83, en ligne : <http:journals.openedition.org/ress/195>.

52. Cécile Pérès, « Rapport introductif » dans Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier et Cécile Pérès, dir, *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010, 1 aux pp 8 et s; Alexandre Flückiger, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité » (2001) 57:1–2 Rev dr adm et fisc 93 au nº 15 [Flückiger, « Le droit administratif »].

53. Frédéric Rouvillois, « L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique » dans *Fondation pour l'innovation politique*, Document de travail, Paris, 2005.

précepte d'efficacité et des critères d'appréhension de l'efficience économique du droit depuis Posner[54].

Dans son sens commun, les auteurs s'accordent à reconnaître que l'efficacité est la caractéristique d'une chose ou d'un dispositif permettant d'atteindre le but escompté (minimum), tandis que l'efficience consiste en l'aptitude d'atteindre ce but au moindre coût possible (optimum). Ici, le sens commun de l'efficacité est quasi synonyme de son sens juridique en tant que « mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent »[55]. En revanche, l'acception commune de l'efficience se rapproche davantage de son sens économique, selon lequel elle correspond, notamment dans le langage de la *Welfare Economics*, à un « état de l'économie où aucun réarrangement des ressources ne permettrait d'améliorer le bien-être collectif, tous les gains possibles de l'échange ayant été réalisés »[56].

Cependant, au-delà de ces définitions, la déclinaison pluridimensionnelle et multisectorielle de l'efficience dans le discours économique rend sa compréhension malaisée, que l'on soit dans une approche normative ou positive de l'économie du droit, ou encore qu'il s'agisse de l'efficience de production ou de l'efficience d'allocation. Dans ce dernier cas, ses acceptions varient selon que l'on se trouve dans un cadre particulier, tel l'échange volontaire (contrat), auquel cas elle se rattache au critère de justice procédurale et correspondrait à l'idée de maximisation des gains à l'échange (toutes les occasions de gain ayant été saisies par les parties), ou dans un cadre plus général. Elle se rattache alors à une analyse multicritère (utilitariste ou néo-utilitariste) de justice résultat : critères de Bentham (bonheur maximum pour le plus grand nombre), de Rawls (bonheur maximum pour le plus démuni), de Pareto (augmentation du bonheur d'un individu sans diminution de celui d'un autre) ou de Caldor-Hicks (coût-bénéfice ou possibilité pour les gagnants d'indemniser les perdants, tout en conservant

54. Lewis A Kornhauser, *L'analyse économique du droit : fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, Paris, Michel Houdiard, 2010 à la p 143 [Kornhauser, *L'analyse économique*].

55. Romano Bettini, « Efficacité » dans André-Jean Arnaud et al, dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd, Paris, LGDJ, 1993 (à la p 219 pour les différentes acceptions du mot).

56. Ejan Mackaay, « *L'efficacité du contrat* — une perspective d'analyse économique du droit » dans Gwendoline Lardeux, dir, *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, 31 à la p 31 [Mackaay, « L'efficacité du contrat »].

un gain contre l'impossibilité, pour les perdants, d'indemniser les gagnants) ou de Posner (maximisation de la richesse collective)[57].

Toujours dans le sillage de cet éclatement paradigmatique, notons, entre autres, l'efficience économique d'un système juridique (en particulier de la common law par rapport au droit civil)[58], d'un domaine du droit (droit des contrats, droit du travail, droit de la concurrence, droit des entreprises, etc.), des tribunaux dans l'attribution de droits, du changement juridique (réforme législative ou revirement jurisprudentiel), des règles juridiques en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle, ou de la norme juridique tout court, etc.[59] Un autre paradoxe de l'AED consiste à parler de l'efficacité économique du droit comparé[60], alors même que le droit comparé n'est pas du droit[61] et, encore moins, un système juridique[62], mais juste une méthode, une discipline ou un domaine de connaissance du droit. Parler de l'efficacité du droit comparé au même titre que celle du droit de la responsabilité, par exemple, revient à conférer une autorité normative à la doctrine, qui ne crée pas du droit, mais étudie et compare les droits de plusieurs systèmes juridiques. L'efficience économique constitue donc un « galimatias double », dont la diversité des objets juridiques et le degré de quantification du bien-être ou de la richesse sur lesquels elle porte, sont de nature à rendre évasives tant son analyse que sa compréhensibilité. Compte tenu de cette fragmentation du paradigme de l'efficience économique, source de nombreuses dissensions internes entre les économistes et les *jus-économistes*, que peut-on retenir de l'AED en termes d'efficacité?

2. *Efficacité juridique ou efficacité économique du droit?*

L'imbroglio conceptuel de l'efficacité du droit et de l'efficacité économique du droit conduit souvent à penser *a priori* et à tort que

57. Bertrand Lemennicier, *Économie du droit*, Paris, Cujas, 1991 à la p 24; Régis Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Thèse, Université de Nanterre – Paris X, 2009 à la p 169.

58. Pour une critique de cette thèse, voir Mercuro, *supra* note 21.

59. Kirat, « Action juridique », *supra* note 7 aux pp 43–58.

60. Voir Yves-Marie Laithier, « Le droit comparé et l'efficacité économique » (2011) 1 Rev dr Henri Capitant nº 7.

61. Étienne Picard, « Le droit comparé est-il du droit? » (2009) 1 Annuaire de l'Institut Michel Villey 173.

62. Otto Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit » (2001) 53:2 RIDC 275.

l'impératif d'efficacité est le propre du discours économique et qu'il aurait été absent du discours juridique[63], du moins, jusqu'à l'avènement pourtant récent de l'AED. Or, de ce qui précède, l'on observe, après analyse, que la rationalité juridique accorde plus d'attention à l'évaluation qualitative (simple adéquation de la norme au but visé), tandis que la rationalité économique demeure plus sensible à l'évaluation quantitative (minimisation du coût et maximisation du bien-être ou de la richesse). Dès lors, il convient de distinguer l'efficacité du droit, c'est-à-dire son aptitude à atteindre ses buts intrinsèques (ordre, justice, égalité, etc., en tant que valeurs qualitatives *a priori* non quantifiables) de l'efficacité ou de l'efficience économique du droit, qui désigne l'aptitude du droit à être, en sus, un facteur de minimisation de son coût social et de maximisation des richesses matérielles, ou un vecteur de croissance économique. Il faut cependant rappeler que ces derniers enjeux ne garantissent pas, à eux seuls, le bien-être des individus dans une société, lorsqu'ils ne profitent, par accaparement de la richesse, qu'à une *nomenklatura*, accentuant par voie de conséquence les inégalités sociales[64].

Dans l'exemple de la « métaphore pâtissière » en droit de la concurrence, certes, « un plus gros gâteau vaut mieux qu'un plus petit puisque, avec un plus gros gâteau, on pourrait donner davantage à chacun […], mais rien ne garantit que le supplément du gâteau ne sera pas accaparé par une minorité »[65]. Aussi, le gâteau peut gagner en grosseur, mais perdre en consistance (nutriments vitaminiques), le pâtissier surajoutant de l'eau et du sucre, ingrédients peu coûteux, au détriment du beurre, du lait, des œufs, etc., nutriments plus essentiels. On en déduit que l'économie et son impératif d'efficacité ou d'efficience vont se préoccuper et se satisfaire de la quantité du gâteau, sans égard aucun à sa valeur nutritive réelle, et, encore moins, à son partage, tandis que le droit ou l'efficacité juridique va s'attarder sur la qualité

---

63. Bruno Oppetit, « Droit et économie » dans *Archives de philosophie du droit*, t 37, *Droit et économie*, Paris, Sirey, 1992, 17 à la p 24 :

> Le souci d'efficacité dont témoigne l'approche économique du droit n'est certes pas resté étranger aux finalités poursuivies par le système juridique, même dans les pays de droit continental, d'abord en ce que la formulation des règles a toujours inclus, à des degrés variables, dans son champ les données économiques au même titre que les composantes morale, sociale, technique ou autre.

64. Voir Guillaume Allègre, « Impact des inégalités sur la croissance : que sait-on vraiment? Une (brève) revue de littérature » (2015) 6:142 Revue de l'OFCE 371 à la p 383.

65. Anne-Lise Sibony, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit » dans Fatin-Rouge Stéfanini, Gay et Vidal-Naquet, *supra* note 51, 69.

du gâteau et sur sa distribution équitable. Ainsi que le note une auteure, pour « les avocats de l'efficience comme principe éthique (comme Posner), la mission des juges n'est pas d'intervenir sur la répartition, mais d'allouer les droits à leur usage le plus productif. C'est alors limiter la raison des juges à une rationalité économique et exclure des considérations comme la raisonnabilité ou la pensée du juste »[66].

Le droit peut donc être efficace (juridiquement) sans poursuivre un but proprement ou forcément économique. Il serait d'ailleurs erroné de penser que c'est l'économie du droit qui a introduit la notion d'efficacité dans le raisonnement juridique. Historiquement, le droit a toujours plus ou moins « efficacement » tendu vers ses fins idéales et, peut-être idéelles, que sont l'ordre, la justice, la stabilité, etc. Les juristes, même dogmatiques, n'ont pas attendu l'avènement récent de l'AED pour se pencher sur la question de la finalité ou de l'efficacité du droit, même en termes de « coûts de transaction ». Le basculement du droit romain du formalisme au consensualisme en matière de formation du contrat constituait ainsi un formidable moyen d'éviter la pesanteur des formalités, de favoriser la célérité des transactions et d'amoindrir ainsi les « coûts de transaction », sans toutefois invoquer l'AED. Il en va de même des mécanismes de la compensation en droit des obligations[67], de la confirmation d'un contrat annulable ou encore de la pratique du *favor contractus* en droit contemporain des contrats, etc. Le droit, par l'entremise d'une modulation du formalisme, reste en l'espèce attentif aux considérations économiques, en évitant aux parties d'essuyer des charges, pertes ou coûts économiques supplémentaires.

D'un autre point de vue, l'efficacité ou l'efficience économique du droit n'est en définitive qu'un prolongement — ou un renouvellement — de la problématique de l'effectivité consubstantielle au droit lui-même en tant que discipline autonome et traitée depuis fort longtemps par la sociologie du droit[68]. L'analyse économique ne permettrait

---

66. Kirat, « Action juridique », *supra* note 7 à la p 50.

67. Voir, par exemple, le cas de l'admission de la compensation légale par l'interprétation « libérale » des termes *ipso jure* de Justinien : André Bélanger, « Petit historique d'une double extinction obligationnelle : la notion de compensation du droit antique à la veille de l'adoption du *Code Napoléon* » (2003) 37:3 RJT 475.

68. À ce titre, l'efficacité est souvent précédée de l'effectivité, notion bien connue de la sociologie du droit, destinée à mesurer l'écart entre la norme juridique et les comportements de ses destinataires sociaux. Par extension, l'effectivité désigne le degré de réalisation de celle-ci dans les pratiques sociales, dépendamment du but (*ratio legis*) que l'autorité normative s'est fixé et empiète, dès lors, sur le domaine de l'efficacité en ce qu'elles s'intéressent, toutes deux, aux

que de transiter de l'efficacité du droit (efficacité juridique) à son efficacité ou efficience économique. Cette dernière n'étant qu'un nouveau précepte du discours économique en droit, s'interrogeant sur la minimisation des coûts du droit[69] dans l'atteinte de ses buts sociaux. L'amalgame souvent fait entre les deux préceptes par les juristes et les économistes revêt un accent particulier en théorie du contrat.

En effet, la question de l'efficacité, déjà malaisée en théorie (économique) du droit, le demeure tout autant en théorie (économique) du contrat. Dès l'abord, une problématique non moindre taraude l'esprit. De quelle efficacité s'agit-il? Est-ce le droit des contrats, en tant que normes étatiques applicables au contrat, le contrat, en tant qu'ensemble de normes privées, ou les clauses du contrat, en tant que normes individuelles formant le contrat, qui doivent être efficaces au sens de l'analyse économique? La question de l'efficacité du cadre normatif du contrat se pose-t-elle dans les mêmes termes et avec la même acuité que celle de l'efficacité du contrat, en tant qu'opération socio-économique, ou encore celle de l'efficacité des clauses contractuelles? Force est de constater que l'analyse économique du contrat, en l'état actuel, n'apporte pas de solutions précises à chacune de ces questions et que la doctrine juridique les traite de façon dispersée, sans toutefois définir ce qu'est l'efficacité économique en l'espèce[70]. La rationalité économique, par essence simplificatrice et réductrice (au même titre que la rationalité juridique d'ailleurs), s'attarde davantage à l'efficacité de la norme juridique, c'est-à-dire des seules dispositions du droit des contrats. Or, d'un point de vue juridique, le contrat constitue lui-même une norme juridique privée au même titre que chacune de ses clauses. Ces deux entités normatives infraétatiques sont assujetties, à leur tour, au droit des contrats, en tant qu'ensemble de normes juridiques étatiques applicables au phénomène contractuel. Il s'agit alors, pour la

---

effets de la norme. Voir Luc Heuschling, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts » dans Fatin-Rouge Stéfanini, Gay et Vidal-Naquet, *supra* note 51, 27 à la p 49.

69. Voir Ronald H Coase, *Le coût du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.

70. Voir Lardeux, *supra* note 56; Gaëlle Deharo-Dalbignat, « L'efficacité économique de la clause de médiation » (2011) 213 Petites affiches 3; Anne-Julie Kerhuel, *L'efficience stratégique du contrat d'affaires — Un champ d'action de la liberté contractuelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010; Mustapha Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise » (2010) 1 Revue des contrats 383 [Mekki, « Les doctrines »]; Gaël Chantepie, « L'efficacité attendue du contrat » (2010) 1 Revue des contrats 347; Mustapha Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle : l'efficacité des clauses contractuelles (2e partie) » (2007) 2 Revue des contrats 239.

théorie économique, de s'interroger, par abstraction, sur l'efficacité du droit en général ou sur celle de la norme juridique sans distinction.

Cependant, si le contrat est perçu davantage comme une opération socioéconomique encadrée par le droit des contrats, le problème ne se pose plus avec la même acuité selon qu'il s'agisse de l'efficacité du contrat en tant qu'opération socioéconomique ou de l'efficacité du droit des contrats en tant qu'ensemble de normes juridiques. S'interroger sur l'efficacité du contrat, en tant qu'opération, consiste alors à se demander si celui-ci a atteint le but socioéconomique poursuivi par les parties — par exemple le transfert de propriété ou le déplacement d'une chose moyennant un prix. Or, le droit des contrats a effectivement pour objet d'encadrer et de permettre la conclusion et l'exécution du contrat, au besoin *manu militari*, bref d'assurer « l'efficacité du contrat » en tant qu'institution du droit. L'on pourrait aussi étendre la question aux parties afin de savoir si elles font un usage « efficace » du droit des contrats, par exemple de la liberté contractuelle qui leur est reconnue par la loi, afin de conclure des contrats qui en facilitent l'exercice ou l'atteinte des buts socioéconomiques qu'elles poursuivent, voire, dans le pire des cas, à leur capacité à trouver un compromis rapide et peu coûteux en cas d'« accident de parcours » ou lorsque l'exécution du contrat est irrémédiablement compromise. L'efficacité, en théorie générale du contrat, en tant que composante de la théorie du droit, serait donc une question à géométrie variable dépendamment de l'angle de l'observateur. Ainsi, s'interroger globalement sur l'efficacité du contrat conduit à le faire à la fois sur l'efficacité juridique du contrat et sur l'efficience économique de celui-ci.

L'efficacité du contrat peut s'apprécier autant dans ses effets juridiques (formation et exécution)[71] que dans ses effets économiques (réalisation d'un gain)[72]. L'efficacité du contrat quant à ses effets juridiques comporterait, pour beaucoup, un aspect qualitatif (efficacité juridique), tandis que l'efficience (économique) du contrat s'apprécie davantage au regard de l'aspect quantitatif. L'efficacité juridique du contrat présuppose sa validité et vaut pour toutes les parties, alors que l'efficience économique varierait selon la condition de chaque partie. Par conséquent, un contrat peut être juridiquement efficace sans l'être économiquement et, encore moins, efficient. Il peut en être

71. Chantepie, *supra* note 70 à la p 348.

72. Gwendoline Lardeux, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat » dans Lardeux, *supra* note 56, 7.

ainsi lorsque l'exécution du contrat ne répond pas à l'attente légitime d'une partie ou à l'utilité économique particulière escomptée, bien qu'ayant produit efficacement ses effets juridiques, c'est-à-dire créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Ce peut être le cas d'une vente lorsqu'un vice caché rend impropre l'usage du bien acheté ou encore d'une transaction, par exemple un montage contractuel, qui ne produit pas l'avantage fiscal ou la rentabilité financière qu'en attend l'une des parties.

La difficulté de cerner l'efficacité ou l'efficience économique en théorie économique du droit et du contrat ne doit pas faire perdre de vue qu'il s'agit d'une hypothèse dont la praticité et l'empirisme restent questionnables. Même en lui prêtant une certaine unité conceptuelle et perceptuelle, rien n'est moins sûr que la véracité de l'hypothèse de l'efficacité (économique) dans la vie sociale du droit.

B. Les limites empiriques et méthodologiques d'une conception du droit en termes d'efficacité (économique)

La structuration de l'AED appelle, selon les auteurs, à un dépassement de l'analyse conceptuelle par le moyen des études empiriques de spécification et de vérification mathématique de ses hypothèses[73]. L'hypothèse de l'efficacité ou de l'efficience économique du droit se fonde ainsi sur un double postulat, empirique et méthodologique. Elle présuppose la possibilité de prédéterminer le but (ou l'effet) d'une norme, d'une institution ou d'un système juridique, et leur évaluation en termes économiques ou monétaires. Elle conjecture surtout l'existence d'une méthodologie devant permettre la concrétisation de l'hypothèse.

L'hypothèse de l'efficacité du droit renvoie à une conception instrumentale, selon laquelle la fonction du droit est de servir des buts précis dans la société. Le droit ne serait ainsi qu'un outil aux mains de ses acteurs pour atteindre des buts socioéconomiques[74]. Elle correspond

---

73. Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2e éd, Montréal-Paris, Thémis/Dalloz, 2008 au nº 2177; Ejan Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes » dans Bruno Deffains, dir, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, 11 à la p 30.

74. En ce sens, « [p]lus le droit est perçu comme un moyen vers une fin, plus l'analyse économique du droit pourra sembler pertinente », alors qu'à l'évidence, il n'en est rien de tout cela : Régis Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, LGDJ, 2010 à la p 750.

à ce que la doctrine qualifie d'instrumentalisme juridique et va dans le sens de l'utilitarisme et du néo-utilitarisme pour lesquels le droit doit se mettre au service de l'utile, par exemple du bien-être collectif[75]. Pour Posner, en effet, le droit devrait servir à maximiser la richesse collective[76]. Cette maximisation de la richesse (fin) justifie la validité de toute règle de droit (moyen), et le critère d'évaluation du droit devient ainsi l'efficacité et non sa validité ou sa légalité qui sont ainsi reléguées au second plan dans cette conception empirique et réaliste du droit[77], le terme « droit » désignant à la fois la totalité du système (ou de l'ordre) juridique ou une portion de celui-ci, soit une institution ou une norme juridique. Dans cette dernière acception, l'instrumentalisme juridique se décline ainsi, selon Kornhauser, en trois dimensions : systémique, institutionnel et normatif[78]. L'efficacité ou l'instrumentalité économique du droit suppose donc que chaque système, institution ou norme juridique poursuive un ou plusieurs buts précis et univoques. Ceux-ci constituent les effets attendus du droit, les objectifs ou cibles qu'il doit atteindre dans l'univers social.

Parler de l'efficacité d'une norme juridique suppose donc que le « scientifique du droit » connaisse au préalable sa raison d'être ou ses buts fixés par l'autorité normative (*ratio legis, telos*), ceux-ci servant de critère d'évaluation de ses performances empiriques, ce qui, déjà, n'est pas une tâche aisée. Peut-on, dans un raisonnement *a pari*, parler de l'efficacité d'un ordre ou d'une institution juridique dans sa totalité ontologique ou phénoménale? « Existe-t-il un auteur de tout l'ordre juridique (ou encore d'une institution juridique)? Si oui, qui est-il? »[79]. Le mythique législateur? Quel(s) but(s) poursuit le droit civil?

Même l'hypothèse la plus simple de l'efficacité ou de l'efficience de la norme juridique ne rend pas moins difficile la détermination, voire la coordination *ex ante* et *ex post* de l'unicité ou de la pluralité des buts poursuivis par celle-ci. Le risque d'un déphasage entre l'évaluation

---

75. Alain Strowel, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit, autour de Bentham et Posner » dans *Archives de philosophie du droit*, t 37, *Droit et économie*, Paris, Sirey, 1992, 143.

76. Sophie Harnay et Alain Marciano, *Richard A Posner, l'analyse économique du droit,* Paris, Michalon, 2003 à la p 70; Mackaay et Parent, *supra* note 18 à la p 70.

77. Pierre Brunet, « Le réalisme n'est-il qu'une théorie d'interprétation » dans Jean-Jacques Sueur et Pascal Richard, dir, *La Transgression*, Actes du colloque de Toulon, Bruxelles, Larcier, 2013, 397 à la p 399.

78. Kornhauser, *L'analyse économique*, *supra* note 54 à la p 31.

79. Heuschling, *supra* note 68 à la p 51.

ex ante, lors de son élaboration, et l'évaluation *ex post* des buts et effets de la norme, lors de son application constitue ainsi un vice rédhibitoire de l'hypothèse de l'efficacité; laquelle suppose, en quelque sorte, que l'état social se soit figé depuis l'évaluation prospective des buts et effets de la norme juridique. Elle « oblige à postuler une volonté unique et suffisamment précise de l'auteur de la norme, avec la part de fiction que cela comporte »[80]. Car une norme juridique quelle qu'elle soit (constitution, traité, loi, décret, contrat, etc.) comporte très souvent une pluralité de buts parfois latents, confus et diffus, politiques, économiques, culturels, idéologiques ou symboliques, qui peuvent dériver de la volonté de l'autorité normative elle-même, de l'autorité d'une norme supérieure (métanorme), des agents d'interprétation (méta-interprétation : sous-interprétation, surinterprétation, mésinterprétation, etc.) et d'application de la norme ou de son contexte d'élaboration, de transmutation et de déploiement. Comment mesurer encore l'efficacité d'une telle législation? Par rapport à son but symbolique ou à son but réel? « Anticiper en amont l'efficacité d'une norme lors de son élaboration est (donc) un exercice aussi nécessaire qu'aléatoire pour son auteur »[81]. C'est sans nul doute pour cette raison que l'hypothèse de l'efficacité du droit a été considérée, à juste titre, par une certaine doctrine comme une « vraie fausse évidence » :

> Afin de mieux se tenir à distance d'une perception naïve de l'efficacité du droit selon laquelle la norme efficace est celle dont on peut dire qu'elle atteint les résultats pour laquelle elle a été conçue! Pareille conception de l'objet désigné par notre colloque serait naïve, pour deux raisons principales. D'abord, parce qu'il n'est pas toujours évident que l'on cherche à atteindre des résultats identifiables [*sic*] par avance lorsque l'on fabrique un texte juridique. Il convient de s'affranchir de cette *conception balistique* de la juridicité qui suppose non seulement un « législateur » toujours sûr de son affaire, mais encore une cible dont l'identité n'est jamais douteuse. Ensuite et surtout, parce que l'invocation du résultat n'a rien d'un absolu sur lequel l'unanimité viendrait se faire d'emblée. Cette notion fait l'objet d'approches et de constructions variables selon les acteurs qui en ont l'usage. Ce qui est perçu par les

80. Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Laurence Gay et Ariane Vidal-Naquet, « Préface » dans Fatin-Rouge Stéfanini, Gay et Vidal-Naquet, *supra* note 51, 13 à la p 15.

81. Laurence Gay, « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique? » dans Fatin-Rouge Stéfanini, Gay et Vidal-Naquet, *supra* note 51, 107 à la p 137.

> uns comme un bon résultat est interprété par les autres sur le mode de l'échec[82].

L'hypothèse économiciste de l'efficacité du droit constitue donc en définitive une conception idéaliste de la normativité juridique. Elle consiste, pour le *jus-économiste*, à « raisonner comme si » les systèmes, institutions et normes juridiques avaient chacun une cible, un but bien déterminé et déterminable à atteindre dans un univers social pourtant en perpétuel changement. Alexandre Flückiger recommande de s'affranchir, par réalisme, de ce schéma linéaire, balistique et téléocentrique, si l'hypothèse de l'efficacité du droit veut prétendre elle-même à une certaine « efficacité » dans un environnement social émergent[83]. L'analyse économique méconnaît l'ambiguïté et la complexité qui peuvent affecter la détermination des buts d'une norme, d'une institution ou d'un système juridique, ainsi que les contingences inhérentes au droit lui-même dans le *continuum* espace-temps au sein duquel il se déploie[84] et, *a fortiori*, son évaluation en termes économiques.

Une autre entrave épistémologique majeure à l'AED, en termes d'efficacité et d'efficience, relève de la faisabilité et de la méthode de l'évaluation économique du droit. Elle exige que l'on s'attarde sur le terme « évaluation », dérivé de la racine « valeur », qui signifie déterminer ou mesurer la valeur d'une personne ou d'une chose. Il s'agit d'une idée captivante, introduite en sciences sociales par l'avènement de la sociométrie et, tout particulièrement, de l'économétrie. Captivante certes, mais non moins problématique, voire pratiquement impossible. D'abord, parce que la « valeur », est un construit philosophique intellectuellement muable et difficilement saisissable, voire ontologiquement subjectif et non objectivement valable en tout temps et en tout lieu. Ensuite, parce que la vérification, qui sous-tend l'hypothèse de l'évaluation, ne reconnaît comme mesurables que des attributs quantifiables et empiriquement vérifiables[85]. Dès lors, il devient impossible de fonder *rationnellement* — dans l'ordre de la

---

82. Jacques Caillosse, « Esquisse d'une réflexion sur une fausse évidence : l'efficacité du droit » dans Fatin-Rouge Stéfanini, Gay et Vidal-Naquet, *supra* note 51, 153 à la p 158.

83. Flückiger, « Le droit administratif », *supra* note 52.

84. Erhard Blankenburg, « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (le concept d'"implémentation") » (1986) 2 Dr et soc 59 à la p 63; Flückiger, « Le droit administratif », *supra* note 52 au n° 34.

85. Henri Volken, « Les fondements : mesure pour mesure » (2007) 45:138 RESS 55 au n° 8 à la p 47, en ligne : <https://journals.openedition.org/ress/192>.

connaissance objective[86], au sens de la raison pure en dehors de toute idéologie —, et encore moins *scientifiquement* un système de valeurs à l'aune duquel juger les normes juridiques. L'hypothèse de l'évaluation économique du droit suscite, de ce fait, un questionnement liminaire. Peut-on et comment mesurer la valeur du droit? Cette valeur est-elle traduisible et réductible en des termes économiques ou monétaires? Le droit a-t-il uniquement une valeur marchande? Le droit est-il un bien ou une marchandise? À ces questions d'ordre dialectique et rhétorique, la réponse est pluridimensionnelle.

L'on pourrait soutenir, d'emblée, que la valeur du droit en tant que « bien commun », phénomène ou pratique social(e), n'est pas en soi mesurable, ce qui battrait en brèche la prémisse d'une quelconque évaluation, même économique, du droit, laquelle serait fausse en ce qu'elle reste infaisable ou irréalisable sur le plan empirique. Toutefois, si l'on admet, par axiomatisation, l'idée de la mesurabilité ou de l'évaluation du droit, comme toute autre chose ou tout phénomène mesurable ou quantifiable, l'on pourrait opposer à l'analyse économique que cette évaluation peut être culturelle, politique, démocratique, sociale, etc., et non forcément et seulement économique, monétaire ou marchande[87]. La valeur démocratique d'un droit pourrait, par exemple, se mesurer à l'aune des garanties des droits et libertés reconnus aux citoyens, ainsi que du contrôle, de l'équilibre et de la limitation des pouvoirs des gouvernants par l'ordre juridique. La valeur culturelle d'un système juridique pourrait également se mesurer par sa représentativité ou son rayonnement historique à travers le monde. De ce point de vue, l'AED ne saurait donc prétendre à la scientificité, comme d'ailleurs toute autre théorie du droit ou sur le droit[88], car son

---

86. Niklas Luhmann, « Je vois quelque chose que tu ne vois pas » (2015) 20 Trivium para 4, en ligne : <https://journals.openedition.org/trivium/5151>.

> Est objective une connaissance sur laquelle tous les observateurs [avertis] s'accordent. On peut donc ignorer les différences entre les observateurs. On n'a pas besoin d'observer les observateurs mais seulement la réalité elle-même pour connaître ce que les observateurs observent. Il n'en est pas de même pour la connaissance subjective. Il faut ici observer l'observateur pour observer ce qu'il peut observer et ce qu'il ne peut pas observer.

87. Voir par ex Blandine Mallet-Bricout, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil » (2004) 54:4 RIDC 865.

88. Ainsi qu'a pu l'observer avec véhémence une critique s'agissant de la théorie réaliste de l'interprétation :

> Est-il possible d'analyser scientifiquement les normes composant un système juridique et plus particulièrement les normes de droit constitutionnel? Cette question, posée et débattue par les partisans d'une analyse du droit qui suivrait les principes du travail scientifique moderne : rationalité, objectivité, neutralité, testabilité d'hypothèses selon une

questionnement épistémologique conduirait à rechercher la quadrature du cercle. En définitive, « [l]'efficacité des économistes est en réalité — et le paradoxe c'est qu'ils le savent, mais l'oublient trop souvent — un critère tout relatif défini dans un univers purement théorique qui, s'il permet une grande rigueur, demeure d'une portée pratique bien pauvre »[89], surtout lorsqu'elle entre en concurrence avec d'autres systèmes dogmatiques de valeurs, tel celui propre au contrat juridique.

III. LES OBSTACLES ÉPISTÉMOLOGIQUES ET LA DOGMATIQUE JURIDIQUE CONTRACTUELLE

Si l'on conçoit, d'un point de vue idéologique, la dogmatique juridique contractuelle comme un ensemble de conventions admises *a priori* par la communauté des juristes, traitant du droit des contrats ou du contrat en tant qu'institution du droit, on constate tantôt un hiatus, tantôt un tiraillement entre les systèmes de pensée économique et juridique. Le constat de cette distanciation peut s'établir tant sur le plan axiologique que sur le plan paradigmatique. En effet, bien que le contrat soit un objet d'étude qui leur est commun, le droit et l'économie ont leurs valeurs irréductibles et, parfois, leurs codes irréversibles. Les obstacles épistémologiques d'une analyse purement économique du contrat se révèlent ainsi à travers ses limites et surtout la difficulté de privilégier, d'une part, les impératifs économiques, notamment l'efficacité, au détriment des valeurs morales et sociales du droit des contrats, et de concilier, d'autre part, les conceptions des économistes et des juristes sur l'objet-contrat observé. À ce titre, il convient de montrer que la recherche de l'efficacité économique dans le contrat, en tant qu'artefact social, est loin d'être toujours priorisée par le droit contemporain des contrats, aux prises avec ses propres idéaux, parfois indifférents à la rationalité économique (III.A). De même, certaines préconceptions des économistes sur le contrat ne sont

---

méthodologie à la fois rigoureuse et ouverte à révision, semble provoquer aujourd'hui parmi de nombreux théoriciens comme de juristes de langue française une réponse radicalement négative.

Otto Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation » (2002) 50:2 Rev fr dr constl 279 aux pp 279–80. Cette observation est d'autant plus vraie que l'AED prétend désormais être une théorie (scientifique) d'interprétation du droit : Deffains et Ferey, « Théorie du droit », *supra* note 34 à la p 225; Deffains et Ferey, « Analyse économique », *supra* note 49 à la p 17.

89. Éric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat » dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle, Paris*, LGDJ, 2015, 153 à la p 173 [Brousseau, « L'économiste »].

pas toujours fondées dans la réalité ou dans la tradition juridique, notamment civiliste (III.B).

A. Efficacité et idéaux du droit contemporain des contrats

Les valeurs du droit ne sont pas les « valeurs » du marché. De même les « valeurs » ou les motivations d'un sujet de droit ne sont pas réductibles aux « valeurs » d'un agent économique ou de *l'homo œconomicus*. Lorsqu'un sujet de droit respecte une norme juridique, sa motivation peut ne pas résider dans la poursuite d'un intérêt personnel et économique, mais dans un système de valeurs étrangères ou indifférentes à la rationalité économique : la morale, la justice, la solidarité, la philanthropie, etc. Il en va ainsi pour une partie qui s'engage dans un contrat gratuit par simple motivation philanthropique, sans considération aucune de la maximisation de son profit, ou encore plus généralement, pour tout contractant qui tient au *respect de la parole donnée* (*pacta sunt servanda*), à la confiance (*reliance*) et aux *attentes légitimes* (*legitimate expectations*) de son cocontractant, indépendamment des motivations purement économiques[90]. Il s'agit là d'une limite axiologique du paradigme dominant de la théorie économique du choix rationnel (*rational choice*) et d'une limite empirique qui découle de la part d'*irrationalité* consubstantielle à l'être humain, et surtout de l'impossibilité, même pour un sujet de droit, comme pour tout autre acteur, bien qu'étant un être *raisonnable*, de maîtriser la totalité de l'information pouvant lui permettre d'orienter le plus rationnellement possible son choix à son seul profit[91]. Contrairement au réductionnisme de la pensée économique, le droit des contrats n'a pas seulement pour rôle de minimiser les « coûts de transaction » et, encore moins, de maximiser les gains lors de la conclusion et de l'exécution des obligations contractuelles (fonction économique)[92]. Bien plus, son principal rôle est de préserver un certain nombre de valeurs humaines, indispensables à l'établissement et à la stabilité des échanges sociaux (fonction

90. Voir Bryan Druzin, « Law, Selfishness, and Signals: An Expansion of Posner's Signaling Theory of Social Norms » (2011) 24:1 Can JL & Jur 5; Rebecca Stone, « Economic Analysis of Contract Law From the Internal Point of View » (2016) 116:8 Colum L Rev 2005.

91. Voir Neil Duxbury, « Liberalism, Self-Interest and Precommitment » (1996) 9:2 Can JL & Jur 383.

92. Voir Alan Schwartz et Robert E Scott, « Contract Theory and the Limits of Contract Law » (2003) 113:3 Yale LJ 541; Mackaay et Rousseau, *supra* note 73 à la p 373.

anthropologique)[93]. L'emprise de l'économie sur la société et le droit concourt à broyer ces valeurs surtout morales[94] au profit de « valeurs instrumentales quantifiables », prônant le passage de la *rule of law* (État de droit) à la *rule by law* (règne de la loi du marché ou « État de marché »), selon laquelle le droit n'est plus qu'un simple outil au service de l'économie[95]. Cette transformation régressive, symptomatique de la crise postmoderne du droit, est particulièrement viscérale en droit contemporain des contrats, domaine où interviennent, à travers le monde, des réformes législatives ayant pour objectifs l'attractivité et l'efficacité économiques. Ces réformes instrumentales n'offrent pas moins un spectacle de « contradictions idéales »[96], les législateurs, ambitieux de faire de la société un marché concurrentiel de produits législatifs (*benchmarking*)[97], étant pris dans leurs propres « théories des jeux ». Si, toutefois, l'efficacité économique est, dans une certaine mesure, un critère désirable, elle ne saurait être le seul critère de légitimité d'une norme ou institution juridique[98]. À ce titre, la résistance du droit civil des contrats aux préceptes de l'AED pourrait bien

---

93. Voir Akbari, *supra* note 20; Alain Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005. L'auteur, en réaction au concept *d'homo œconomicus*, y présente le droit comme le fondement de l'organisation sociale. Le droit doit se mettre au service du lien social, de l'humain et de la société et non de l'économie.

94. Pierre-Marie Burgat, « De la crise éthique au changement par le sens » (2012) 145:2 Expansion Management Rev 42.

95. Alain Supiot, *Du gouvernement par les lois à la gouvernance par les nombres*, Cours, Collège de France, 2012–2014. Voir aussi Jacques Chevallier, « L'État régulateur » (2004) 111:3 Rev fr admin pub 473; Jacques Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? » (2003) 105-106:1 Rev fr admin pub 203; Daniel Mockle, *La gouvernance, le droit, l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

96. Il s'agit de l'éternelle difficulté du droit des contrats de concilier le trio liberté-justice-sécurité auquel il faut désormais adjoindre l'efficacité économique.

97. Voir Isabelle Bruno, « La déroute du "benchmarking social". La coordination des luttes nationales contre l'exclusion et la pauvreté en Europe » (2010) 5:1 Rev fr socio-économie 41.

98. « [L]'efficacité économique ne peut à elle seule légitimer une règle ou une institution juridique. La question normative est beaucoup plus complexe. Des ordres de valeurs séparés, comme l'équité et l'éthique, doivent être mobilisés pour apprécier le caractère juste ou non du droit » : Bruno Deffains, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste » (2005) 99 Petites affiches 6 à la p 7. À propos d'une hypothétique efficacité économique du droit européen des contrats, une auteure rappelle que :

> Contrairement au leitmotiv lassant rabâché par les projets européens, le droit des contrats n'a pas pour seul objectif de faciliter le commerce transfrontière et de diminuer les coûts de transaction (affirmation au demeurant jamais démontrée). D'autres valeurs bien plus importantes sont véhiculées par le droit des contrats : la loyauté, la justice commutative et distributive, la confiance, ou encore le respect de la parole donnée.

Muriel Fabre-Magnan, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs? » (2012) 4 Revue des contrats 1430 à la p 1434.

s'expliquer par sa dimension morale, humaniste et sociale[99]. La distanciation entre l'impératif d'efficacité économique et les impératifs juridiques, ou les valeurs propres au droit pose dès lors le problème du fondement éthique de l'AED[100] et de l'idéologie économique dans son ensemble. L'un des rôles du droit des contrats consiste à prévenir les abus, en dehors de tout calcul économique[101], par l'intégration et la protection de valeurs morales, humaines et sociales dans la relation contractuelle. Bien que le contrat soit souvent défini, par réduction, comme une opération économique, les valeurs du droit contractuel se déclinent en idéaux[102] *a priori* indifférents et, parfois réfractaires, à la rationalité économique[103]. Il en va ainsi de la justice (III.A.1), de la solidarité et de la bonne foi (III.A.2), considérées aujourd'hui comme des valeurs à portée principielle qui irradient l'ordre juridique contractuel. Dès lors, le conflit axiologique entre droit et économie provient du fait que l'efficacité économique n'aurait de sens que par référence ou par soumission aux valeurs du droit contemporain des contrats que sont la justice, la bonne foi et la solidarité contractuelle.

1. De la neutralité ou du contraste avec la justice contractuelle…

L'idéal de justice n'a jamais eu ni droit de cité ni droit d'asile dans le monde de l'économie[104]. Si la rationalité économique repose sur

---

99. Denis Mazeaud, « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français » dans Gerald Mäsch, Denis Mazeaud et Reiner Schulze, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, 29 à la p 32.

100. Emmanuel Picavet, « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité » (2011) 21 Revue philosophique 192.

101. Judith Rochfeld, « La rupture efficace » dans Jamin, *supra* note 28, 169 au n° 450.

102. Un auteur distingue les différents idéaux du droit du contrat en deux catégories : les idéaux naturels tels que la justice, la morale et l'utilité, et les idéaux positifs tels la liberté, l'égalité, la sécurité et la protection de la partie vulnérable. Voir, dans ce sens, Hervé Krych, *Les idéaux du droit des contrats : identification et réalisation*, Thèse, Université de Reims, 2001.

103. La doctrine relève ainsi que :

> Les préoccupations d'efficacité et d'efficience dans la réglementation du contrat, lesquelles sont au centre de la production de la richesse moderne, s'accompagnent partout d'interrogations et de considérations vis-à-vis des limites morales du marché, de ses conditions d'efficience, et de la possibilité de retrouver des critères de justice et de solidarité largement partagés sur le plan individuel et sur le plan social.

Michele Graziadei, « Le contrat au tournant de la réforme : les choix du juriste français et le précédent italien » (2015) 3 Revue des contrats 720 à la p 728.

104. Comme le note un contemporain, « le système économique […] est en réalité un système qui résiste fondamentalement à la justice et qui la diffère indéfiniment tant que n'ont pas été déracinées les raisons existentielles de l'injustice » : Christian Arnsperger, « Justice et économie. Latitudes d'égalisation et obstacles existentiels » (2002) 33:1 Revue de métaphysique et de morale 7 à la p 9.

l'impératif instrumental d'efficacité, la rationalité juridique s'appuie davantage sur l'impératif fondamental de justice[105]. Le droit n'est-il pas d'ailleurs l'art du juste — *jus est ars boni et æqui*? C'est dire l'omniprésence de l'idéal de justice dans l'essence du droit et l'imaginaire des juristes. Ainsi, l'efficacité d'un système ou d'une norme juridique devrait s'apprécier non en considération de sa rentabilité économique, mais de son aptitude à trouver des solutions justes[106]. L'erreur monumentale pour un juriste serait, comme l'ont fait certains[107], de se livrer à une démonstration fondée sur une fausse prémisse, sans comprendre que l'efficacité du droit se mesure à l'aune du juste. La justice comme une fin essentielle du droit remonterait, il y a plus de 23 siècles, à la philosophie morale aristotélicienne, suivie par le thomisme au Moyen Âge[108]. C'est dans le même ordre d'idées que Philippe Rémy rappelle que « la fin du droit civil n'est pas l'égalité, ni le bonheur, ni la vertu, ni la croissance économique, ni le bien-être social, mais simplement la justice »[109]. Cette assertion, vraie pour le droit civil, l'est tout autant pour la common law et le droit en général, perçu comme une « science humaine qui ne peut avoir pour objectif l'efficacité économique, qui ne peut être irrigué par des règles reposant sur des objectifs désincarnés

---

105. Guy Rocher, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique » (2001) 42:3 C de D 873 à la p 882 :

> La recherche de la justice est évidemment la valeur fondamentale qui légitime le droit et les institutions du droit. Cela est sans nul doute particulièrement vrai dans les sociétés qui ont évolué vers l'État de droit. Le discours courant qui associe droit et justice y est plus authentique qu'en aucune autre société.

106. Ainsi que l'observe une auteure :

> Après tout, le droit se nourrit du fait, qu'il soit économique ou social, et la recherche d'efficacité ne peut qu'enrichir le raisonnement. Mais l'on peut craindre que la recherche d'efficacité ne soit détournée de cet objectif et perde de vue le juste en privilégiant l'utile. En témoigne la mise en concurrence des ordres juridiques fondée, non pas sur leur aptitude à fournir une solution juste, un rapport équilibré entre les individus, mais bien sur leur capacité à faciliter l'activité économique […] comment ne pas devenir sceptique sur la transformation du rôle de l'efficacité, de simple élément d'appréciation dans la recherche du juste en critère décisif de décision ravalant le droit à un outil de gestion financière?

Chantepie, *supra* note 70 aux pp 347–48.

107. Yves-Marie Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2007. L'auteur, comme les économistes, sans égard aucun à la justice, s'appuie sur la prémisse selon laquelle une sanction efficace est celle dont les bénéfices excèdent les coûts et entraîne une meilleure allocation des richesses.

108. Michel Villey, « Préface historique » dans *Archives de philosophie du droit*, t 26, *L'utile et le juste*, Paris, Sirey, 1981, 9.

109. Philippe Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître? » (1986) 32 RD McGill 152 à la p 153.

et des équations modélisées »[110]. Le droit doit donc, avant toute autre fin louable, poursuivre le juste, bien que les partisans de l'AED confondent[111], voire substituent à la justice l'efficacité économique comme critère de jugement[112] ou norme de décision devant s'imposer au juge appelé à devenir un simple régulateur[113]. Les économistes oublient paradoxalement que la rationalité même d'un juge, qui, au détriment de la justice, rechercherait l'efficacité économique dans ses décisions demeure limitée du fait de son information incomplète ou de la non-maîtrise de toutes les variables du litige.

La thèse de la justice comme fin essentielle du droit sera ensuite transposée en matière contractuelle avec un niveau de discours variant selon les auteurs. Si d'aucuns considèrent, à la suite d'Aristote, que la justice constitue le « seul principe absolu »[114] des contrats, voire la fin vers laquelle doit tendre le droit des contrats[115], d'autres estiment qu'elle serait seulement l'une de ses finalités[116]. Quoi qu'il en soit, la justice contractuelle n'est pas formellement érigée en principe directeur du droit positif des contrats[117]; peut-être à cause du tournant économiciste de notre société postmoderne. L'idéal de justice ressort toutefois en filigrane dans les différents systèmes juridiques de droit civil et de common law. À la différence de la doctrine économique qui

---

110. Mazeaud, *supra* note 99 à la p 32.

111. Guido Smorto, « La justice contractuelle » (2008) 60:3 RIDC 586. Pour cet auteur, l'AED est une théorie de la justice, et l'efficacité correspond à la justice. Un contrat efficace serait un contrat juste. N'est-ce pas une alchimie dangereuse si cette efficacité n'est pas évaluée à l'aune de l'équilibre du contrat?

112. Alain Supiot, « La relativité du contrat en question, conclusion générale » dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *La relativité du contrat*, Paris, LGDJ, 2000, 321.

113. Frydman, « Le calcul rationnel », *supra* note 46 à la p 135.

114. « En matière de contrats, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice » : Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912 à la p 387.

115. François Chénedé, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité » (2012) 4 Droit et philosophie : Annuaire de l'Institut Michel Villey 155 à la p 170.

116. Jacques Ghestin, « L'évolution du droit français des contrats et l'économie » dans Deffains, *supra* note 73, 213 à la p 218 [Ghestin, « L'évolution »].

117. Cela se justifie, notamment, par le fait que le déséquilibre contractuel ou la lésion ne sont pas, en principe, une cause de nullité et que le droit des contrats d'essence volontariste, étant donné l'impossible équivalence mathématique des prestations, repose, par réalisme, sur une conception subjective de la valeur de la prestation. La doctrine civiliste considère toutefois que la justice est l'un des principes directeurs du droit des contrats, au même titre que ceux de liberté et d'utilité avec lesquels il doit se concilier : Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, *Traité de droit civil, la formation du contrat, t 1 : Le contrat — Le consentement*, 4e éd, Paris, LGDJ, 2013 aux pp 134, 141 et 175.

n'accorde qu'une place marginale à la justice contractuelle[118], la doctrine, notamment civiliste, lui confère une place centrale en théorie générale du contrat, considérant même qu'elle serait l'un des fondements de la force obligatoire du contrat[119] ou qu'elle devrait, tout au moins, en être un critère privilégié d'appréciation[120]. Bien qu'une frange des tenants de cette doctrine, acquise à John Rawls[121], tende à réduire l'idéal de justice contractuelle à la seule justice procédurale[122], il va sans dire qu'il s'agit d'une conception parcellaire, affiliée à la théorie classique du contrat[123]. Pour nous, la justice contractuelle se décline aussi bien sous la forme d'une justice procédurale que d'une justice substantielle[124]. La première est une conception déontologique et abstraite qui renvoie à la justice distributive, c'est-à-dire à l'égalité[125] ou à l'équilibre des rapports entre contractants, ce que la doctrine rawlsienne appelle « égalité des chances ». La seconde est une conception téléologique, conséquentialiste et concrète qui renvoie à la justice commutative, c'est-à-dire à l'équilibre des prestations ou à l'équité dans les termes de l'« échange ». La justice contractuelle s'est historiquement construite à partir de ces deux approches[126], sur lesquelles s'articulera

---

118. Brousseau, « L'économiste », *supra* note 89 à la p 162 :
> Au total, la littérature économique sur les contrats ne considère pas l'équilibre contractuel comme une question centrale et pertinente. D'une part, le contrat est par essence la résultante d'un accord respectant les intérêts bien compris des deux parties. D'autre part, un éventuel déséquilibre est lié à des causes extracontractuelles auxquelles il convient de remédier principalement par d'autres moyens que l'action sur les contrats.

119. Jacques Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats » dans *L'utile et le juste, supra* note 108, 35 [Ghestin, « L'utile »].

120. Élise M Charpentier, *L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?*, Thèse, Université McGill, 2001.

121. John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987; John Rawls, *Justice et démocratie*, Paris, Seuil, 1993.

122. Ghestin, Loiseau et Serinet, *supra* note 117 à la p 334; Arnaud Raclet, « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle » (2001) 155 Petites affiches 17 au n° 3.

123. Voir Lemennicier, *supra* note 57 à la p 171.

124. Voir Mekki, « Les doctrines », *supra* note 70 à la p 389.

125. Arnsperger, *supra* note 104.

126. En effet, tout d'abord, comme le soulignait Ricœur, les procédures formelles ne sauraient être la seule assise légitimatrice de la justice sans égard aucun au résultat réel du processus (Paul Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990 à la p 265). L'on notera, par exemple, que le seul respect des conditions de formation du contrat (justice procédurale) ne suffit pas à garantir une équivalence des prestations (justice substantielle). Ensuite, la théorie ou les théories de la justice montrent à suffisance que le clivage justice procédurale et justice substantielle est fort relatif du fait de la perméabilité et de la complémentarité des critères d'analyse (Claude Gamel, « Justice de résultat : de "l'économie du bien-être" "à l'égalitarisme libéral" », Groupement de recherche en économie quantitative d'Aix-Marseille, Document de travail n° 2010-22, 2010).

notre argumentaire, selon lequel la justice contractuelle est un idéal vers lequel tend le droit contemporain des contrats, en dehors de toute logique d'efficacité économique; ce qui ne signifie pas pour autant que les dispositions du droit des contrats sont toujours « économiquement inefficaces »[127]. Bien plus, d'aucuns considèrent, à juste titre, au-delà de cette conception binaire, que *le droit des contrats doit être le fondement même de la justice sociale*[128].

La justice procédurale — appelée justice formelle ou justice de moyen — a une portée préventive. Elle prévaut dans le processus de formation et d'exécution du contrat, et renvoie au respect des « règles du jeu contractuel ». Elle se traduit par le respect, en amont de la « procédure de formation du contrat »[129], c'est-à-dire de ses conditions de conclusion ou de validité : respect de l'ordre public, intégrité du consentement, capacité des parties, loyauté dans la négociation, etc., et en aval de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des parties. Ici, le législateur fixe le cadre et offre aux parties des garanties de conclusion et d'exécution de conventions présumées justes. La justice procédurale, en matière contractuelle, s'articule donc essentiellement autour du respect de l'ordre public, de la liberté du consentement et de la bonne foi. Celle-ci fera l'objet d'un développement distinct, car, en plus d'être un instrument de justice procédurale, elle constitue une norme morale de comportement qui heurte sensiblement la rationalité économique.

L'ordre public est apparu comme une limitation de l'économie de marché[130] en raison des injustices découlant du libéralisme mercantile.

---

127. D'ailleurs, il arrive souvent que les valeurs du droit s'accordent avec celles de l'économie. À titre illustratif, le refus d'accorder l'exécution forcée lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier répond à la fois à l'exigence morale de justice (la demande du créancier relève de l'intention de nuire : abus de droit) et à une préoccupation d'efficacité économique (l'exécution forcée aboutirait à un gaspillage de richesse pour la société). Voir Bernard Rudden et Philippe Juilhard, « La théorie de la violation efficace » (1986) 38:4 RIDC 1015 à la p 1035.

128. Emmanuel Voyiakis, « Contract Law and Reasons of Social Justice » (2012) 25:2 Can JL & Jur 393 [Voyiakis, « Contract Law »]. Voir aussi Emmanuel Voyiakis, « Rights, Social Justice and Responsibility in the Law of Tort » (2012) 35:2 UNSWLJ, Numéro thématique : Critical Perspectives on Social Justice 449.

129. Cette heureuse formule est empruntée à la théorie normativiste kelsenienne de la convention, qui distingue la procédure de formation du résultat qui en est issu, à savoir les normes conventionnelles : Hans Kelsen, « La théorie juridique de la convention » dans *Archives de philosophie du droit et de sociologie politique*, Paris, Sirey, 1940, 33 à la p 35.

130. I F Hochbaum, « Le rôle du droit dans l'économie » (1964) Cahiers de droit comparé (Strasbourg) 11.

Son but est de promouvoir, dans la sphère contractuelle, une forme de justice individuelle et sociale face aux dérives du « marché total »[131]. Il ne s'agit pas, cependant, d'insinuer que les lois d'ordre public sont toujours adoptées à l'encontre de l'efficacité économique, mais de soutenir que celles-ci garantissent la justice contractuelle[132] et sanctionneraient toute forme d'injustice, même commise au nom de l'efficacité économique. L'affirmation, par le droit contractuel, de l'idéal de justice procédurale, dans l'indifférence de l'efficacité économique, peut s'exprimer de deux principales manières au nom de l'ordre public. D'abord entre les contractants et la société, l'idéal de justice procédurale, au moyen de l'ordre public de direction, encore appelé ordre public moral et politique. Au nom de la justice sociale[133], le droit ne saurait admettre des contrats qui contrarient l'intérêt général[134]. C'est cet idéal de justice sociale qui commande ainsi qu'un contrat, immoral ou portant atteinte à la dignité humaine, à l'institution familiale ou à l'organisation politique de l'État, soit réputé nul[135], et ce, quelle que soit la valeur économique des prestations qui en sont l'objet, que ce contrat ait été économiquement efficace par l'obtention d'un gain par les parties (efficience parétienne), la création de la valeur ou encore la maximisation de la richesse collective (efficience posnérienne). Ensuite, dans les rapports entre les contractants eux-mêmes, au moyen de l'ordre public de protection, souvent appelé ordre public social et économique, dans l'intérêt de la justice individuelle et des intérêts particuliers d'une catégorie de personnes jugées vulnérables[136]. Il serait, par exemple, injuste de laisser sans protection ou précaution un incapable, un consommateur ou un adhérent s'engageant dans une relation contractuelle avec une autre partie en situation de force. L'ordre

---

131. Voir Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

132. Michelle Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité » (2007) 41 RJTUM 1.

133. C'est cette idée qu'exprime le premier président de la Cour de cassation française lorsqu'il affirme : « Le juge de cassation qui interprète ou adapte la norme est donc nécessairement inspiré par l'intérêt général. Cette démarche n'est pas autre chose que la recherche de la justice sociale » : Guy Canivet, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge » (2005) 99 Petites affiches 23 à la p 26.

134. Une question reste en suspens : l'efficacité économique du contrat peut-elle coïncider avec l'intérêt général?

135. L'on dira d'ailleurs que la validité juridique précède et prime l'efficacité économique du contrat.

136. Voir Joëlle Manekeng Tawali, *Essai sur la justice contractuelle, contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, Thèse, Université Laval, 2015.

public contractuel déconsidère, dans ce cas, l'impératif d'efficacité économique au profit de l'idéal de justice procédurale, et le droit des contrats, à ce stade, est indifférent à la logique économique, selon laquelle chacune des parties, présumée libre et rationnelle, est en mesure de défendre ses propres intérêts.

Quant à la liberté de consentement, sa protection, au nom d'une justice procédurale, s'affirme bien souvent par l'indifférence à l'impératif économique d'efficacité du contrat. Avant d'être un vecteur des échanges économiques et de devenir le socle de l'économie de marché, le contrat est, par essence, un acte de liberté, un acte de volonté « libre ». Même s'il est un instrument essentiel de la circulation des richesses, gage de croissance économique, il ne peut être conclu sans le libre consentement des agents économiques. La théorie des vices de consentement et le régime de la capacité et des nullités sont là pour rappeler que la conclusion des contrats, quelles que soient les motivations des parties ou les conséquences économiques, en termes de maximisation de gain, de création de richesse ou de croissance économique, n'est pas une fin du droit des contrats. Encore faudrait-il y parvenir en respectant les « règles du jeu contractuel ». Au nom de la justice procédurale, un contrat, quelle que soit son efficacité économique, sera ainsi anéanti si le consentement d'une partie est vicié. En ce sens, « [p]rotéger le consentement n'est donc qu'un moyen de faire respecter la justice contractuelle »[137]. Le respect de l'ordre public et la liberté du consentement n'étant qu'une présomption de justice sociale ou individuelle, ceux-ci ne suffisent pas toujours à garantir une justice réelle dans les termes de l'« échange », d'où l'intérêt de la justice substantielle.

La justice substantielle — justice de résultat ou justice-finalité — a, quant à elle, une portée curative et relève de la compétence du juge, entendue *lato sensu*. Elle s'applique, notamment, en cas de défaillance de la justice procédurale, c'est-à-dire en cas de non-respect des règles ou de dérèglement du jeu contractuel, et renvoie à l'équité en tant qu'idéal qui doit prévaloir dans l'exécution des prestations. Elle se traduit par l'exigence que chaque partie au contrat reçoive au moins l'équivalent de ce qu'elle donne. C'est la justice commutative ou correctrice qui, selon la philosophie aristotélicienne, régit les échanges d'après le principe de l'égalité arithmétique (par opposition à la justice distributive — *suum cuique tribuere* ou *jedem das seine* —, fondée sur

137. Ghestin, « L'utile », *supra* note 119 à la p 48.

une égalité géométrique, les capacités de l'individu en société). Longtemps, la problématique de la justice commutative, sous l'influence de la théorie classique et du crédo du libéralisme « laissez-faire, laissez-contracter » a été délaissée aux parties[138]. Les partisans du libéralisme économique ont ainsi substitué le paradigme de « l'équivalence arithmétique » des prestations (théorie de l'équivalence objective), chimérique en pratique, à celui de « l'équivalent voulu »[139] (théorie de l'équivalence subjective)[140], plus commode pour l'économie de marché[141], mais, passant outre la doctrine économique, le droit contemporain des contrats autorise le juge, voire un tiers (arbitre, médiateur, etc.), à intervenir *a posteriori* dans la sphère contractuelle afin de rééquilibrer, tout au moins relativement, les « termes de l'échange » et, donc, de rétablir une certaine justice commutative[142]. Cela peut aboutir à une annulation totale ou partielle du contrat (clauses abusives), à l'octroi de dommages-intérêts ou encore à une révision du contrat (réduction de l'obligation ou du montant de la clause pénale, lésion ou imprévision). L'intervention du juge dans le contrat, au nom de la justice commutative, est bien souvent perçue

---

138. D'ailleurs, les partisans de l'AED continuent à penser que la meilleure justice contractuelle, en cas d'inexécution, se trouve entre les mains des parties, et non du juge :

> *In fine*, l'économiste est conduit à souligner que deux leçons de portée générale se dégagent de ses travaux. Premièrement, la meilleure réaction possible à cette complexité [des règles d'indemnisation] et aux risques inhérents à vouloir la maîtriser avec des règles générales, est d'inciter les parties à prévoir elles-mêmes les règles d'indemnisation efficaces en cas de non-exécution, compte tenu des spécificités de leur situation. Deuxièmement, force est de constater que plus le contrat est « relationnel », moins le conflit peut efficacement être résolu par un juge.

Éric Brousseau, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique » (2005) 99 Petites affiches 43 à la p 52 [Brousseau, « La sanction »]. Ce qui n'est pas sans danger pour les parties vulnérables lorsque l'on sait, par expérience, que, dans une économie de marché, « la loi du plus fort est toujours la meilleure » et se substitue *ipso facto* à la justice.

139. Voir Jacques Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, t 1, Université de Toulouse, 1920 à la p 32.

140. Voir l'article 1108 *Code civil* français : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ».

141. Une partie au contrat pourrait, dès lors, par le jeu de la volonté, accepter une contrepartie moindre que sa prestation : c'est la thèse de « l'injustice voulue ». À supposer même que cette volonté soit libre, une injustice « voulue » n'équivaut-elle pas à une injustice? Dans cette évolution historique, la notion de « juste prix » va céder la place à celle de « prix du marché » ou encore à celle de « prix raisonnable ».

142. Voir Marie Annik Grégoire, « Économie subjective c. intérêt. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles à la suite de la codification du devoir de bonne foi » (2010) 44 RJTUM 3 à la p 28.

par les économistes comme économiquement inefficace parce qu'elle augmenterait les coûts de transaction et l'incertitude.

Même lorsque l'on attribue un objectif d'efficacité économique à certaines dispositions du droit des contrats, l'injustice demeure la limite à ne pas franchir. Il en va ainsi en matière de détermination unilatérale du prix ou de résiliation unilatérale. La sanction de l'abus de droit[143] rappelle à suffisance que la recherche de l'efficacité économique ne peut être atteinte au détriment de l'idéal de justice substantielle. La fixation unilatérale du prix ne peut, en effet, s'affranchir du principe de juste prix, de même que la résiliation unilatérale du contrat ne peut se justifier que par une inexécution grave et proportionnelle. Si le droit des contrats promeut l'idéal de justice contractuelle, parfois indifférent à l'impératif d'efficacité économique, deux des instruments pour y parvenir s'appellent la bonne foi et la solidarité. Ces deux valeurs, *a priori* antinomiques à la logique économique, sont appréhendées comme des instruments de justice procédurale, voire d'une nouvelle moralité contractuelle[144].

2. À l'antinomie avec la bonne foi et la solidarité contractuelle

S'il y a un champ où la rationalité économique peut buter le plus sur les valeurs du droit contemporain des contrats, c'est bien celui de la bonne foi et de la solidarité contractuelle. En effet, la recherche de l'efficacité économique par une partie au contrat, c'est-à-dire de son seul profit, peut avoir pour support l'opportunisme et l'individualisme. La bonne foi relève, par essence, de la morale individuelle, et la solidarité, de la morale sociale. Bien que la première soit devenue une norme de droit positif, l'obligation de bonne foi (*lege lata*), la seconde, relève davantage du droit politique et idéologique (*lege ferenda*). Ces deux valeurs morales sont complémentaires, d'autant plus que l'appréciation objective de la bonne foi par les prétoires tend à en faire une norme sociale de comportement[145]. Denis Mazeaud considère même que la bonne foi fait partie intégrante du mouvement plus global de

---

143. Christophe Jamin, « Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus » dans Jamin, *supra* note 28, 93 au n° 227.

144. Voir Jean-Louis Baudouin, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois » dans Gilles Goubeau et Jacques Ghestin, dir, *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, LGDJ, 2001, 29.

145. Vincent Karim, « Preuve et présomption de bonne foi » (1996) 26 RDUS 429 aux pp 431 et 450.

solidarisme contractuel, voire d'éthique contractuelle ou de civisme contractuel[146], qui se traduit par la prise en compte aussi bien de l'intérêt légitime de son cocontractant que de l'intérêt général de la société[147]. La bonne foi et la solidarité dans le contrat s'affirment respectivement aux antipodes de l'opportunisme et de l'individualisme, qui constituent deux attributs essentiels de *l'homo œconomicus*[148].

La bonne foi, en tant que valeur morale du droit des contrats se manifeste sous une forme passive ou subjective (croyance erronée ou ignorance rationnelle) : être de bonne foi et sous une forme active ou objective (norme de comportement ou loyauté) : l'exigence de la bonne foi[149]. Quoi qu'il en soit, elle constitue un puissant antidote contre l'opportunisme qui renvoie à l'aptitude d'une personne à saisir toutes les opportunités ou occasions avantageuses qui se présentent à elle, généralement de façon déloyale. L'opportunisme est ainsi synonyme de mauvaise foi pour le juriste ou, pour l'économiste, de ce qu'il qualifie, dans une certaine mesure, d'aléa ou de risque moral[150], de resquillage, de problème de mandats, de *hold-up*, de *hold-out*, etc.[151]. L'opportunisme ou la mauvaise foi relativement au contrat serait donc un comportement déloyal qui consiste, notamment, pour un futur contractant ou un contractant, à faire espérer illusoirement la conclusion ou l'exécution d'un contrat, ou encore à « modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la conclusion du contrat »[152]. L'opportunisme

146. L'expression « civisme contractuel » remonte à Carbonnier qui l'entendait comme un minimum de conformisme social requis du contrat, c'est-à-dire l'exigence de sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Voir Jean-Joss Milingo Ellong, *Le civisme contractuel en droit de l'OHADA et en droit européen*, Paris, L'Harmattan, 2016.

147. Denis Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » dans Philippe Ardant, dir, *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz/Presses universitaires de France, Éditions Juris-Classeur, 1999, 603; Denis Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat » dans Luc Grynbaum et Marc Nicod, dir, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, 57, ch 2.

148. Voir Ejan Mackaay, « The Economics of Civil Law Contracts and of Good Faith » dans *Symposium en l'honneur de Michael J Trebilcock*, Université de Toronto, 1–2 octobre 2009, en ligne : <https://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Trebilcock09-Mackaay.pdf>.

149. Brigitte Lefebvre, « La bonne foi : notion protéiforme » (1996) 26 RDUS 322; Mackaay, « L'efficacité du contrat », *supra* note 56 à la p 31.

150. Voir Giuseppe Dari-Mattiacci et Dimitri Houtcieff, « Vice du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive » dans Jamin, *supra* note 28, 45 au n° 91.

151. Ejan Mackaay, *L'analyse économique comme outil de la doctrine juridique : la bonne foi et la justice contractuelle*, Montréal, CIRANO, 2011 à la p 9.

152. Mackaay et Rousseau, *supra* note 73 à la p 379.

peut donc être établi *ex ante* au stade précontractuel et *ex post* au stade contractuel et postcontractuel[153].

À l'inverse de la logique économique classique, selon laquelle l'agent économique saisit, par tous les moyens (« tous les moyens sont bons s'ils sont efficaces »)[154], toute occasion susceptible de lui procurer un gain (« toutes les occasions sont bonnes si elles sont efficaces »), le droit contemporain des contrats, en mettant à la charge du contractant l'obligation de bonne foi, prescrit que toutes les occasions ne sont pas bonnes à saisir si elles vont à l'encontre de l'intérêt général ou encore de l'attente légitime du cocontractant. Le droit des contrats combat l'opportunisme contractuel en le sanctionnant tant au stade de la négociation, de la formation et de l'exécution que de l'extinction du contrat. Si le non-respect de l'obligation de bonne foi est également sanctionné en droit anglo-saxon, le droit civil des contrats en est particulièrement imprégné[155]. Par la sanction de la rupture abusive des pourparlers ou des relations contractuelles par les parties, même au motif d'une éphémère efficacité économique[156] (théorie de la rupture efficiente que l'on dit tolérable en droit anglo-saxon), le droit des contrats démontre à quel point la logique juridique et ses valeurs morales, voire extrapatrimoniales, peuvent contrarier la logique économique[157]. Le droit civil français, notamment, qualifie ce comportement opportuniste de faute dolosive ou de faute lourde, en raison de

---

153. Voir Valérie Fargeon, « Éléments d'analyse théorique des formes hybrides d'organisation : le cas de la recomposition de l'offre de soin » dans Jean-Claude Sailly et Thérèse Lebrun, dir, *Dix ans d'avancées en économie de la santé, Actes des XIXes Journées des économistes de la santé français*, Montrouge, John Libbey Eurotext, 1997, 45 à la p 47.

154. Formule de Jean-Paul Sartre et reprise par Didier Hallépée, Coralie Grimaud et Jean-François Guédon, *Le monde économique par les citations*, Paris, Les écrivains de Fondcombe, 2014 à la p 406. L'on pourrait conclure, dans le sillage de Sartre, que l'économie et la politique sont une affaire de mains sales.

155. Sur l'ensemble de la question en droit français et québécois, voir Pascal Ancel, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois » (2011) 45:1 RJTUM 87.

156. La théorie de la rupture efficace (*efficient breach of contract*) n'appréhende la prétendue efficacité économique que de façon ponctuelle, sans pour autant penser aux conséquences à long terme de la reconnaissance d'un tel droit de rupture sur les systèmes contractuel, économique et social. Si chaque partie obtient ainsi le droit de rompre ses engagements contractuels au gré de ses intérêts égoïstes, que restera-t-il de la force obligatoire du contrat, de la sécurité juridique des conventions et des attentes légitimes des parties; bref que restera-t-il de l'institution du contrat, du contrat comme acte de prévision? En analysant avec profondeur la question de la rupture efficace à l'échelle plus globale du système économique et social, l'on se rend bien compte qu'elle est porteuse des germes d'une inefficacité endémique : la « ruine du contrat ».

157. Rochfeld, *supra* note 101, 169 au n° 417.

la violation délibérée de l'obligation[158]; ce qui rend réparable le dommage imprévisible et implique une exclusion de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité au profit d'une réparation intégrale du préjudice subi (*damnum emergens* et *lucrum cessans*). Le droit civil québécois prévoit, en l'espèce, des dommages et intérêts punitifs ou exemplaires. Cette lourde sanction encourue en cas de violation délibérée (*willful breach*) est paradoxalement héritée du droit anglo-saxon des contrats à rebours des préceptes économiques, selon lesquels, au nom de l'efficacité, il n'y a pas de distinction, concernant la sanction, entre la rupture volontaire et la rupture involontaire du contrat[159]; ce qui est moralement et juridiquement inacceptable. En outre, le cocontractant victime peut engager la responsabilité délictuelle du tiers de mauvaise foi, coauteur de la violation délibérée. Dans le nouveau droit français, en matière de promesse unilatérale et de pacte de préférence, l'on pourrait voir, dans le renversement de la jurisprudence antérieure, des dommages-intérêts au profit de la substitution du bénéficiaire ou de l'annulation du contrat conclu en violation de ceux-ci, une forme de rejet de la théorie de la rupture efficiente de l'engagement du promettant opportuniste et du tiers de mauvaise foi ayant contracté dans le dos du bénéficiaire initial. En les sanctionnant plus sévèrement, le législateur français entend promouvoir la bonne foi plutôt que l'efficacité économique[160]. C'est dans cette même logique antiopportuniste et moralisatrice que s'inscrit désormais, en droit anglais et en droit américain, l'obligation prétorienne, transposée en droit du commerce international[161], pour une partie, de minimiser son dommage (*duty to mitigate damage*), en cas d'inexécution du contrat par l'autre partie.

L'opportunisme, qui suppose la poursuite égoïste de son seul intérêt par une partie animée par la seule rationalité économique, a pour corollaire l'individualisme. Si l'opportunisme voudrait que le contractant maximise son intérêt, l'individualisme suppose qu'il le fasse pour son seul profit et au détriment de son cocontractant. Opportunisme et individualisme se situent donc sur le même *continuum*. Ils sont les

158. Voir Rudden et Juilhard, *supra* note 127 à la p 1039.

159. Stone, *supra* note 90 à la p 2041.

160. L'article 1397 du *Code civil du Québec* retient la solution inverse.

161. « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010 » (2011) 16:3 Revue de droit uniforme 735 à la p 771, art 7.4.8; « Principes du droit européen des contrats », art 9-505, en ligne : <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PECL2fr.html>; « Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », art 7/26, en ligne : <https://www.unidroit.org/french/legalcooperation/OHADA%20act-f.pdf>.

deux faces d'un même vice économique. Le contrat est d'ailleurs souvent perçu, dans une approche économiciste, comme le théâtre d'un affrontement d'intérêts individuels. La solidarité, valeur sociale, dont une partie de la doctrine dite solidariste voit la promotion dans le droit contemporain des contrats, se profile alors comme l'antinomie de l'individualisme économique, nourri par l'individualisme méthodologique de la théorie néoclassique et de l'École autrichienne[162]. Pour le solidarisme contractuel, le contrat, du latin *contrahere*, qui signifie réunir ou rassembler, est, par essence, un instrument de solidarité qui ne devrait laisser que peu de place à l'individualisme. Le contrat est né de l'*affectio contractus* et se nourrit de l'*animus cooperandi*.

À l'inverse, l'approche individualiste de l'analyse économique aboutit très souvent à considérer le contrat à travers le prisme réducteur des seuls droits du créancier dont le renforcement constituerait un critère et une garantie de l'efficacité économique du contrat et du droit des contrats. Or, il est courant de constater que le droit contemporain des contrats, dans un élan de solidarité imposée au créancier, reste sensible à la situation du débiteur en difficulté. Par exemple, il accorde à ce dernier des délais de grâce et peut même aller jusqu'à le libérer par la procédure de redressement en cas de surendettement. Cette solidarité peut parfois se manifester, à l'initiative du créancier, par la remise de dette totale ou partielle. La solidarité a donc cet avantage d'émaner d'une conception plus humaine et sociale[163] du contrat, et non exclusivement économique et conflictuelle. Même la théorie économique reconnaît qu'il y a des situations contractuelles réelles (contrat relationnel ou contrat à exécution successive) et idéelles (dilemme du prisonnier), dans lesquelles les parties ont davantage intérêt à se solidariser et à coopérer qu'à s'en tenir à leurs seuls intérêts individuels. Bien que certains la considèrent comme un mythe dangereux[164] et qu'il faille se garder d'exagérer sa portée en pratique, la solidarité participe de l'essence du contrat et aucune théorie du contrat ne saurait en faire l'économie. Une frange des tenants de la doctrine économique soutient d'ailleurs que la présence de ces bonnes valeurs

---

162. L'égoïsme constitue d'ailleurs l'un des postulats de l'individualisme méthodologique : Raymond Boudon, « Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique ? » (2004) 24:2 Revue du MAUSS 281 à la p 283.

163. Rappelons que c'est cette notion de solidarité qui est à l'origine de l'État social pour lequel l'économie de marché constitue aujourd'hui la plus grande menace : Alain Supiot, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Fayard, 2013.

164. Laurent Leveneur, « Le solidarisme contractuel : un mythe » dans Grynbaum et Nicod, *supra* note 147, 173.

dans les relations contractuelles comporte l'avantage de limiter l'incertitude et l'opportunisme, et donc d'amoindrir le coût des précautions et de transaction[165]. Le conflit de valeurs entre droit des contrats et économie n'en cache pas moins un autre, plus dogmatique, concernant la compréhension même de la notion de contrat.

B. Le contrat à travers le prisme déformant et réducteur de l'économie

Il n'est pas sans intérêt d'observer l'objet-contrat avec les jumelles de l'économie et du droit. Cette démarche essentiellement dogmatique est souvent l'occasion, pour le juriste, de porter un regard critique sur les préconceptions du contrat par les économistes. D'abord, les économistes nient *a priori* l'essence du contrat en le réduisant à sa seule dimension économique au détriment de toutes les autres considérations, volontariste, morale, solidariste, philanthropique, politique, etc., qui pourtant irriguent et irradient le phénomène contractuel. Ensuite, les économistes, à la suite de la théorie classique, assimilent le contrat au seul contrat-échange, lequel ne constitue qu'une figure étriquée au regard de la technique juridique contemporaine. Enfin, ils font une distinction erronée entre échanges ou contrats dits complets et échanges ou contrats incomplets. Le prisme déformant de l'analyse économique serait à la fois déshumanisant et réducteur du contrat en tant qu'institution juridique et sociale. Ainsi, il convient de s'émanciper de l'idéalité du contrat-échange des économistes et de revenir à la réalité complexe du phénomène contractuel vu du droit.

La technique juridique est encore à la recherche de modèles capables d'expliquer la complexité et la diversité du phénomène contractuel. La doctrine juridique reconnaît d'ailleurs que la notion de contrat, en tant qu'artefact social, par définition, difficile[166], est une construction intellectuelle imparfaite de nature à évoluer avec son époque[167]. À l'inverse, la technique économique, au nom d'un universalisme enchanteur, mais

165. Voir Claude Ménard et Jean-Michel Oudot, « Opportunisme ou équité? Le cas des contrats d'approvisionnement de défense » (2010) 24:3 Rev fr écon 195; Maurice Nausenbaum, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté » (2012) 145 Gaz Pal 34.

166. Guido Alpa, « L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique » (1985) 37:1 RIDC 7 à la p 25; Guido Alpa, « Le contrat individuel et sa définition » (1988) 40:2 RIDC 327.

167. Georges Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Université de Paris, 1965.

résolument simplificateur, semble avoir figé le contrat dans un seul modèle : le contrat-échange, ce qui comporte, du point de vue de la théorie juridique, un certain nombre de présupposés tant sur l'évolution de la notion de contrat que sur son essence et sa substance.

Le premier présupposé des économistes sur la notion juridique de contrat consiste à considérer que « tout contrat est un échange » : c'est la théorie passéiste et réductionniste du contrat-échange, qui remonterait au XVIIIe siècle. Or, cette théorie, héritée de l'économie classique et nourrie des contradictions du droit romain[168], s'appuie sur un modèle parcellaire du contrat, calqué sur le troc ou l'échange[169], qui, avec l'avènement de la monnaie, a pris le nom de « vente ». C'est pour cette raison que le modèle du contrat-échange, que l'on trouve dans les sociétés primitives et agricoles, a été rejeté par les rédacteurs du *Code Napoléon*[170]. Retenant que l'échange, dans sa forme traditionnelle (qui représente, par ailleurs, une certaine vision des seuls contrats synallagmatiques), ne pouvait englober, à lui seul, les différents types de contrats, les codificateurs l'ont relégué à une catégorie particulière de contrats nommés, à savoir le contrat d'échange, qui se distingue dorénavant du contrat de vente et de bien d'autres espèces de contrats. Le concept juridique de contrat est ainsi devenu plus large que le concept économique d'échange, à partir duquel il s'est historiquement construit dans la théorie classique. Le contrat a alors épousé, dans la modernité, plusieurs formes (donation, bienfaisance, échange, vente, prêt, transport, crédit, franchise, société, distribution, etc.). Outre cette spécification substantielle et structurelle, il y a une diversification conjoncturelle et fonctionnelle suivant la qualité des parties ou le cadre normatif ou institutionnel qui sont souvent négligés par le simplisme de la théorie économique, en dépit des contraintes juridiques et de l'enjeu du pouvoir qui s'y trouve : contrats civils, contrats de consommation, contrats commerciaux, contrats internes, contrats internationaux, contrats de droit privé, contrats de droit public, etc. S'agissant,

---

168. Pour les romanistes, « [s]i l'échange au sens étroit du terme (*permutatio*) est, à certaines conditions, un contrat, tout contrat est aussi un échange au sens large » : Ghestin, « L'évolution », *supra* note 116 à la p 213.

169. Voir Jean-Michel Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, LGDJ, 1987.

170. Ghestin, « L'évolution », *supra* note 116 à la p 213 :
> Longtemps, l'échange n'a pas été envisagé comme un contrat, mais en tant que concept plus large englobant toutes les opérations bilatérales. Cette conception, abandonnée par les rédacteurs du Code civil, a été réhabilitée par les économistes […]. Ce sont les économistes qui, dès le 18e siècle, ont réhabilité le concept d'échange. Leur point de départ a été précisément celui que les juristes avaient délaissé.

notamment, des contrats de droit public ou contrats administratifs, une étude relativement récente montre que les économicistes coulent ceux-ci dans le moule des contrats de droit privé[171]. Continuer à concevoir le contrat, malgré cette diverse complexité phénoménale, par le modèle réducteur du contrat-échange, est donc devenu une pure abstraction, voire une aberration pour le juriste.

Le second présupposé des économistes est que le contrat est, par essence, un échange de valeurs et non un échange de volontés[172]. Ils entendent ainsi substituer les valeurs (utilités) aux volontés des parties qu'ils qualifient de « futilités ». Selon une formule de Ghestin, pour l'économiste, « le contrat apparaît davantage comme un échange de prestations que comme un échange de consentements; échange du superflu contre le nécessaire »[173]. Cela a conduit les partisans de la conception économique de la cause du contrat « à considérer le contrat comme une opération économique, fondée avant tout sur l'exécution réciproque des prestations plutôt que l'échange de consentements »[174]. Or, cette conception utilitariste du contrat ne peut convaincre le juriste pour qui la volonté participe de l'essence même du contrat. Sans volontés, il n'y a pas de contrat (en droit). À la logique quantitative et utilitariste de l'économie s'oppose la logique qualitative et volontariste du droit. La qualité des volontés juridiques des parties prime en effet sur la quantité des valeurs économiques, objet du contrat; lequel peut se conclure aussi bien sans contrepartie qu'avec contrepartie, dans des proportions purement symboliques. Le contrat est nul si la volonté des parties est viciée, quel que soit son contenu économique et peu

---

171. Thierry Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats "incomplets" à la pratique des contrats administratifs » (2003) 17:1 RIDE 11 [Kirat, « Allocation des risques »].

172. Ghestin, « Le contrat », *supra* note 27 à la p 84, nº 5 :
Pour eux l'échangiste est moins un être de volonté, qu'une personne douée de désirs et de besoins. Chacun échange volontairement, certes, mais surtout pour réaliser ses désirs. Les économistes retrouvent ainsi l'idée, aperçue, puis abandonnée par les juristes, que l'échange est la recherche du nécessaire. Ils complètent cette idée par la notion de valeur, pour conclure que tout échange n'est qu'un transfert réciproque, non d'objets, mais de valeurs; l'objet n'existe plus en lui-même, mais en tant que valeur. C'est une valeur, d'usage ou d'échange, que chacun acquiert ou abandonne. Cette définition large de l'échange permet aux économistes de reconstituer le droit des contrats. Les distinctions du droit civil, de la vente, du louage, du prêt, disparaissent pour se fondre dans la seule définition d'échange de valeurs. Il en est de même pour le droit public : l'État, producteur de services et d'utilités, les échanges contre les impôts payés par les contribuables […] tout contrat n'est en définitive qu'un échange de valeurs.

173. Ghestin, « Le contrat », *supra* note 27 à la p 83, nº 4.

174. Poughon, *supra* note 169 à la p 153, nº 237.

importe que l'opération vise à réaliser un gain ou non. Cette volonté constitue à la fois le fait générateur et l'élément essentiel du contrat que l'analyse économique ne saurait mésestimer, au risque de perdre la signification même du contrat (juridique).

Le troisième présupposé, qui découle logiquement du précédent, consiste à dire que le contrat est, en substance, une opération économique destinée à réaliser du profit[175]. C'est le sens de l'efficience économique du contrat selon le critère de Pareto[176]. Ce postulat, qui identifie le contrat au *bargain*, se situe dans le sillage de la common law qui met un accent particulier sur la *consideration* en matière contractuelle, considérant que les contrats à titre gratuit ne sont pas des contrats et ne méritent pas une présomption de force obligatoire que la contrepartie confère aux seuls contrats onéreux[177]. Or, le contrat n'est pas qu'une opération économique orientée par le seul appât du gain. Comme l'ont, en effet, démontré les travaux de Marcel Mauss et du Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales (MAUSS), le contrat fut, à l'origine, un acte de solidarité, d'entraide et de philanthropie sociale (théorie du don)[178], et ce n'est qu'avec la modernité qu'il est devenu peu à peu, dans un processus de déshumanisation et de « déphilantropisation »[179], un acte de commerce destiné à la réalisation du profit. La solidarité et la philanthropie participeraient même de l'essence sociale du contrat[180] (tout comme la volonté participe de l'essence juridique du contrat). Le contrat serait un garant et un vecteur de la solidarité et de la philanthropie dans la société. L'essence précède et prime l'existence. Le droit des contrats doit prendre en compte la fonction anthropologique et sociologique du contrat plutôt que de se

175. Ce postulat économiciste se retrouve sous la plume de certains juristes comme Guido Alpa pour qui « [L]e "contrat", — de quelque façon qu'on le définisse ou le conçoive — paraît être le "vêtement juridique" d'une opération économique » : Guido Alpa, « Les nouvelles frontières du droit des contrats » (1998) 50:4 RIDC 1015 à la p 1029.

176. Le « but du contrat est de réaliser un gain réciproque pour les deux parties […], un résultat gagnant-gagnant ou *win-win* » : Mackaay et Rousseau, *supra* note 73 au nº 1295.

177. Robert A Prentice, « Law & Gratuitous Promises » dans Gerrit De Geest, dir, *Encyclopedia of Law and Economics*, vol VI. *Contract Law and Economics*, 2e éd, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2011, 80.

178. Voir Marcel Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 2e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2012.

179. Voir dans ce sens, France Castres Saint-Martin-Drummond, « Le contrat comme instrument financier » dans Ardant, *supra* note 147, 661.

180. Voir Alain Caillé, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) » dans Jamin et Mazeaud, *supra* note 22, 27; André Bélanger, *Théorisations sur le droit des contrats. Propositions exploratoires*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2014 à la p 16.

limiter à sa seule fonction économique. Malgré le triomphe de la doctrine économique dans la postmodernité et au-delà de l'idéalisme du solidarisme contractuel, la philanthropie et la solidarité demeurent dans la sphère contractuelle par l'entremise des contrats à titre gratuit et même de certains contrats onéreux, à l'instar de l'assurance du fait d'une collectivisation des risques[181]. Le contrat peut donc être une opération tantôt économique tantôt philanthropique au gré de la volonté des parties. La théorie trop limitative du contrat en tant qu'échange (économique) céderait alors la place à une réalité beaucoup plus complexe du phénomène contractuel.

La théorie du contrat-échange des économistes recèle un autre présupposé trompeur sur la structure du contrat. Tout contrat, pensent-ils, opère, sur le plan formel ou structurel, un échange. C'est la figure traditionnelle du troc, de la *permutatio* ou du *do ut des*, *je te donne afin que tu me donnes*, en droit romain. Force est de constater que cette conception antique de la structure du contrat ne cadre plus avec l'ensemble des figures contractuelles, consacrées en droit civil moderne.

D'une part, sur le strict plan du droit positif et de manière évidente, le modèle du contrat-échange ne comprend que les contrats synallagmatiques, lesquels supposent un échange, un transfert bilatéral des valeurs, services ou prestations de la part des deux parties, c'est-à-dire des obligations réciproques. Il méconnaît, de ce point de vue, les contrats unilatéraux ou contrats non commutatifs qui ne reposent que sur l'engagement d'une seule partie à faire ou à ne pas faire quelque chose au profit de l'autre. L'hypothèse topique est celle des contrats à titre gratuit qui sont aux antipodes du contrat-échange en ce que leur structure économique ou opérationnelle demeure unilatérale. Des valeurs sont transférées (contrat de donation), des prestations ou services sont exécutés (contrat de bienfaisance ou de bénévolat), des engagements, abstentions ou renonciations sont souscrits (reconnaissance ou remise de dette), sans contrepartie au profit d'une seule partie. Bref, toute idée de permutation et de commutation est absente.

D'autre part, le modèle parcellaire du contrat-échange ne rend pas suffisamment compte des mutations structurelles du contrat. La doctrine juridique a ainsi dégagé, en plus du contrat-échange, une multitude de modèles explicatifs de la structure des opérations contractuelles contemporaines. Elle oppose diamétralement les

181. Voir André Bélanger et Joëlle Manekeng Tawali, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance » (2009) 50:1 C de D 37.

contrats-partage aux contrats-échange[182]. Le contrat-échange serait un jeu *compétitif* à somme nulle — *ce que l'une des parties gagne, l'autre partie le perd* — tandis que le contrat-partage serait un jeu *coopératif* à somme non nulle — *les deux parties gagnent et perdent en même temps* ou *ce que l'une gagne, l'autre ne le perd pas forcément*. Dans le contrat-échange, les intérêts des parties sont structurellement divergents et peuvent conjoncturellement converger, alors que dans le contrat-partage, les intérêts des parties sont structurellement convergents et peuvent conjoncturellement diverger. Si les contrats-échange sont régis foncièrement par le principe de permutation, dans l'hypothèse des contrats-partage, la permutation peut être présente dans la structure économique de l'opération contractuelle, sans pour autant constituer sa trame. Il en va ainsi du contrat-alliance, voire du contrat-coopération, catégories intermédiaires entre le contrat-échange et le contrat-partage. Le contrat-alliance[183] ou contrat relationnel crée une relation de confiance plus ou moins souple entre les parties (contrat de travail, de conseil, etc.). Le contrat-coopération[184] crée une relation partenariale plus formalisée et requiert une coopération renforcée entre les parties (contrat de franchise, d'édition, de concession, de mandat, de *commandite ou de parrainage*, de coopération inter-entreprise, de *coentreprise*, etc.). À l'extrémité se trouve le contrat-organisation, forme la plus finie du contrat-partage, qui vise à créer une personne morale, ou à en régir le fonctionnement; laquelle est « autonome » par rapport à ses membres contractants (association, coopérative, société commerciale, etc.), par la mise en commun de ressources humaines et matérielles en vue de la réalisation d'objectifs lucratifs ou non[185]. Dans chacune de ces espèces contractuelles, la figure du contrat-échange n'est qu'une pure vue de l'esprit de l'économiste. L'on voit bien que le paradigme du contrat-échange, modèle explicatif prédominant de l'analyse économique, ne cadre pas toujours avec les préceptes de la dogmatique juridique et, encore moins, avec la complexité sociale du phénomène contractuel dans un monde réel.

---

182. Voir François Chénedé, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Economica, 2008 aux n°s 123, 125, 179 et 296.

183. Jean-François Hamelin, *Le contrat-alliance*, Paris, Economica, 2012.

184. Suzanne Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Paris, Economica, 2012; Suzanne Lequette, « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération » (2012) 7 Revue de droit d'Assas 66.

185. Paul Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation » dans Ardant, *supra* note 147, 635. Voir aussi Patrice Hoang, *La protection des tiers face aux associations. Contribution à la notion de « contrat-organisation »*, Paris, Panthéon Assas, 2002 au n° 23.

Enfin, les économistes procèdent à une subdivision des types de contrats, similaire à la distinction juridique entre contrat-échange et contrat-partage, depuis les travaux précurseurs d'Oliver Williamson[186] et de Roderick Macneil[187]. Cependant, cette distinction demeure doublement fausse, en ce qu'elle est faite en partie sur la base du seul paradigme réducteur de l'échange et, en particulier, de la complétude et de l'incomplétude qui sont des hypothèses problématiques. La théorie économique distingue ainsi les échanges complets ou contrats transactionnels des échanges incomplets ou contrats relationnels. L'accent est mis, d'un côté, sur la transaction et, de l'autre, sur la relation que fait naître le contrat. Les échanges transactionnels ou contrats complets seraient caractérisés par leur simplicité et leur caractère ponctuel et, surtout, ils reposent sur la capacité des contractants à prévoir tous les éléments du contrat lors de sa formation, voire de son exécution, d'où la complétude. Il s'agit de ce que les juristes appellent les contrats à exécution instantanée. À l'inverse, les échanges relationnels ou contrats incomplets seraient caractérisés par leur long terme et leur complexité technique, rendant impossible la prévision de tous les éléments du contrat lors de sa formation et, encore plus, des contingences liées à l'exécution future des parties, d'où l'incomplétude, voire l'incertitude[188]. Il s'agit de ce que les juristes appellent les contrats à exécution successive. Cette distinction, à première vue éloquente, est fausse, car, juridiquement et empiriquement, tout contrat, qu'il soit à exécution instantanée ou à exécution successive, est, par essence, incomplet[189], et ce, pour au moins trois raisons en pratique et en théorie du droit. *Primo*, en raison des limites de son pouvoir, la volonté des parties ne se suffit pas, par elle-même, à créer et à sanctionner le contrat en dehors de toute intervention du système juridique, notamment en cas de litige[190]. Le contrat reste incomplet tant qu'il n'a pas encore reçu la validation du droit impératif, et ce, jusqu'à son exécution

186. Oliver Eaton Williamson, « Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations » (1979) 22:2 JL & Econ 233.

187. Ian Roderick Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry Into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980; Ian Roderick Macneil, « Whither Contracts? » (1969) 21:4 J Leg Educ 403.

188. Voir Nick van der Beek, « Long-Term Contracts and Relational Contracts » dans De Geest, *supra* note 177, 281.

189. Eric A Posner, « Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure? » (2003) 112 Yale LJ 829 à la p 833.

190. Évelyne Serverin, « Propos croisés entre droit et économie sur la place de l'incertitude et de la confiance dans le contrat » (1996) 38:4 Sociologie du travail 607 à la p 610.

définitive. Même si, en se départant de cet argument positiviste, on accordait à la volonté des parties un tel pouvoir d'autocréation et d'autosanction, son impuissance à tout prévoir, lors de l'échange de volontés, demeurerait. Les parties ne sont ni omniscientes ni infaillibles. Du fait de leur *rationalité limitée* (*bounded rationality*), elles ne peuvent prévoir tous les « états du monde » et ne sont jamais à l'abri d'une erreur d'appréciation qui modifiera rétroactivement le contenu du contrat. Même lorsque le contrat s'exécute instantanément lors de sa formation ou lorsque sa bonne exécution prend fin, sa complétude provisoire reste suspendue à l'incertitude de la survenance d'un fait nouveau dans l'avenir qui pourrait engager la responsabilité de l'une des parties du fait, par exemple, du non-respect de l'obligation de bonne foi ou encore de l'obligation de garantie. Il en va de même des obligations de non-concurrence, de confidentialité ou de celles liées aux clauses de différend, etc., qui continuent à être valides même après la fin du contrat et dont la portée ou le contenu obligationnel ne s'apprécie, en dernier ressort, que par le juge qui, lui-même, ne dispose pas d'une information complète sur le contrat. *Secundo*, en plus de l'impossibilité empirique de prévoir tous les éléments du contrat et de son exécution, notamment les obligations implicites (obligations de sécurité, d'information, de conseil, d'assistance, etc.), les clauses du contrat, à l'instar de toute norme juridique ou encore de tout énoncé linguistique, sont, par essence, indéterminées, du fait même de l'indétermination et de l'imperfection du langage, de sorte que le contenu sémantique et obligationnel définitif du contrat reste suspendu aux aléas de l'interprétation, à l'incertitude de l'exécution, des « accidents de parcours », de l'imprévision, de l'avenir ou, en dernier ressort, de l'intervention du législateur en cas de réforme ou encore du juge qui, seul, le déterminera en cas de litige. La minoration ou l'amplification du contenu obligationnel par le juge montre que le contrat reste incomplet jusqu'au jour de l'intervention du tribunal. *Tertio*, s'agissant des contrats consensuels, ponctuels ou à longue durée, l'incomplétude de leur contenu est accentuée, en cas de litige, par la potentielle insaisissabilité de la volonté des parties. En l'absence d'un écrit probatoire, les intentions des parties peuvent, en effet, varier et diverger, consciemment ou inconsciemment, selon leur bonne ou leur mauvaise foi (*aléa moral*, opportunisme). L'hypothèse de la théorie économique qui distingue les contrats complets des contrats incomplets est donc erronée ou, du moins, recèle des limites[191]; cette distinction, en réalité, factice,

191. *Ibid* à la p 613.

les conduit de façon discriminatoire à privilégier, en théorie, une analyse des contrats dits incomplets. Tout contrat est toujours incomplet et incertain à cause, d'une part, de l'*hétéronomie juridique* des parties et du juge, ainsi que de leur *rationalité limitée*, et, d'autre part, de l'*incomplétude* et de l'*asymétrie de l'information* des différents acteurs. En définitive, l'incomplétude perpétuelle du contrat est ainsi liée à quatre principaux facteurs bien connus des économistes : l'opportunisme, la rationalité limitée des acteurs, l'asymétrie d'information et les défaillances institutionnelles. « [L]es obligations des parties ne sont pas analysables sous le prisme d'un algorithme informatique »[192].

Somme toute, « [l]'analyse économique du droit reste largement une discipline à construire dans une perspective véritablement scientifique avec une préoccupation majeure, l'adéquation au réel, démarche indispensable au débat rationalisé »[193]. Nombre d'économistes savent que « l'économie n'est pas une science »[194]. Le droit en interne est déjà en crise et les juristes, partisans de l'AED, doivent se garder de se trouver « piégés par la vieille ambition des économistes depuis Walras de développer une théorie scientifique de l'économie », laquelle a d'ailleurs entraîné l'économie et le monde dans une profonde crise[195], au risque de replonger le droit dans une double crise perpétuelle. L'inachèvement, voire l'échec du projet scientifique walrassien, trouvait justement sa cause dans le défi considérable de concilier les notions de *justice* et d'*intérêt* dans une architecture rationnelle d'une science économique de l'échange et de la répartition-redistribution des richesses[196]. Néanmoins, les conformistes politiquement corrects peuvent toujours rétorquer, non sans raison, que l'économie ou ce qu'il conviendrait d'appeler les « sciences économiques » ne sont pas les seules sciences qui recourent à la *simplification de la réalité* comme *modus operandi*, afin de mieux la comprendre. Cependant, ce serait perdre de vue que le questionnement épistémologique de l'AED, au-delà du problème éthique concernant ce qu'est l'*idéal de justice dans une société humaine*, est surtout de l'*ordre du degré de sursimplification déshumanisante de la*

192. Kirat, « Allocation des risques », *supra* note 171 à la p 40.

193. Bernard, *supra* note 25 au para 1.

194. François Bourguignon, « L'économie n'est pas une science » (2012) 55:3 L'économie politique 7 à la p 7.

195. Alan Kirman, « La théorie économique dans la crise » (2012) 63:3 Revue écon 421 à la p 434.

196. Jean Weiller et Bruno Carrier, *L'économie non conformiste en France au 20e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 1994 à la p 31. Voir aussi Hakim Ben Hammouda, « L'hétérodoxie en économie politique : de l'alternative au modèle walrassien à la synthèse avec le néoclassicisme méthodologique » (1996) 21:4 Afrique et développement 23.

réalité juridique et, en fin de compte, de l'*inadéquation même des outils économiques à la réalité sociale du droit*, on ne peut plus complexe, qui s'en trouve instrumentalisée, dénaturée et pervertie.

CONCLUSION

L'humanisme est consubstantiel au droit et la dérive de la contemporanéité voudrait lui substituer le paradigme de l'économisme. La crise du droit postmoderne provient du fait qu'il n'est pas enchâssé dans un nouveau projet de civilisation comme l'était le droit moderne dans le progrès social. Ce nouveau projet de re-civilisation du droit doit être *radical*, au sens étymologique du terme, c'est-à-dire en opérant un retour aux sources, à la racine et à l'essence même du droit : *la juste part pour chaque citoyen*. Il doit s'inscrire dans l'*agenda* — au sens latin d'*agendus de agere*, c'est-à-dire de *ce qui doit être fait* — du droit civil; lequel mériterait enfin son nom, dans un élan de ce que l'on a pu appeler le « civilisme », mouvement de pensée postmoderne, issu d'une reconversion du postsocialisme et d'un dépassement de l'économisme capitaliste[197], qui replace l'humain ou le citoyen, du latin *civis*, au fondement de la civilisation et du droit. Le droit civil redeviendrait le droit des citoyens et non le droit des citoyens aujourd'hui convertis en biens. Il ne saurait être un droit du *capital humain*[198], en vertu duquel « le sujet [de droit] lui-même s'y pense comme un objet, [et] l'être [humain] y est pensé comme un avoir »[199], et, encore moins, un droit des « marchandises humaines » pour reprendre l'expression de Voltaire qui, déjà à l'époque des Lumières, dénonçait cette économie inhumaine — ou trop humaine?!? — qui obsède l'esprit des nations pourtant dites civilisées[200]. Les partisans de l'AED diront, certes, que celle-ci s'inscrit dans le progrès économique, mais ce dernier, faute d'être un véritable projet de civilisation, implique que le droit demeure encadré par certaines valeurs fondamentales de la société, telles que la justice, la solidarité, la liberté, etc. L'objet de la présente étude n'est point de déconstruire

---

197. Vladimir S Nersesjanc, « La continuation de l'Histoire : du socialisme au civilisme » (1996) 19:1 Hermès, La Revue 51.

198. Gary S Becker, *Human Capital. A Theoretical and Empirical Analysis with Special Reference to Education*, New York, Columbia University Press, 1964.

199. « [L]'on peut dire qu'avec l'idée de capital humain la réification atteint son apogée. Le sujet lui-même s'y pense comme un objet, l'être y est pensé comme un avoir » : Édouard Poulain, « Le capital humain, d'une conception substantielle à un modèle représentationnel » (2001) 52:1 Rev écon 91 à la p 109.

200. Voltaire, *Essai sur les mœurs et l'esprit des nations*, t 3, Genève, Cramer, 1756, c LCII.

le *success-story* que semble connaître l'AED en doctrine à notre époque, mais de révéler certaines de ses fissures épistémologiques trop souvent passées sous silence par la doctrine majoritaire. D'aucuns diront que l'AED se porte bien, car elle fonde régulièrement le discours des juristes dans les systèmes anglo-saxons et perce désormais dans les pays de droit civil, comme en témoignent le sophisme ou le tapage économique du législateur français à l'occasion de sa récente réforme du droit commun du contrat[201]. Si, pour l'économiste, le droit est plus idéologique que scientifique, pour le juriste, l'économie est tout aussi idéologique et ascientifique que le droit. S'agissant de l'étude des phénomènes avant tout humains et sociaux, aussi volatiles que versatiles, toute idée même de scientificité s'avère vaine. Il n'est donc pas surprenant de voir des économistes passés maîtres dans l'art d'une « économie hors société », multiplier les théories qui, le plus souvent, s'appliquent à des êtres ou situations plus imaginaires que réels : *main invisible*, *dilemme du prisonnier, dilemme du prince, passager clandestin, Robinson Crusoé sur son île, théorie des jeux, poêle à charbon, concours de beauté, boucle d'or, cygne noir*, etc. En réalité, force est de constater que ces modèles ou théories économiques ne sont rien d'autre que de la *rhétorique*, c'est-à-dire des *métaphores conceptuelles*[202] qui offrent très souvent, par le *jeu de l'interprétation*, *une illusion de la réalité*[203] par son *excessive simplification*[204]. Le droit — lieu commun de métaphores[205] et de *fictions* — n'a, sur ce plan, aucune leçon de *réalisme* à

---

201. Frédéric Rouvière, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats » (2016) 3 Revue des contrats 600.

202. Voir Sally Wyatt, « Danger! Metaphors at Work in Economics, Geophysiology, and the Internet » (2004) 29:2 Science, Technology & Human Values 242; Donald N Maccloskey, « Metaphors Economists Live By » (1995) 62:2 The Power of Metaphor 215.

203. Voir Guy Le Gaufey, « Certitude et fantasme : limites de la métaphore », Journées de l'École freudienne de Paris, 28 septembre 1979, en ligne : <www.legaufey.fr/Textes/Attention_files/19.rtf>.

204. Emanuel Derman, « Metaphors, Models and Theories », C*onversation : Culture, Edge*, en ligne : <www.edge.org/conversation/metaphors-models-amp-theories> :

> *Theories deal with the world on its own terms, absolutely. Models are metaphors, relative descriptions of the object of their attention that compare it to something similar already better understood via theories. Models are reductions in dimensionality that always simplify and sweep dirt under the rug. Theories tell you what something is. Models tell you merely what something is partially like.*

205. Finn Makela, « Metaphors and Models in Legal Theory » (2011) 52:3-4 C de D 397; Gérard Timsit, « La métaphore dans le discours juridique » (2000) 38:117 RESS 83, en ligne : <https://journals.openedition.org/ress/712>; Gérard Timsit, « L'ordre juridique comme une métaphore » (2001) 1:33 Droits 3; Marie-Claude Prémont, *Tropisme du droit, logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Liber-Thémis, 2003.

recevoir de l'économie. Si l'on convient, en épistémologie des sciences, que toutes les théories scientifiques sont des métaphores de la réalité[206], la scientificité d'une théorie se mesure non pas à l'aune de sa capacité à réduire la réalité, mais bien de son adéquation à celle-ci; sinon le droit revendiquerait lui-même le titre de science. Si les sciences sociales sont, en particulier, un terreau fertile en métaphores, c'est bien parce que la métaphore est une *ruse de la raison*[207] par le *pouvoir du langage*[208]. La métaphore ne se contente jamais de *décrire la réalité* parce que trop complexe, mais la *recrée* par le jeu de la *fiction-diction*[209]. *Métaphoriquement*, le droit ou l'économie dit *rhétoriquement* la réalité non *telle qu'elle est*, mais *comme si elle était* et *comme elle devrait être*[210]. Par la métaphore, le discours ne décrit pas la réalité, mais la recrée et, ce faisant, devient la réalité. La métaphore ou la théorie en tant qu'outil mental se trouve ainsi détournée de sa fonction d'explication de la réalité pour devenir un instrument de recréation et de manipulation de la réalité. C'est dans ce *moment métaphorique* que réside l'obstacle épistémologique de la connaissance des phénomènes sociaux par les théories juridiques et économiques. Pour tout dire, le droit, l'économie et, *a fortiori*, leur rejeton, l'économie du droit sont des idéologies, et non des sciences. Ils sont le produit d'une « imagination sociale et

---

206. Max Black, *Models and Metaphors: Studies in Language and Philosophy*, Ithaca, Cornell University Press, 1962; Barbara M H Strang, *Metaphors and Models*, Newcastle, University of Newcastle upon Tyne, 1965.

207. Yves Jeanneret, « Le choc des mots : pensée métaphorique et vulgarisation scientifique » (1992) 93 Communication et langages 99 aux pp 106–07 :

> [L]'analogie contraint le lecteur à admettre la possibilité d'un fait. La métaphore permet ici une sorte de ruse de la raison. C'est de bonne guerre : l'image sensible combat le témoignage des sens et les préventions de l'imagination […] elle nous prépare à admettre ce que l'évidence paraît tout d'abord nier, la nécessité d'aller au-delà des apparences.

208. À ce titre, le contraste entre la réalité et la fiction se produit dans le jeu du langage. Voir Friedrich Nietzsche, *Vérité et mensonge au sens extra-moral*, Paris, Gallimard, 2009.

209. Marie-Jeanne Borel, « Métaphores et analogies dans le discours des sciences de l'homme et de la société » (2000) 38:117 RESS 5 au nº 6, en ligne : <https://journals.openedition.org/ress/704>.

210. Ce constat, vrai en droit pour le théoricien du droit, l'est tout autant en économie, comme l'a démontré une récente étude de l'économiste Ianik Marcil. Le remplacement de la réalité par la fiction des métaphores sur fond d'idéologie se justifie, notamment, par la dimension prescriptive ou normative des discours du droit et de l'économie, voire leur obsession congénitale à orienter les conduites humaines. Voir Ianik Marcil, *Les passagers clandestins : métaphores et trompe-l'œil dans l'économie*, Montréal, Somme toute, 2016; René Lemieux, « Réflexions sur les métaphores de l'économie », Observatoire du discours financier en traduction, 20 juillet 2016; René Lemieux, « Réflexions sur les métaphores économiques : le réel derrière l'interprétation », Observatoire du discours financier en traduction, 21 juillet 2016, en ligne : <odft.nt2.ca/blogue/réflexions-sur-les-métaphores-économiques-1-une-lecture-de-ianik-marcil>.

culturelle »[211], au sens où l'entendait Paul Ricœur, à la suite du sociologue de la connaissance, Karl Mannheim[212], c'est-à-dire des *idéologies* et des *utopies*, par opposition à la *science* et à la *réalité*[213]. De ce point de vue, en tant que juristes, nous pensons, et peut-être idéologiquement, pourrait-on nous le reprocher, que le droit est idéologiquement plus proche de la réalité que l'économie[214]. Le substrat idéologique et utopique de l'AED se caractérise notoirement par la volonté d'une dérégulation de la société et d'instauration d'un monde sans droit, régi par la *main invisible* d'Adam Smith[215], c'est-à-dire par l'économie de marché comme seule norme autorégulatrice de l'ordre social et mondial, un monde où l'*homo œconomicus*, rationnel et individualiste, animé par l'instinct de son seul profit, va dicter la loi du marché, loi du plus fort, au plus faible laissé sans défense par l'État de non-droit, prôné par les économistes :

> [l]'idéal-type du contrat selon l'économiste ne prévoit au mieux pour le droit qu'un rôle subsidiaire […]. La position de l'économiste sur le contrat repose sur la construction d'un monde de référence où le droit est inutile […]. L'analyse économique du droit (des contrats) est une bâtisse imposante dont les fondations, sinon les étages supérieurs, reposent sur le rêve, par les économistes, d'un monde sans droit[216].

En attendant que cette utopie devienne réalité, d'aucuns préconisent un droit *minimal* des contrats comme remède à la mort annoncée du droit contemporain des contrats, jugé pathologiquement inflationniste :

---

211. Paul Ricœur, « L'idéologie et l'utopie : deux expressions de l'imaginaire social » (1984) 2 Autres temps. Les cahiers du christianisme social 53 à la p 63. Il y a toujours une corrélation entre idéologie et utopie. Cela dit, il peut y avoir une tension et une complémentarité entre celles-ci.

212. Karl Mannheim, *Idéologie et utopie, une introduction à la sociologie de la connaissance*, Chicoutimi, J-M Tremblay, 2003. Voir aussi François Joseph Picavet, *Les idéologues. Essai sur l'histoire des idées et des théories scientifiques, philosophiques, religieuses*, New York, Burt Franklin, 1971 aux ch 1 et 6.

213. Paul Ricœur, *Lectures on Ideology and Utopia*, New York, Columbia University Press, 1986; Ricœur, *L'idéologie et l'utopie*, *supra* note 12.

214. À la différence du discours de l'économie ou, du moins, plus que le discours de l'économie, le discours du droit a la *puissance* de transformer par lui-même la réalité par la voie de la *contrainte*. En ce qu'il agit sur la réalité par la contrainte et réalise parfois lui-même ce qu'il énonce, le discours du droit est plus performatif que celui de l'économie qui prétend seulement à la performativité. Par cette *force agissante et contraignante*, l'idéologie du droit se rapproche de la réalité plus que celle de l'économie.

215. Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of Wealth of Nation*, Livre 4, Londres (R-U), W Strahan and T Cadell, 1776, ch 2 au para 9.

216. Favereau, *supra* note 28 au n° 56.

> *While Gilmore was wrong in predicting that the bargain theory was dying, his instinct that something was amiss was quite prescient. But it is contract law rather than contract itself that is in severe peril. My project is to trace the causes of the decline in contract law and suggest some possible cures for what may otherwise prove to be a fatal disease. My claim, in brief, is that contract law is dying from hubris, from the belief that more contract law is always better than less. A significant effect of this expansion of liability has been a measurable increase in the costs of enforcing contracts. Ignored in this development is the fact that contract law regulates a consensual activity. This means that the parties to contractual agreements have a choice between legally enforceable contracts regulated by the State and other alternatives. The peril that public contract law faces is that many contracting parties have chosen to exit the public system of legal enforcement in favour of less costly alternatives over which they have more control. The result is that the law of contract is suffering from stagnation and, even more embarrassingly, from irrelevance. I conclude that contract law can be revived, but only if courts and legislators come to see that, in fact, less contract law is better than more*[217].

Au demeurant, plutôt que de constater une percée de la doctrine de l'AED, il faut relativiser sa portée dans la pratique sociale du droit même dans les systèmes anglo-saxons où elle a vu le jour[218]. L'échec même d'une analyse économique du droit des contrats n'est pas à exclure. Ainsi que le constatait Eric Posner, à la suite d'une vaste étude relevant les limites méthodologiques et empiriques des outils économiques en common law :

> *[E]conomic analysis has failed to produce an "economic theory" of contract law, and does not seem likely to be able to do so. By this, I mean that the economic approach does not explain the current system of contract law, nor does it provide a solid basis for criticizing and reforming contract law. This is not to say that the economic approach has not produced any wisdom, but that the nature of its accomplishment turns out to be subtle and will become clear only after an extended discussion*[219].

En attendant ce grand débat contradictoire sur l'AED, il est fréquent aujourd'hui de constater à quel point ses partisans, pourtant en quête

---

217. Robert E Scott, « The Death of Contract Law » (2004) 54:4 UTLJ 369 à la p 370.
218. Brousseau, « La sanction », *supra* note 138 à la p 43.
219. Posner, *supra* note 189 à la p 830.

d'une légitimité doctrinale, se trompent quant à la bonne question à se poser au sujet du droit, en agissant à l'encontre de leur meilleur jugement. À la question : « comment rendre le droit efficace ? », il faudrait substituer la question : « comment rendre le droit plus juste ? ». Un droit efficace serait de ce point de vue un droit juste. C'est déjà à cet avenir du droit que souscrivait Maurice Tancelin en préconisant le changement du nom de baptême de l'AED en *analyse sociale du droit* (ASD)[220] et, bien avant lui, la *sociologie économique* qui, par l'entremise de sa proposition de *repenser ensemble l'économie et la société*, s'offre comme une solution de rechange à la crise contemporaine de l'économie politique[221]. Il concluait que :

> [l]'interdisciplinarité est aux antipodes de l'impérialisme [...]. La véritable interdisciplinarité suppose le respect mutuel de disciplines qui ne se prennent pas pour d'autres. Le droit paye peut-être aujourd'hui pour sa superbe d'hier. Demain, l'économie paiera pour les excès de l'économisme contemporain[222].

Pour reprendre l'une des anecdotes paradoxales des économistes, l'AED montre que le juriste et l'économiste se trouvent aujourd'hui dans un véritable *dilemme classique du prisonnier*. S'ils *coopèrent*, la connaissance du phénomène juridique s'en trouvera incommensurablement enrichie.

Ironie du sort, il semble qu'en l'état actuel, chacun ait plutôt choisi de dénoncer l'autre en espérant *illusoirement* s'en tirer à bon compte. Il appartient toutefois au législateur de choisir entre un droit des contrats qui prend en considération l'efficacité économique et selon lequel chaque disposition est une loi du marché, et un droit des contrats qui prend en considération l'individu et la société[223], en vertu duquel chaque disposition est une loi du juste. Ainsi, au-delà de l'efficacité économique, le droit peut poursuivre l'efficacité sociale (objectif de développement durable axé sur la justice sociale, redistribution des richesses et réduction des inégalités, qui privilégie la prise en compte des intérêts de certaines catégories sociales vulnérables, telles que les personnes démunies, en chômage, du troisième âge, handicapées, les

---

220. Maurice Tancelin, *Le droit malade de l'argent*, Essai, Montréal, BouquinPlus, 2013 à la p 137.

221. Jean-Louis Laville et Benoît Lévesque, « Coup de sonde. Penser ensemble l'économie et la société : la sociologie économique » (2000) 264:6 Esprit 207.

222. Tancelin, *supra* note 220 à la p 73.

223. Luc Grynbaum, « Le développement de l'analyse économique du droit : vers un "néo-positivisme" ? » (2005) 4 Revue des contrats 1268.

consommateurs, les salariés, les femmes, les enfants, etc.)[224]. Il va sans dire que le droit et l'économie doivent être au service des humains et de la société, et non l'inverse. L'histoire tragique du monde moderne à son crépuscule nous révèle que la montée des inégalités sociales, notamment patrimoniales, est une bombe à retardement sans commune mesure. Les plus grandes crises de l'humanité trouvent leurs sources les plus insoupçonnées dans les inégalités sociales et les injustices du droit et de l'économie. Le plus grand défi posé à l'humanité en ce début du XXIe siècle consiste en la résorption de ces inégalités patrimoniales, devenues le terreau de la mondialisation économique et du capitalisme mercantile[225]. Mais comment y arriver quand le droit des contrats, art du juste, se met au service des plus forts? À voir l'avilissement social ou l'asservissement économique du droit postmoderne, l'on dirait que les gourous de ce monde n'ont pas suffisamment compris la leçon des deux grandes guerres : « sans justice sociale, il n'y a ni paix ni développement durable »[226]. Quand on sait que le contrat est le principal instrument d'accumulation de la richesse par les plus riches, d'un côté, et, de l'autre, d'appauvrissement des masses, avec une plus grande justice contractuelle, il va sans dire que l'on parviendra à une plus grande justice sociale. Au lieu de laisser se perpétuer le drame de la *main invisible*, le droit des contrats doit être cette *main visible*, cette *Equalizing Hand* au service de la réduction des inégalités

224. Il en va ainsi du nouveau droit européen des marchés publics où l'attribution dans la phase précontractuelle ne se fait plus limitativement sur la base des critères du prix ou du « plus offrant économique », mais du « mieux disant social ou environnemental ». On pourrait parler à juste titre d'une reconversion paradigmatique de l'« économie capitaliste » en « économie sociale », voire de l'analyse économique en analyse sociale du contrat public où le droit public des contrats se met enfin au service de l'individu et de la société (développement durable) et non du capital et de l'économie (développement économique). Voir dans ce sens Patrice Reis, *Concurrence entravée et concurrence excessive : liberté d'accès au marché et le développement durable*, Thèse HDR, Université Nice Sophia Antipolis, 2008 à la p 26.

225. Voir Facundo Alvaredo et al, *Rapport sur les inégalités mondiales*, Paris, Seuil, 2018; Anthony B Atkinson, *Inégalités*, Paris, Seuil, 2016; Thomas Piketty, *Les hauts revenus en France au XXe siècle : inégalités et redistributions (1901–1998)*, Paris, Bernard Grasset, 2016; Thomas Piketty, *Le capital au XXIe siècle*, Paris, Seuil, 2013. Contrairement à ces économistes pour qui la fiscalité, notamment l'impôt progressif, peut permettre de résorber les inégalités patrimoniales, nous pensons que la solution se trouve à l'origine même du mal. Puisque le contrat est l'instrument d'accumulation des richesses, c'est par une meilleure justice contractuelle que l'on parviendra à une meilleure redistribution des richesses. *Que de couper la tête ou la queue du mal, il vaut mieux tuer le mal dans l'œuf.*

226. Voir Préambule de la Constitution de l'OIT de 1919 : « Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale ».

patrimoniales et de la redistribution des richesses[227]. Le droit des contrats — notamment des *contrats de travail et de consommation* puisqu'ils cristallisent à eux seuls le creusement des injustices et inégalités patrimoniales — peut réussir là où le droit fiscal et l'impôt progressif ont longtemps échoué. Puisque ce sont toujours les grands patrons détenteurs des moyens de production qui se surenrichissent sur le marché du travail et de la consommation au détriment de la masse ouvrière à premier chef productrice et consommatrice, cette *justice sociale contractuelle* passerait notamment par une augmentation des salaires proportionnelle à une diminution des prix à la consommation, à une échelle globale et mondiale de sorte qu'un minimum d'équilibre imparfait puisse être atteint dans la durée. Notre proposition analytique autour du duopole contrat de travail-contrat de consommation n'est jusqu'ici qu'une *utopie réflexive* et non exhaustive. « Aussi avons-nous besoin de l'utopie pour mener la critique de l'idéologie »[228] économique en droit. Et nous ne sommes d'ailleurs pas les seuls utopistes à penser qu'une meilleure justice sociale est possible par la justice contractuelle[229].

---

227. Voir Deborah Boucoyannis, « The Equalizing Hand: Why Adam Smith Thought the Market Should Produce Wealth Without Steep Inequality » (2013) 11:4 Perspectives on Politics 1051.

228. Myriam Revault D'Allones, « Avant-propos à l'édition française » dans Ricœur, *L'idéologie et l'utopie*, *supra* note 12 à la p 16.

229. Nous ne faisons que suivre le filon de cette grande utopie réflexive partagée avec Emmanuel Voyiakis :

> *I have argued that the view that contract law should do social justice deserves closer and more charitable attention than it has been given in theoretical debates. In particular, I have tried to show that much of the resistance to that view is due to misunderstandings about (1) the nature of social justice and the interests it protects, (2) the kind of impact that contract law can make on the social structure and the demands that this would involve for individual transacting agents, and (3) the relation between structure-sensitive and structure-insensitive principles for the enforcement of voluntary transactions. Once these misunderstandings are dealt with, taking contract law to aim for social justice seems a no less plausible or attractive a view than most other grand normative theories of contract. The unfortunate convention of referring to the idea that motivates the view I am recommending as "distributive justice" has not helped to win it many fans. The subject matter of the kind of justice here involved is not distribution — all principles distribute burdens and benefits in one way or another — but the basic structure of society and it is the relationship between contract law and the social structure that analysis should focus on. Against that background, the objection that contract law is badly placed to make a structural impact fails to see that, by controlling the enforceability of voluntary transactions, contract law is an essential part of a structure that, first, makes it necessary for agents to enter into certain transactional roles — typically those of a business/consumer and employer/employee — in order to secure their well-being and, second, creates great disparities of bargaining power between the classes of agents that transact with each other under that structure.*

Voyiakis, « Contract Law », *supra* note 128 aux pp 413–14.

Il s'agit d'une piste exploratoire dont une synergie entre juristes et économistes pourrait être bien fructueuse à condition d'accepter et d'assumer que le droit et l'économie ne sont pas des sciences, mais bien des *idéologies utopiques*, c'est-à-dire des produits de l'imagination culturelle et sociale ambitieuse de proposer *une autre société* en remplacement de notre société postmoderne en crise[230], et non pas des produits d'une légitimation de la domination de l'humain par l'humain et encore moins de l'humain par le capital. De ce point de vue, le contrat en tant qu'instrument d'accumulation, de circulation et de répartition des richesses au sein du grand *marché de la société* a une puissante fonction juridico-socio-économico-politique dont se méprendrait quiconque la sous-estime.

230. Voir Ricœur, *L'idéologie et l'utopie*, *supra* note 12 aux pp 56 et 61.