

Le contrat à long terme entre firmes, un contrat relationnel exemplaire ?

Catherine DELFORGE

Professeure à l'Université Saint-Louis – Bruxelles (USL-B)

Résumé

Malgré son omniprésence dans la pratique, le contrat à long terme ne jouit pas d'une appellation légalement consacrée tout comme il s'intègre difficilement au sein des classifications doctrinales que connaît notre théorie générale des obligations conventionnelles. Par ailleurs, si tout praticien perçoit intuitivement certaines particularités ou problématiques issues de sa confrontation au régime classique des contrats, nul n'a, en Belgique, procédé à une analyse systématique de ses caractéristiques ni proposé une explication de leur raison d'être. Il s'ensuit que le juriste réduit souvent ce contrat à un contrat dont l'exécution est continue ou successive. S'inspirer de la théorie relationnelle de Macneil permet de porter l'attention sur une composante peu mise en exergue mais qui est pourtant inséparable de ce « temps long » : la relation qui se noue ou se renforce entre les parties. Après avoir présenté le cadre de l'œuvre de Macneil, l'auteure met l'accent sur certains traits qui lui paraissent effectivement contribuer à une meilleure compréhension des spécificités de ces structures contractuelles particulières dès lors que la relation qui leur est sous-jacente est prise en considération.

Confronté à certaines structures contractuelles issues de la pratique, l'archétype du contrat que véhicule le Code civil peut paraître simplifié, voire simpliste, ce malgré l'étirement prétorien dont font l'objet certains de ses concepts et principes. Ne peut-on pourtant légitimement attendre que le régime général des obligations conventionnelles dispose de l'amplitude suffisante pour embrasser, par sa généralité, toute la variété des échanges que connaît « le monde réel » ?

Le prisme original des contrats à long terme laisse tout naturellement percevoir un trouble de cet ordre. Cette catégorie particulière de contrats, que notre droit se garde de nommer¹ et n'accueille de façon satisfaisante au

¹ Comme tout autre, le contrat à long terme serait ainsi à même de se fondre dans les moules traditionnels. Après tout, le contrat juridique ne se décline pas au pluriel et voit sa fonction réduite à « une manière d'acquérir la propriété » (Intitulé du Livre III du Code civil, où est déposé le Titre III régissant les « contrats ou [l]es obligations conventionnelles en général »), étant, comme tout autre ni plus ni moins qu'une « convention par laquelle une ou plusieurs

sein d'aucune de ses classifications², impose de reconnaître l'importance d'une dimension que la technique juridique est naturellement plus rétive à appréhender : celle d'une relation interpersonnelle entre des partenaires significativement présents l'un pour l'autre³, relation que le contrat-*instrumentum* institue et crédibilise aux yeux de ses auteurs et de l'ordre juridique, tout en ne pouvant s'y réduire. C'est que, pour ce qui concerne les contrats à long terme, ce *temps qui dure*, et s'ouvre sur un futur non encore expérimenté, ne constitue pas une donnée contingente extérieure, mais, au contraire, organique de telles relations contractuelles, il épaissit nécessairement de façon éloquente ce qui se « joue » entre ses acteurs : détachés de leur statut de créancier(s) et débiteur(s), ils deviennent aussi, et surtout, des partenaires dont la présence et l'implication sont désormais indissociables de la réussite de leur projet.

À bien y réfléchir, le constat étonne finalement peu. Le contrat-acte juridique ne constitue guère davantage qu'une traduction, nécessairement réductrice, d'un phénomène humain et social naturellement plus complexe et dont le droit ne dépeint que l'une des facettes susceptibles d'être activées, selon une logique assurancielles et coercitive. Dès que l'on se dégage d'une lecture en termes de juridicité, d'obligatorité et de sanction étatique, émerge nécessairement une réalité dont le droit n'appréhende que certains aspects. Une ouverture interdisciplinaire s'impose alors et devient même nécessité lorsque l'on émet l'hypothèse, qui est la nôtre, que la principale spécificité des contrats à long terme réside précisément dans leur moindre étanchéité à la relation qu'ils consacrent et qui les nourrit. Il est un contrat relationnel exemplaire pourrait-on dire en reprenant la terminologie de Ian R. Macneil⁴⁻⁵.

personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » (article 1101 du Code civil).

² Voy. à ce propos C. DELFORGE, « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat ... », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. Delforge (coord.), Coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 7-8, n° 1.

³ Selon la formulation retenue par G. ROCHER, « Relations sociales, institutions et droit privé : Perspectives sociologiques », in *Sources et instruments de justice en droit privé*, N. Kasirer et P. Noreau (dir.), Montréal, Éd. Thémis, 2002, p. 4.

⁴ Dans le même sens, G. GOTTLIEB, « Relationism : Legal theory for a Relational Society », *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, p. 569; K.A. PALZER, « Relational Contract theory and Sovereign Debt », *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 1988, vol. 8, p. 731; J.P. ESSER, « Institutionalizing Industry : The Changing Forms of Contracts », *Law & Social Inquiry*, 1996, vol. 21, p. 596.

⁵ Soulignons d'emblée que les notions de contrat relationnel et contrat à long terme ne sont pas parfaitement interchangeables. Macneil précise d'ailleurs que le critère de l'ouverture vers le futur ne peut être l'unique critère de qualification, la dimension personnelle devant également être appréciée (« Restatement (Second) of Contracts and Presentation », *Va. L. Rev.*, 1974, vol. 60, p. 595; voy. aussi J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *R.D.C., Colloque « durées et contrat »*, 2004/1, p. 60). Il se conçoit ainsi, par ex., qu'un contrat

Qu'entend-on ici ? Beaucoup de choses si l'on en croit la plume vivace de cet auteur décédé en 2010, qui a consacré une part importante de sa carrière à exposer, affiner et défendre sa théorie relationnelle⁶. Nous ne prétendons pas en saisir ici la pleine richesse, et complexité concédons-le aussi. Nous présenterons néanmoins brièvement quelques éléments importants de son œuvre (1) et nous arrêterons, ensuite, sur trois enseignements qu'elle nous paraît apporter à la compréhension des contrats à long terme entre firmes (2). Que l'on ne s'y trompe toutefois pas. À travers ces écrits et le prisme particulier que nous retiendrons ici, c'est bien toute la théorie générale des obligations conventionnelles qui est convoquée et le regard de chaque juriste qui l'applique ou l'enseigne. L'œuvre de Macneil s'inscrit, en effet, dans un cadre bien plus large, celui d'un plaidoyer en faveur de la reconnaissance de la relation dont le contrat-*instrumentum* n'est souvent que l'un des supports visibles, telle la partie émergée d'un iceberg.

de crédit à long terme ou un contrat de bail (ou un contrat d'abonnement, pour reprendre l'exemple donné par C. Boimain dans sa contribution introductive) puisse présenter une dynamique d'exécution plus proche du contrat-échange (transaction discrète selon la terminologie de Macneil) que du contrat relationnel. Ainsi, si la plupart des contrats à long terme sont effectivement des contrats relationnels, ils ne le sont pas tous. Inversement, certains contrats à court terme ou d'exécution dite instantanée peuvent revêtir une telle qualification (comme cela est généralement le cas des contrats de travail ou des ventes s'inscrivant dans un courant d'échanges).

⁶ « The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, pp. 691 à 816 ; « A Primer of Contract Planning », *S. Cal. L. Rev.*, 1975, 48, pp. 627 à 704 ; « Contract : Adjustment of Long-Term Relations Under Classical, Neo-Classical and Relational Contract Law », *Nw. L. R.*, 1978, vol. 72, pp. 854 à 906 ; « Power, Contract, and the Economic model », *Journal of Economic Issues*, 1980, vol. XIV, pp. 916 et s. ; « Economic Analysis of Contractual Relations : Its shortfalls and the Need for a " Rich Classificatory Apparatus " », *Nw.L.R.*, 1981, vol. 75, pp. 1018 à 1063 ; « Efficient breach of Contract : Circles in the Sky », *Va. L. Rev.*, 1982, vol. 68, pp. 947 et s. ; « Values in Contract : Internal and External », *Nw. L. R.*, 1983, vol. 78, n. 2, pp. 340 à 418 ; « Bureaucracy and Contracts of Adhesion », *Osgoode Hall L.J.*, 1984, vol. 22, n°1, pp. 5 à 28 ; « Relational Contract : What we do and do not know », *Wis. L. Rev.*, 1985, pp. 483 et s. ; « Reflections on Relational Contract », *Journal of Institutional and Theoretical Economic*, 1985, vol. 141, pp. 541 à 546 ; « Exchange revisited : Individual Utility and Social Solidarity », *Ethics*, 1986, vol. 96, pp. 567 à 593 ; « Barriers to the Idea of Relational Contracts », in *Der Komplexe Langzeitvertrag, Strukturen und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg, Kolloquium Technologie und Recht*, F. Nicklisch (eds), 1987, C.F. Müller, pp. 31-49 ; « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw. L. R., Relational Contract Theory : Unanswered Questions – A symposium in Honour of Ian R. Macneil*, 2000, vol. 94, pp. 877 et s.

1. La théorie relationnelle selon I.R. Macneil

La théorie⁷ relationnelle de l'échange de Ian R. Macneil s'est érigée par touches successives à partir des années soixante⁸.

À rebours du positivisme américain dominant – déjà fragilisé⁹ – et mobilisant certains des outils de l'analyse économique qui se révèle dans son explication du phénomène contractuel¹⁰, la théorie relationnelle offre une lecture originale du contrat foncièrement ancrée dans ses composantes socioéconomiques, composantes que l'une et l'autre disciplines ne restitueraient pas de façon suffisante.

La théorie relationnelle a sans doute contribué à faire évoluer la compréhension des réalités contractuelles. Dans le monde anglophone, ses travaux n'ont laissé insensibles ni les juristes¹¹ ni les économistes¹²⁻¹³. L'originalité du regard a séduit et l'on peut ainsi, notamment lire, que

⁷ Telle n'était pas l'intention première de l'auteur : voy. « Relational Contract Theory: Unanswered Questions », *Nw. L. R.*, 2000, vol. 94, p. 878 : « I did not occur to me consciously that I might be developing a theory. Rather, I was simply exploring and trying to make sense of reality, the reality of what people are actually doing in real-life world of exchange ».

⁸ Le cadre général des recherches est posé dans un article fondateur paru en 1960 (« Review of H. Shepherd and B.D. Sher : *Law in Society : Introduction to Freedom of Contract* », *Cornell Law Quarterly*, 1960, vol. 46, pp. 176-179), mais c'est en 1974 (« The Many Futures of Contract », *op.cit.*, *supra* note n. 6, pp. 691-816) que sont posés les jalons les plus fertiles. Voy. aussi C. BOISMAIN, « Présentation des travaux du Professeur Ian R. Macneil », *supra*, p. 53.

⁹ Voy. Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.*, 2006, *Doctr.*, p.1003 ; C. BOISMAIN, *op.cit.*, *supra* note n. 18, 2005, p. 39 et s., n°25 et s.

¹⁰ Les travaux de Macneil sont publiés à un moment où le mouvement *Law and Economics* prend son essor. Il critique spéc. l'analyse économique telle qu'elle est enseignée par la prestigieuse École de Chicago.

¹¹ L'importance des travaux de Macneil est not. attestée par deux symposiums consacrés à son œuvre, en 1988 (*L'Annual Survey of American Law*) et en 2000 (*Nw.L.R.*, *Relational Contract Theory : Unanswered Questions – A symposium in Honour of Ian R. Macneil*, 2000, vol. 94), mais également leur intégration dans le programme de plusieurs universités américaines.

¹² R.A. POSNER, « The New Institutional Economics Meets Law and Economics », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1993, vol. 149, pp. 73 et s., n°20, qui se déclare peu convaincu (« I do not think (...) Professor Macneil a reliable guide to the nature and problems of modern American Contract law » – et p. 84 : « Macneil's theory of contracts has very little content (...) ») ; O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, Free Press, 1985, pp. 68-73 (dont le sous-titre est *Firms, Markets, Relational Contracting*) ; *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, Oxford (UK), 1996, pp. 355-356 (« Macneil's treatment of contract was much more expansive, nuanced, and interdisciplinary [mainly combining law and sociology] than I had seen previously [...] This invited a more general formulation in which law, economics and organisation were joined in the effort to assess the governance of contractual relations »).

¹³ La théorie relationnelle a également reçu des prolongements dans les sciences de la gestion et du management, mais aussi du marketing et des ressources humaines. Quant à la réception de la théorie relationnelle hors du champ du droit, voy. C. BOISMAIN, *op.cit.*, *supra* note n. 18, 2005, p. 132 et s., n°171 et s.

«People should not attempt to write about contracts until they have studied Macneil»¹⁴, que «we are all relationnists now»¹⁵, ou encore, sous la plume d'E.A. Posner¹⁶, que «we live in a relational world». Quelques auteurs français s'en font également l'écho¹⁷, dont C. Boismain, qui y a consacré sa riche thèse de doctorat¹⁸. En Belgique, Fr. Ost¹⁹ est, à notre connaissance, le seul à avoir fait état des travaux de Macneil, en les intégrant dans une pertinente réflexion sur la temporalité du contrat.

Malgré un retentissement certain et l'adhésion manifestée par quelques auteurs²⁰, la théorie relationnelle n'a pourtant pas pleinement convaincu, certainement en raison de la complexité de ses explications et du peu d'outils concrets qu'elle offre en vue d'une amélioration du traitement juridique des contrats, alors même que ce sont ses insuffisances qu'elle dénonce en prémisse. Nombre d'auteurs doutent, légitimement nous semble-t-il, de la portée normative réellement novatrice de la théorie

¹⁴ S. MACAULAY, « Relational Contract Floating on a Sea of Custom ? Thoughts About the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein », *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, p. 776.

¹⁵ R.E. SCOTT, « The Case for Formalism in Relational Contract », *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, p. 852, reprenant Macneil lui-même (« Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw. L. R.*, 2000, vol. 94, p. 901).

¹⁶ « A Theory of Contract under Conditions of Radical Judicial Error », *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, p. 749.

¹⁷ Voy. spéc. Y.-M. LAITHIER, *op.cit.*, *supra* n. 9, *D.*, 2006, *Doctr.*, pp.1003 et s. ; Chr. JAMIN, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.*, 2005, *Doctr.*, n°34, p. 2343 ; J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *R.D.C.*, *La durée du contrat*, 2004, pp. 47 et s. ; L. GRYNBAUM, « La notion de solidarisme contractuel », *Le solidarisme contractuel*, Coll. Études juridiques, Paris, Economica, 2004, pp. 34 et s. ; H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *R.I.D.E.*, 2001, pp. 339 et s. ; H. MUIR-WATT, « Du contrat relationnel, réponse à Fr. Ost », *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1999, pp. 169 et s. ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *R.T.D.Civ.*, 1994, pp. 223 et s.

¹⁸ Voy. C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, Préface de M. Fabre-Magnan, Aix-Marseille III, P.U.A.M., 2005, 525 p. qui se prononce en faveur de la réception de la théorie relationnelle tout en réservant à celle-ci une interprétation propre, davantage orientée sur l'importance que revêt la personne du contractant dans un échange considéré : le contrat devrait être qualifié de relationnel dès que l'un au moins des contractants n'est pas aisément interchangeable (critère de la non-interchangeabilité du contractant).

¹⁹ Fr. OST, « Temps et contrat, Critique du pacte faustien », *Ann. dr. Louvain*, 1999, Vol. 59, n°1-2, pp. 17-44 et in *La relativité du contrat*, Tome IV, *Association H. Capitant*, Nantes, L.G.D.J., 2000, pp. 137-168.

²⁰ Voy. spéc. les références citées in D. CAMPBELL, « Ian Macneil and the Relational Theory of Contract », Chapter I, in *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, D. Campbell (eds.), Sweet & Maxwell, 2001, pp. 3 à 58 ; G. GOTTLIEB, « Relationism : Legal Theory for a Relational Society », *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, p. 567 à 610 ; G. H. DOBERSTYN, « A conceptual approach to negotiating relational contracts for small business client », *Cleveland State L.R.*, 1988, vol. 36, pp. 541 à 558.

relationnelle²¹, qui demeurerait davantage explicative²². Comme l'a regretté Macneil²³, on ne retient le plus souvent de ses écrits que certains aspects, spécialement la critique adressée à l'encontre de l'image classique du contrat-échange²⁴ et la nécessité d'une appréhension plus réaliste du phénomène contractuel²⁵ et de ses cadres réglementaires²⁶. Nous faisons partie de ceux-là même si demeure le sentiment d'une œuvre originale²⁷ et dense qui a su rappeler aux juristes toute l'importance et l'efficacité de la réalité interpersonnelle qui sous-tend chaque contrat formel ainsi que la plurinormativité que celle-ci draine nécessairement.

Macneil n'entendait pas faire œuvre théorique. Selon une méthode réaliste et empirique, son propos était d'étudier les comportements contractuels²⁸ « in the real world »²⁹ – « the real life of contractual

²¹ Pour certaines critiques, voy. R.E. BARNETT, « Conflicting visions : a Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contracts », *Va. L. Rev.*, 1992, vol. 78, pp. 1175-1206; D. CAMPBELL, « The Social Theory of Relational Contract : Macneil as the Modern Proudhon », *International Journal of Law*, 1990, vol.18, pp. 75 à 95; K.A. STRASSER, « Contract's " many futures " after death : unanswered questions of scope and purpose », *S. Cal. L. Rev.*, 1981, vol. 32, pp. 510 à 546 ; les références citées par P. VINCENT-JONES, « The Reception of Ian Macneil's Work on Contract in the U.K », *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n.20, pp. 70-71.

²² Elle l'est sans doute moins en considération d'autres disciplines des sciences humaines.

²³ « Relational Contract Theory: Unanswered Questions », *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, spéc. p. 900 ; « Barriers to the Idea of Relational Contract », *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 305 et s.

²⁴ L. ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, spéc. pp. 908 et s.; S. DEAKIN et J. MICHIE (dir.), *Contracts, Co-operation, and Competition, Studies in Economics, Management and Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, spéc. pp. 1 à 39 ; R. BROWNSWORD, « From Co-operative Contracting to a Contract of Co-operation », in *Contract and Economic Organization. Socio-Legal Initiatives*, D. Campbell et P. Vincent-Jones (eds.), Aldershot, Dartmouth, 1996, pp. 14-39 ; J.P. ESSER, *Law & Social Inquiry*, 1996, *op.cit.*, *supra* note n. 4, pp. 593 et s. ; K.A. PALZER, « Relational Contract theory and Sovereign Debt », *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 1988, vol. 8, pp. 727 et s. ; E. SCHANZE, *Franchising and the Law : Theoretical and Comparative Approaches in Europe and United States*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1991, pp. 67 à 103.

²⁵ Voy. spéc. V.W. GORDON, « Macaulay, Macneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law », *Wis. L. Rev.*, 1985, pp. 565 et s. ; G. GOTTLIEB, « Relationism : Legal theory for a Relational Society », *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, pp. 567 et s. ainsi que les références citées.

²⁶ G. GOTTLIEB, *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, *op.cit.*, *supra* n. 25, pp. 567 et s.

²⁷ Voy. aussi H. MUIR-WATT, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 17, p. 169-170, selon qui l'œuvre de Macneil est « l'une des contributions contemporaines les plus constructives au renouvellement de la façon de penser le contrat ».

²⁸ Il s'agit en effet pour l'auteur avant tout de décrire, de manière neutre, la réalité vécue par les contractants : « Relational Contract Theory: Unanswered Questions », *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, p. 878.

²⁹ «Relational Contract Theory: Challenges and Queries», *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, pp. 898 et s. Voy. aussi D. CAMPBELL, *Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, pp. 10 et 11.

behavior »³⁰ – afin de les confronter aux règles juridiques, dont il pressentait certaines imperfections³¹. Réfutant alors l'image traditionnelle du contrat, il fournit une nouvelle grille de compréhension mettant à l'avant-plan la réalité des comportements et l'importance que jouent les cadres réglementaires du contrat, précisant les jalons d'une *essential*³² *relational theory* qui capture les éléments essentiels de la *réalité relationnelle du contract-in-action*³³.

A. La transaction discrète et le contrat relationnel

La définition du contrat qu'offre Macneil a été affinée au gré de ses publications³⁴, mais, dès le départ, elle se distancie nettement d'une référence exclusive à un consentement³⁵ ayant pour objet de produire des effets juridiques et dont la sanction se cantonnerait aux sanctions de même nature³⁶. Sans surprise eu égard aux prémisses méthodologiques précitées, le contrat macneilien est au premier titre un *fait* interindividuel et social³⁷ –

³⁰ « The Many Futures of Contracts », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, p. 693. Voy. aussi « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, p. 879.

³¹ Voy. D. CAMPBELL, « Ian Macneil and the Relational Theory of Contract », D. Campbell (eds.), *Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell, London, 2001, pp. 3 à 58, spéc. pp. 5-9 ; Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.*, 2006, *Doctr.*, p. 1003.

³² Pour Macneil (« Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw.L.R.*, 2000, vol. 94, pp. 893 et s. ; « Contracting worlds and Essential Contract Theory », *Social and Legal Studies*, 2000, p. 432), le terme *essential* tend uniquement à distinguer sa propre théorie des autres écrits qui s'en sont ensuite inspiré.

³³ « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw. L. R.*, 2000, vol. 94, p. 893.

³⁴ Initialement envisagé comme « a projecting exchange in the future » (« The Many Futures of Contracts », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, p. 712), il est ensuite assimilé à « the relations among parties to the process of projecting exchange into the future (exchange relations) » (*The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven – London, Yale University Press, 1980, p. 4 ; une définition similaire est retenue in « Values in Contract : Internal and External », *Nw. L. R.*, 1983, vol. 78, n. 2, p. 341) et, enfin, à « the relations among people who have exchanged, are exchanging, or expect to be exchanging in the future » (« Relational Contract Theory : Unanswered Questions », *Nw.L.R.*, 2000, vol. 94, p. 877). Voy. aussi C. BOISMAIN, *op.cit.*, *supra* n. 18, 2005, p. 98 et s.

³⁵ La *promise* est absente de la définition, l'auteur y voyant « an illusive concept » (D. CAMPBELL eds., *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 130), même s'il ne nie pas la portée qu'elle peut avoir en tant que garantie d'une exécution de l'échange (« Essays on the Nature of Contract », *South California Central L.J.*, 1980, vol. 10, pp. 159 à 200, spéc. pp. 181 à 187 ; cons. aussi « Values in contract : Internal and External », *Nw. L.R.*, 1983, p. 390).

³⁶ Sur les définitions de l'échange et du contrat, voy. C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 97 et s., n°125 et s.

³⁷ « Review of H. Shepherd and B.D. Sher : Law in Society : Introduction to Freedom of Contract », *Cornell Law Quarterly*, 1960, vol. 46, p. 177 ; *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven et London, Yale University Press, 1980, p. 36 ; « Values in Contract : Internal and External », *Nw. L. R.*, 1983, vol. 78, n. 2, pp. 341 ; « Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos »,

un *contract-in-fact* davantage qu'un *contract-in-law* – résultant de l'existence d'une relation entre des personnes inscrites dans une temporalité dynamique – en ce qu'elle prend en compte passé, présent et futur³⁸. Ainsi saisi, il déborde tant l'*instrumentum* que le *negotium* que connaît notre droit³⁹.

Une telle définition conduit plus particulièrement Macneil à distinguer deux *basic behavioral*⁴⁰ *categories*⁴¹ – la transaction discrète (*discrete transaction*) et le contrat relationnel (*relational contract*) – qui illustrent l'intensité variable que peut, *dans les faits*, présenter la relation interpersonnelle.

L'archétype de la « vraie » (*truly*⁴²) transaction discrète⁴³ est le contrat de vente d'essence à une pompe⁴⁴ ou, plus largement, les « one shot deals-situations »⁴⁵. Celle-ci s'identifie, dans l'esprit de Macneil, à l'image du contrat-échange que véhicule le droit américain classique et néoclassique⁴⁶ – comparable à celle que retient notre droit -. C'est, en substance, un échange qui est tout à la fois ponctuel (*spot, discrete*⁴⁷), « présentifié » et

The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 312.

³⁸ *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, pp. 125 et s.

³⁹ L'auteur présente davantage une théorie de l'échange. Voy. aussi C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 98, n°127 (« toutes les relations entre les personnes qui échangent, que l'opération d'échange se déroule dans le passé, le présent ou le futur est un contrat (...) la définition est trop large pour être juridiquement utile »).

⁴⁰ Il s'agit bien de catégories de *comportements*, non de *contrats*.

⁴¹ « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw. L. R.*, 2000, vol. 94, p. 879.

⁴² *Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *supra* n. 20, p. 185.

⁴³ À l'instar d'autres auteurs, afin de respecter au mieux la pensée de l'auteur, nous faisons le choix de traduire littéralement ces termes.

On notera que la distinction initialement donnée par l'auteur est celle entre le *Transactional*⁴⁴ Exemple cité in « Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », *Nw. L.R.*, 1978, Vol.2, pp. 854-905.

⁴⁵ G. GOTTLIEB, « Relationism: Legal theory for a Relational Society », *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, p. 569. Voy. aussi, sur une présentation des deux types, Y.-M. LAITHIER, *op.cit.*, *supra* n. 9, D., 2006, *Doctr.*, pp.1004 et s.

⁴⁶ Macneil critique les théories dites classiques (*Restatement of Contract*, 1840-1890) et néoclassique (1890-1970). Voy. spéc. « The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, pp. 693 et s.

⁴⁷ Le terme *discrete* renvoie littéralement à ce qui est à part, individuel. Macneil prétend ainsi souligner qu'une telle transaction est isolée de toute autre et n'implique aucune relation (passée ou future) entre les contractants. L'idée d'une transaction ponctuelle se rapproche de l'intention que nous semble porter l'auteur, même si la *discreteness* ne peut se réduire à une dimension strictement temporelle en ce qu'elle englobe aussi une réalité *personnelle* (par le constat de l'absence de relation signifiante entre les parties, soulignant alors l'impersonnalité du lien). Certains auteurs ont proposé de traduire le terme *discrete* par impersonnel (voy. C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, pp. 75 et s.), considérant que ce qui caractérise le contrat

présentifiable, impersonnel et requérant un minimum d'interactions entre les parties⁴⁸. La transaction discrète est, tout d'abord, ponctuelle en ce sens qu'elle ne s'inscrit dans aucun courant d'échanges antérieur, présent ou futur⁴⁹. Ce caractère révèle ainsi une transaction autonome, séparée de toute autre, « in which no relation exists between the parties apart from the simple exchange of goods »⁵⁰, soit sa finalité économique⁵¹. Ce faisant encore, la transaction « se réduit à l'échange des promesses et des choses promises »⁵². Dans le prolongement direct, naturellement lié, la transaction discrète est présentifiée⁵³, a-temporalisée⁵⁴, les prestations étant d'exécution immédiate⁵⁵ et le futur tout entier figé dans le présent des promesses⁵⁶. Le contrat formel se conçoit alors comme un « acte de

relationnel c'est surtout la spécificité que représente le contrat au regard de la difficulté de trouver un contractant « équivalent ».

⁴⁸ « Restatement (Second) of Contracts and Presentation », *Va. L. Rev.*, 1974, vol. 60, p. 594 ; « Relational Contract Theory as Sociology : A Reply to Professors Lindenberg and de Vos », *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 312 (7).

⁴⁹ Les parties ne seront plus amenées à se rencontrer ultérieurement : « Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », *Nw. L.R.*, 1978, vol.72, spéc. p. 856 ; « Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », 1978, vol.72, p. 891 ; « Barriers to the Idea of Relational Contract », in *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 301.

⁵⁰ V.P. GOLDBERG, « Toward an Expanded Economic Theory of Contract », *Journal of Economic Issues*, 1976, vol. 10, p. 49.

⁵¹ J.-G. BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel : Les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », in *Conférence Meredith Lectures 1998-1999, La pertinence renouvelée du droit des obligations: Retour aux sources*, Cowansville (Canada), Éd. Y. Blais, 2000, p. 148.

⁵² H. BOUTHINON-DUMAS, *R.I.D.E.*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 17, p. 345.

⁵³ Le terme est emprunté aux travaux de Macneil, qui parle ici de *presentation* (action de rendre présent, *presentiate*), que l'on traduit communément par « présentification ». Voy. « Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », *Nw. L.R.*, 1978, vol.72, spéc. p. 856 et p. 891 ; *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 301.

⁵⁴ Voy. les pertinentes réflexions critiques de Chr. JAMIN, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.*, 2005, *Doctr.*, n°34 p. 2343 ; J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *Colloque « durées et contrats »*, *R.D.C.*, 2004/1, p. 47 ; M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Études offertes à J. Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 301-330 ; Fr. OST, « Temps et contrat, Critique du pacte faustien », *Ann. Dr. Louvain*, 1999, Vol. 59, n°1-2, pp. 16 et s. ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D.Civ.*, 1997, p. 359 ; A. SERIAUX, « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur, Travaux de recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris*, Paris, P.U.F., 1985, p. 77 et s.

⁵⁵ L'exécution future des prestations n'exclut cependant pas d'être détemporalisée.

⁵⁶ Se joint donc le présupposé que le contrat serait complet. Voy. aussi C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 63 et s., n°69 et s.

prévision»⁵⁷ et de maîtrise du futur⁵⁸ puisque l'avenir est par principe emprisonné dans l'échange des consentements⁵⁹. Ces deux premiers caractères induisent une réalité comportementale qui est impersonnelle⁶⁰, désincarnée en ce sens qu'elle intervient entre deux étrangers qui interagissent presque par hasard⁶¹, sans être personnellement impliqués dans la réalisation de l'échange⁶²; ils ne sont *que* créancier(s) et débiteur(s) et rien de ce qui les caractérise, individuellement et socialement, n'est déterminant d'une exécution satisfaisante de l'échange⁶³. Cette combinaison de caractères explique que la transaction discrète soit assimilable, voire soit assimilée par les parties, à l'échange économique qu'elle tend à réaliser⁶⁴, lequel est le point de confluent de leurs intérêts particuliers contradictoires et égoïstes. En ce sens aussi, dès sa naissance, le contrat renferme par principe tous les éléments utiles à sa réalisation et il est nécessairement fermé sur lui-même⁶⁵. Ainsi se dessinent les contours d'un phénomène dont Macneil doute lui-même qu'il existe réellement dans la pratique⁶⁶.

⁵⁷ Voy. le sens qu'y réservent M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, p. 206 ; H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 643 ; Fr. OST, « Mémoire et pardon, promesse et remise en question », in *Le temps et le droit*, Cowansville, P.-A. Côté et J. Commaille (dir.), Éd. Yvon Blais, 1996, p. 18.

⁵⁸ Voy. spéc. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 4, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2000, 22^{ème} édition, p. 231 ; M.A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *R.T.D.civ.*, 1998, p.50, n°21 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D.Civ.*, 1997, pp. 359-360, Th. BONNEAU, « La durée dans les contrats », *Juris-Classeur Contrats et distribution*, Éditions Techniques, Fasc. 70, 1990, p. 10, n°59 ; A. SERIAUX, « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, Paris, P.U.F., 1985, p. 77 et s. ; R. PATRY, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Thèse, Genève, Imprimerie du Journal de Genève, 1953, p. 37.

⁵⁹ Comme le souligne Fr. OST, le contrat juridique est « du futur irrévocablement engagé » (« Temps et contrat, Critique du pacte faustien », *Ann. Dr. Louvain*, 1999, n°1-2, Vol. 59, p.19).

⁶⁰ C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 3, n°4 et p. 5, n°5 ; M.A. FRISON-ROCHE, *R.T.D.Civ.*, 1998, *op.cit.*, *supra* n. 58, spéc. p. 47 ; Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *J.C.P.*, Ed. G, 1998, I, 3318 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D.Civ.*, 1997, p. 361.

⁶¹ *Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n.20, p. 189.

⁶² H. BOUTHINON-DUMAS, *R.I.D.E.*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 17, p. 345.

⁶³ R. P. MACEDO Jr., « Relational Contracts in Brazilian Law », *Paper* présenté à la LASA, Mexique, 17 avril 1997, accessible en ligne à l'adresse <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lasa97/portomacedopor.pdf>.

⁶⁴ Soient la description de la chose, du prix, et du moment de la livraison.

⁶⁵ Voy. dans ce sens J. P. ESSER, *Law & Social Inquiry*, 1996, vol. 21, *op.cit.*, *supra* note n. 4, p. 608. Dans de telles situations, l'idée est que le *contrat* prévaut sur la *relation*, cette dernière étant réduite à – et est pleinement satisfaite par – l'exécution stricte des prestations qu'il renferme. Par ailleurs, la normativité juridique constitue la principale, sinon la seule source de normativité contractuelle.

À l'opposé, prend place le contrat relationnel, représentation emblématique d'une réalité vivante que le modèle contractuel classique occulte et que l'auteur esquisse par contraste. Cette réalité – dont les contrats de travail⁶⁷ et de mariage⁶⁸ constituent les modèles – témoigne d'un rapport plus étroit entre les parties dès lors que le contrat est le support de leurs volontés de s'engager dans une relation durable⁶⁹. Contrairement à la transaction discrète, le contrat relationnel implique nécessairement les parties dans son existence et son exécution et ces dernières y investissent toujours une part significative d'elles-mêmes⁷⁰. Par ailleurs, sous l'angle des parties, il réalise une projection dans le futur davantage qu'une réduction du

Il n'en reste pas moins que, dans certains cas, des modifications mineures peuvent être apportée au contenu formel du contrat, comme par exemple un changement d'adresse de l'un des contractants : les éléments neutres d'un point de vue juridique peuvent, en effet, évoluer dans le temps.

⁶⁶ « Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », *Nw. L.R.*, 1978, vol. 72, pp. 856 et 857 (« a truly discrete transaction » est « impossible ») ; « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw.L.R.*, 2000, vol. 94, p. 895 (l'auteur préfère alors parler de « as-if-discrete contracts »).

⁶⁷ Voy. aussi J.-G. BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel : Les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », *Conférence Meredith Lectures 1998-1999, La pertinence renouvelée du droit des obligations : Retour aux sources, The Continual Relevance of the Law of Obligations : Back to Basics*, Faculté de droit de McGill, Les Editions Yvon Blais, Cowansville (Canada), 2000, p. 10. Cons. aussi, pour ce qui concerne ce contrat, la théorie du contrat psychologique : I.R. MACNEIL, « Relational Contracts : What we do and do not know », *Wisconsin L.R.*, 1985, pp. 481 à 525 ; D.M. ROUSSEAU et J. MCLEAN PARKS, « The Contracts of Individual and Organizations », *Research in Organizational Behavior*, JAI Press, 1992, vol. 15, 1993, spéc. pp. 32-33 (disponible en ligne à l'adresse <http://web.mit.edu>) ; J.-G. BELLEY, « Une typologie sociojuridique du contrat », *Sociologie du travail*, 1996/4, spéc. p.478.

⁶⁸ Plusieurs auteurs le présentent comme tel, indépendamment du débat qui existe quant à savoir si le contrat de mariage est un contrat ou une institution (sur cette question, voy. not. M. HAURIU, *Principes de droit public*, 1916, 2^{ème} édition, pp. 206 et s. ; J.A. BRIDERICK, « La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », in *Sur les notions du contrat, Archives de philosophie du droit*, 1968, spéc. pp. 147 et s.). À propos des liens entre la théorie relationnelle et le contrat de mariage, voy. not. A. ROY, *Le contrat de mariage réinventé, Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éd. Thémis, 2002, 455 p. ; E.S. SCOTT et R.E. SCOTT, « Marriage as Relational Contract », *Virginia L.R.*, 1998, 81, pp. 1225 à 1334 ; D.M. ROUSSEAU et J. MCLEAN PARKS, « The Contracts of Individuals and Organizations », *Research in Organizational Behavior*, 1993, vol. 15, p. 12.

⁶⁹ La dimension relationnelle implique « the conscious awareness of past, present and future » (« Values in contract: Internal and External », *Nw. L. R.*, 1983, p. 706 et s. ; « Relational Contract Theory : Unanswered Questions », *Nw. L. R.*, 2000, vol. 94, p. 878 et s.). Sur ce lien entre la dimension relationnelle et la durée, voy. J. GOTTLIEB, « Relationism: Legal theory for a Relational Society », *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, p. 569 ; Fr. OST, *Ann. Dr. Louvain*, 1999, Vol. 59, *op.cit.*, *supra* n. 19, p. 40, n°1-2 ; J.-G. BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel : Les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », in *Conférence Meredith Lectures 1998-1999*, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 51, p. 139.

⁷⁰ Voy. not. A. SUPLOT, « La relativité du contrat en questions. Conclusion générale », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome IV, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 193.

futur dans le présent. Enfin, le contrat relationnel se situe naturellement à l'intersection d'une concurrence plus tangible entre les modes de régulation sociale et interpersonnelle : en sa présence, les normes formelles – c'est-à-dire au premier titre la loi *sensu lato*⁷¹ et le contrat-*instrumentum* –, revêtent souvent une portée plus relative, en apparence secondaire, dans la gestion de la relation contractuelle, laissant davantage apparaître une normativité spontanée. Ceci s'explique par le déplacement du centre de gravité du contrat (et les promesses initiales) vers la relation, de l'acte juridique vers l'interaction sociale et de la sanction juridique vers la sanction sociale. La notion est particulièrement englobante et déborde les classifications traditionnelles, tant juridiques⁷² qu'économiques⁷³ dès lors que l'épaisseur relationnelle intègre tout à la fois une dimension temporelle et une dimension personnelle. Ainsi, s'il nous paraît que le critère de la durée est opérant à identifier le degré de « relationnalité » d'un contrat donné, ce n'est pas tant à l'aune de la durée *du contrat*, mais bien de la durée *de la relation* qui lui préexiste ou qui s'érige à travers lui⁷⁴.

B. Un axe à deux extrêmes

⁷¹ En ce compris les sources documentaires.

⁷² Si le contrat relationnel peut assurément englober les contrats à prestations successives ou continues, de durée déterminée ou indéterminée ou une succession de contrats, même à exécution instantanée (la relation courante d'affaires), les notions ne sont pas interchangeables (dans ce sens, J. ROCHFELD, *R.D.C.*, 2004, *op.cit.*, *supra* n. 5, p. 62). Le point d'ancrage réside, en effet, présentement dans la *relation* qui se noue entre les parties, non dans des modalités d'exécution des prestations contractuelles. Un contrat pourrait d'ailleurs parfaitement être qualifié de relationnel indépendamment de la durée d'exécution des prestations qu'il génère, tout comme un contrat à prestations successives pourrait ne pas être relationnel. On peut, cependant, concéder que, par contre, la définition prétorienne du contrat à exécution instantanée s'identifie à la transaction (purement) discrète, tout comme le traitement dont il est l'objet illustre les traits qui le caractérisent. La nuance est, toutefois, aussi de mise dès lors qu'un contrat à exécution instantanée pourrait s'inscrire dans une relation plus large et être qualifié de relationnel. D'un autre côté, l'on ne peut davantage l'identifier au contrat *intuitu personae*, cette notion ne mettant pas en exergue la temporalité et la normativité qui sont, selon Macneil, caractéristiques du contrat relationnel.

⁷³ On a parfois rapproché le contrat relationnel du contrat à long terme incomplet au moment de sa formation (Voy. C.J. GOETZ et R.E. SCOTT, « Principles of Relational Contracts », *Va. L. Rev.*, 1981, vol. 67, pp. 1091 et s. ; H. BOUTHINON-DUMAS, *R.I.D.E.*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 17, p. 348 ; Y.-M. LAITHIER, *op.cit.*, *supra* n. 9, *D.*, 2006, *Doctr.*, p. 1004), ce qui n'est pas pleinement convaincant. L'incomplétude n'est, en effet, pas l'apanage des contrats relationnels. La transaction discrète pourrait tout autant être incomplète. À l'inverse, comme en témoigne le secteur de la distribution, de nombreux contrats peuvent être relationnels alors qu'ils font l'objet de contrats complets et standardisés.

⁷⁴ Ou, plus précisément, la projection que réalisent les contractants dans une durée faite d'interactions significatives. C'est ce qui explique qu'un contrat de longue durée puisse être qualifié de discret et un contrat de brève durée de relationnel.

D'abord esquissés en opposition, le contrat relationnel et la transaction discrète deviennent les deux extrêmes d'un axe⁷⁵ *relational* (ou *intertwined*⁷⁶) / (*as-if*-) *discrete*⁷⁷ (ou *transactional*)⁷⁸ sur lequel se placent tous les échanges selon les caractères qu'ils présentent.

Macneil identifie, par ailleurs, dix⁷⁹ normes communes sans lesquelles il estime que le contrat n'existerait pas⁸⁰ et dont le contenu peut différer selon que l'on se situe à l'un ou l'autre pôle du spectre⁸¹⁻⁸².

⁷⁵ L'idée d'un *continuum* aurait également pu être utilisée dès lors qu'il n'est pas exclu qu'un contrat passe par des périodes plus ou moins transactionnelles et relationnelles. Voy. spéc. D.M. ROUSSEAU, « New hire perceptions of their own and their employer's obligations: A Study of Psychological Contracts », *Journal of Organizational Behavior*, 1990, vol. 11, pp. 389-400 ; D.M. ROUSSEAU et J. MCLEAN PARKS, « The Contracts of Individual and Organizations », *Research in Organizational Behavior*, JAI Press, 1992, vol. 15, pp. 1-43). Cons. aussi les développements de C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 86, n°108.

⁷⁶ Terme que l'auteur utilise à partir de 1987 (*Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1987, *op.cit.*, *supra* n. 12, vol. 143, pp. 276 et 277 ; *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, *op.cit.*, *supra* n. 12, p. 895) afin de dissiper la confusion pouvant naître de l'utilisation du terme relationnel pour tout à la fois identifier un type de contrat (opposé à la transaction discrète) et qualifier l'axe sur lequel sont placés les contrats sur la base des normes qu'ils dégagent (le spectre transactionnel/relationnel). Voy. *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 314.

⁷⁷ *op.cit.*, *Nw.L.R.*, 2000, vol. 94, p. 894. Voy. ég. J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Ed. Y. Blais, 1998.

⁷⁸ « The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, pp. 737 et s. Voy. aussi « Values in Contract : Internal and External », *Nw. L.R.*, 1983, vol. 78, n. 2, p. 342 ; « Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1987, vol. 143, p. 275 ; « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw.L.R.*, 2000, vol. 94, p. 894. Voy. enfin P. VINCENT-JONES, *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 85.

⁷⁹ Elles étaient cinq dans ses premiers écrits (« The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, pp. 808 et s.) ; elles sont dix depuis « Values in Contract : Internal and External », *Nw. L.R.*, 1983, vol. 83, spéc.p. 347. et s. L'auteur estime d'ailleurs que la liste n'est pas exhaustive (« Relational Contract Theory : Unanswered Questions », *Nw.L.R.*, 2000, p. 880).

⁸⁰ « Relational Contract Theory as Sociology : A Reply to Professors Lindenberg and de Vos », *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, *op.cit.*, 2001, p. 311 ; « The Nature of Contract and the Contract Norms », *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 153 et 167.

⁸¹ Pour une étude complète de ces normes, voy. spéc. C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 102 et s., n°133 et s.

⁸² On notera utilement que l'auteur propose également douze critères permettant d'apprécier si un contrat est davantage relationnel ou discret : selon lui, il convient d'apprécier (1) la nature générale de la relation, (2) le caractère quantifiable ou non en argent, (3) les motifs dictant le respect du contrat par les parties, (4) la durée, (5) les modes de naissance et d'extinction du contrat, (6) le moment de la planification contractuelle, (7) le degré de coopération nécessaire à l'exécution du contrat, (8) la répartition des bénéfices et des pertes, (9) les sources des obligations, (10) les possibilités de circulation du contrat, (11) le nombre de parties et (12) la vision que se font celles-ci de leur contrat. Pour une présentation complète de ces critères, voy. C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 141 et s., n°180 et s.

Il convient de préciser d'emblée que la norme à laquelle il est fait référence reçoit un sens particulier : elle est « *a common contract behavioral pattern* »⁸³, que l'on retrouve dans tous les contrats avec une intensité variable⁸⁴. Un comportement communément adopté peut ainsi constituer une norme dès lors qu'il présente une fréquence qui en fait un commun dénominateur à tous les contrats⁸⁵.

Selon Macneil⁸⁶, la prédominance de la composante relationnelle se constate par l'accentuation de certains aspects (*patterns*) requérant un traitement plus procédural, temporalisé et coopératif de la relation et, dès lors, davantage détaché du consentement originnaire des parties. Les normes – ou comportements – de flexibilité (*flexibility*)⁸⁷, de solidarité contractuelle (*contractual solidarity*)⁸⁸⁻⁸⁹, de « traitement loyal »⁹⁰ (*propriety of means*) et d'« harmonisation normative »⁹¹ (*Harmonization with the social matrix*) sont

⁸³ « Relational Contract Theory: Unanswered Questions », *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, p. 879 et 896.

⁸⁴ *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 314 ; « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, p. 879.

⁸⁵ « Relational Contract Theory: Challenges and Queries », *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, p. 879.

⁸⁶ *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven et London, Yale University Press, 1980, p. 39. Voy. aussi P. VINCENT-JONES, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 21, p. 68.

⁸⁷ Cette norme vise la possibilité que tolèrent - expressément ou implicitement - les parties de modifier le contrat en cours d'exécution (H. BOUTHINON-DUMAS, *R.I.D.E.*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 17, p. 348). Selon Macneil, la flexibilité devrait davantage s'imposer en raison de la rationalité limitée des agents (*The New Social Contract*, 1980, *op.cit.*, *supra* n. 34, pp. 50 et s. et 235 et s.), rationalité d'autant plus limitée que le contrat est appelé à s'inscrire dans le temps (« The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, p. 727).

⁸⁸ *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, pp. 104 et s. Macneil s'inspire de la sociologie de Durkheim et de la solidarité organique. Sur le lien entre les travaux de ces auteurs, voy. spé. R.W. GORDON, V.W. GORDON, « Macaulay, Macneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law », *Wis. L. Rev.*, 1985, p. 568 et s.

⁸⁹ La solidarité se manifeste à travers la permanence de la volonté des parties à poursuivre leur relation et implique qu'elles veuillent et puissent coopérer (*Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, pp. 9-10). Cette solidarité repose au premier titre sur la coopération dans le sens d'une utilité individuelle qui ne peut être pensée sans avoir égard à celle de l'autre (« Economic Analysis of Contractual Relations : its Shortfalls and the Need for a 'Rich Classificatory Apparatus' », *Nw.L.R.*, 1981, pp. 1018 à 1063, p. 1034 ; voy. aussi « Exchange and Co-operation », *The Relational Theory of Contract*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 94.

⁹⁰ Selon C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 121, n°156 : Macneil renvoie à l'attente nourrie par chaque partie d'être traitée de manière loyale. La norme se rapproche de la norme d'intégrité de rôle dans les transactions discrètes, alors qu'elle prend davantage consistance dans les contrats relationnels.

⁹¹ Selon la terminologie utilisée par J.-G. BELLEY, *Conférence Meredith Lectures 1998-1999*, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 51, pp. 147 et s.). Elle renvoie à l'idée que toute relation s'inscrit nécessairement dans un contexte socioéconomique donné dont elle ne peut être séparée. Cette norme est plus accentuée dans le contrat relationnel en ce sens que, comme nous le

alors le plus souvent centrales⁹². Par ailleurs, les exigences d'intégrité du rôle (*role integrity*^{93,94}), qui sont liées aux attentes nourries par les contractants quant au respect de leurs rôles⁹⁵ respectifs au sein de l'échange et qui se traduisent par une exigence de cohérence comportementale⁹⁶, se gonflent d'attentes en termes de respect des habitudes, usages, coutumes et pratiques contractuelles⁹⁷ lorsque le contrat se situe à proximité du pôle relationnel⁹⁸. Enfin, les normes « de liaison »⁹⁹ (*the linking norms*) ou « liantes »¹⁰⁰ – (*protection of restitution, reliance and expectation interests*)¹⁰¹, qui visent les sanctions de l'inexécution, y sont également spécifiques car toutes les sanctions, juridiques, mais aussi non juridiques jouissent d'une force contraignante et d'un statut équivalents.

La transaction discrète se caractérise, pour sa part, par une accentuation du respect des promesses initiales (*effectuation of consent*¹⁰²) ainsi que par une plus grande planification¹⁰³ (*implementation of planning*)¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ et précision (*focusing norm*¹⁰⁶).

verrons *infra*, le *contexte* exerce toujours une influence sur la situation des contractants et les devoirs qui s'imposent à eux. Cette norme n'est toutefois pas nécessairement absente dans la transaction discrète : I.R. MACNEIL, *op.cit.*, *supra* n. 12, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1987, vol. 143, n.5.

⁹² *Nw. L. R.*, 2000, vol. 94, *op.cit.*, *supra* n. 6, p. 896.

⁹³ *Nw. L. R.*, 1983, vol. 78, *op.cit.*, *supra* n. 6, p. 347 (« requiring consistency, involving internal conflict, and being inherently complex ») et pp. 362-363.

⁹⁴ Ou « norme de respect intégral du rôle » (L. ROLLAND, *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, *op.cit.*, *supra* n. 24, p. 922).

⁹⁵ Ou qualités, éventuellement spécialisées, en raison d'expériences, connaissances ou compétences acquises. Voy. aussi B.-M. BELEGVAD, « Commercial relations, Contract, and Litigation in Denmark: A Discussion of Macaulay's Theories », *Law and Society Review*, 1990, vol. 24, p.400.

⁹⁶ « Relational Contract Theory: Challenges and Queries », *Nw.L.R.*, 2000, vol. 94, p. 879.

⁹⁷ « The Nature of Contract and the Contract Norms », 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p.163.

⁹⁸ La norme devient alors une norme relationnelle (« The Nature of Contract and the Contract Norms », in *The Relational Theory of Contract*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 163).

⁹⁹ Le terme est repris à L. ROLLAND, *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, *op.cit.*, *supra* n. 24, p. 922.

¹⁰⁰ Le terme est repris à C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 119, n°154.

¹⁰¹ Cette norme se rattache, en droit américain, aux *restitution, reliance* et *expectations interests* tels qu'ils ont été présentés par L. FULLER & W. PERDUE, « Reliance Interest in Contract Damages », *Yale L.J.*, 1936, vol.46, pp. 52 et s. et pp. 373 et s.

¹⁰² « The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, pp. 703 et s. L'auteur renvoie au degré d'importance qu'accordent les parties à l'échange initial des promesses tel qu'il s'est exprimé à ce moment.

¹⁰³ Selon la terminologie – norme de planification – reprise à L. ROLLAND, *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, *op.cit.*, *supra* n. 24, p. 922. D'autres auteurs la nomment « réalisation de la planification » (C. Boismain) ou de respect de la « planification contractuelle » (J.-G. Belley).

¹⁰⁴ Cette norme est commune à tous les contrats, mais elle peut présenter un contenu variable. De façon générale, elle englobe les attentes qu'ont les parties quant à l'objet du contrat et ses prestations. La planification (*planning*) est intrinsèquement liée aux objectifs poursuivis par l'échange, tels qu'ils ont été expressément ou implicitement convenus (C. BOISMAIN, 2005,

Certaines normes communes relevées paraissent davantage neutres. C'est le cas de la réciprocité (*reciprocity* ou *vice-versa movement*¹⁰⁷), qui renvoie à la contrepartie que chaque partie reçoit¹⁰⁸. De même, la norme de « création et de limitation du pouvoir »¹⁰⁹ (*creation and restraint of powers* ou *power norm*) prend en compte le fait que tout contrat, égalitaire ou non, met nécessairement en œuvre des jeux de pouvoirs, que manifestent notamment les habilitations unilatérales¹¹⁰ ou bilatérales¹¹¹.

Par la différenciation qu'il opère entre les pôles discret et relationnel, Macneil invite surtout à poser un regard différent sur le contrat en laissant émerger la relation qui peut être sous-jacente. Dès lors, en effet, qu'on lève le voile sur la réalité, apparaît une complexité moins aisément réductible aux repères juridiques classiques. L'auteur invite ainsi le droit à reconnaître, et non plus marginaliser, la spécificité de ces relations qui (se) constituent leur propre référence car c'est sous cette condition qu'il peut prétendre offrir un régime adapté rendant compte des dimensions qui en forment l'essence.

op.cit., *supra* note n. 18, p.109, n°141), tout en englobant également les attentes postérieures, qui naissent de l'exécution du contrat (cette dernière dimension étant plus accentuée dans les contrats relationnels : I.R. MACNEIL, « The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, pp. 766 et s.). Selon Macneil, le degré de complétude du contrat n'est cependant pas en soi un indice suffisant du caractère discret. La norme n'empêche en effet pas une certaine précision des contrats relationnels (C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 108-109) ; on aura davantage égard aux traits caractéristiques de la planification, selon qu'elle est plus fermée ou ouverte, intangible ou évolutive, etc.

¹⁰⁵ I.R. MACNEIL, *Nw. L. R.*, 1983, vol. 78, *op.cit.*, *supra* n. 6, p. 349 : « The discrete norm is the product of the intensification of two common contract norms : implementation of planning and effectuation of consent ».

¹⁰⁶ « Values in contract : Internal and External », *Nw. L.R.*, 1983, p. 355 ; « The Nature of Contract and the Contract Norms », *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil* 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 158 : « pacta sunt servanda (...) means equally planning est servanda ».

¹⁰⁷ « Exchange and Co-operation », *The Relational Theory of Contract*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 92.

¹⁰⁸ « Values in contract : Internal and External », *Nw. L.R.*, 1983, p. 347 (« simply stated as the principle of getting something back for something given ») ; *Nw. L.R.*, 2000, vol. 94, *op.cit.*, *supra* n. 6, p. 879. L'auteur n'en réduit pas le contenu à la seule contreprestation juridique ou monétaire puisque s'y intègrent également des contreparties extra légales (« Exchange revisited : Individual Utility and Social Solidarity », *Ethics*, 1986, vol. 96, p. 567). Par ailleurs, la réciprocité n'implique ni une équivalence parfaite (« The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, p. 703) ni une concordance temporelle (« Barriers to the Idea of Relational Contract », *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, 2001, p. 298). On se rapproche davantage de la sociologie du don/contre-don de Marcel Mauss.

¹⁰⁹ L. ROLLAND, *McGill L.J.*, 1999, *op.cit.*, *supra* n. 24, p. 922.

¹¹⁰ C'est le cas lorsqu'une partie a la possibilité d'imposer sa volonté à l'autre (par ex. la *partijbeslissing* que nous connaissons dans notre droit).

¹¹¹ C'est le cas lorsque les deux parties disposent d'un pouvoir équivalent. Voy. I.R. MACNEIL, « Power, Contract, and the Economic Model », *Journal of Economic Issues*, 1980, vol. XIV, pp. 916 et s.

Par l'émergence de la figure du contrat relationnel, il reproche¹¹² plus particulièrement aux droits classique et néoclassique¹¹³ de n'envisager le contrat qu'à travers sa *presentiation*¹¹⁴ (a-temporalité) et sa *discreteness* (impersonnalité et ponctualité), offrant l'image abstraite et artificielle de cocontractants indifférents s'engageant dans un échange ponctuel, statique et rigide¹¹⁵. Spécialement, s'agissant du traitement du contrat relationnel, Macneil infère de sa spécificité le constat qu'il ne peut se satisfaire d'une référence exclusive à l'échange initial des promesses : la projection dans le futur¹¹⁶ qu'il réalise impose spécialement d'élargir la normativité contractuelle en prenant en compte des éléments dont la doctrine ne percevrait pas suffisamment la pertinence, comme la coutume, la qualité des parties, leurs pratiques contractuelles, leur rôle sur le marché, l'évolution dynamique de la relation, etc.,¹¹⁷. Enfin, à l'encontre des théories économistes, il dénonce la trop faible attention portée aux dimensions sociale et interpersonnelle des contrats.

2. L'apport de la théorie relationnelle à la compréhension des contrats à long terme entre firmes

A. De la *presentiation* à l'ouverture sur un futur incertain

¹¹² Macneil reconnaît cependant l'influence importante qu'a eue la théorie classique, mais estime qu'une lecture concurrente est possible et pertinente (« The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, pp. 807 et 808 ; « Reflections on relational Contract », *Journal of Institutional and Theoretical Economic*, 1985, vol. 141, pp. 541 à 546, spéc. pp. 542 et s.). Il concède également que le droit néoclassique constitue une avancée sur cette appréhension figée du phénomène contractuel en ce qu'il prend en compte une spécificité de certains contrats relationnels, ceux de durée, à savoir l'imprévisibilité de leur contexte et l'incapacité des agents de présenter les difficultés d'exécution attachées à la survenance de circonstances nouvelles et au risque accru de comportements opportunistes (Voy. *Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 182 et s.).

¹¹³ « Barriers to the Idea of Relational Contracts », in *Der Komplexe Langzeitvertrag*, 1987, *op.cit.*, *supra* n. 6, p. 35.

¹¹⁴ « Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », *Nw.L.R.*, 1978, p. 862.

¹¹⁵ « Reflections on Relational Contract », in *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, p. 294 ; « Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », *Nw.L.R.*, 1978, p. 864.

¹¹⁶ L. ROLLAND, *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, *op.cit.*, *supra* n. 24, p. 931.

¹¹⁷ Comme le souligne C. Boismain dans sa contribution introductive (*supra*, p. 55), Macneil préconise notamment que les juges soient habilités à modifier ou compléter le cadre formel en y intégrant les normes issues de la relation.

Macneil critique la *presentation* – « the bringing of the future into the present »¹¹⁸ – dont fait l'objet le traitement juridique du contrat, c'est-à-dire la complète fermeture de celui-ci sur les promesses initiales. Ces dernières lui paraissent survalorisées par rapport à la portée que les contractants leur reconnaissent dans la pratique. Selon lui, la réalité impose au contraire que chaque moment (passé, présent et futur) soit regardé comme signifiant dans le régime du contrat. Ce faisant, il entend surtout critiquer une certaine vision du contrat et du cadre normatif dont le dote le droit, celle qui le conçoit comme un instrument qui anticipe le futur de son exécution en le figeant abstraitement dans un temps déjà accompli, le moment de l'échange des promesses, celle qui fait du contrat un « avenir anticipé », et surtout un « futur irrévocablement engagé »¹¹⁹.

Une telle critique est assurément transposable dans notre droit et conceptualise de façon éloquente l'inadéquation qui empreint l'appréhension de la plupart des contrats à long terme entre firmes. Le constat est loin d'être anodin car il impose de réaliser un saut qualitatif sur le plan de la dynamique de l'exécution. Conscientes de l'incertitude que porte l'ouverture sur le futur tout autant que des limites qui affectent leurs capacités cognitives, les parties trouveront un avantage certain à mettre en œuvre un cadre contractuel flexible et une dynamique plus relationnelle, ces instruments, formel et informel, œuvrant ensemble à une gestion plus efficace des contingences imprévisibles ou imprévues. En ce sens, une compréhension plus psychologique, moins statique ou physique, du temps peut mieux rendre compte du contenu du contrat et de l'enrichissement qu'y insufflé la relation – qui se constate dans la pratique.

Dans le prolongement, ce temps avec lequel doivent compter les contractants est un futur nécessairement marqué d'incertitudes¹²⁰. En

¹¹⁸ *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven et London, Yale University Press, 1980, p. 60. Voy. aussi H.G. BEALE, W.D. BISHOP et M.P. FURMSTON, *Contracts, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008 (5^{ème} éd.), p. 64.

¹¹⁹ Selon l'expression de Fr. OST, in *La relativité du contrat*, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 19, p. 137.

¹²⁰ Comme nous l'avons déjà relevé dans une précédente étude (« Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat ... », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. Delforge (coord.), Bruxelles, Larcier, Coll. UB³, 2014, spéc. p. 19, n°12), plusieurs facteurs d'incertitude peuvent *a priori* être identifiés : les capacités cognitives des agents – faisant que le contrat a peu de chances d'être parfait et complet –, les caractéristiques propres de l'opération, l'asymétrie informationnelle, le risque d'un comportement défaillant ou opportuniste, ainsi que les risques liés à l'environnement du contrat (risques techniques, économiques, juridiques, géopolitiques, etc.) ou à la nature. Chacun de ces facteurs est, selon un degré variable, susceptible de déséquilibrer la relation contractuelle en amputant l'utilité qui était initialement escomptée. Les effets d'un tel déséquilibre peuvent, en effet, se révéler non-conséquents, conséquents ou très conséquents selon qu'ils ne nécessitent aucune adaptation

demeurant centré sur un besoin de sécurité statique, notre droit occulte cette réalité et projette l'exigence d'un contrat qui se doit d'être un rempart indestructible et de contractants devant être à mêmes de prédire le futur et d'anéantir ses composantes incertaines grâce à une rationalité parfaite. Selon cette approche, il se conçoit que la convention forme la loi des parties, que les promesses initiales soient rendues obligatoires et que le contenu obligationnel devienne intangible¹²¹. Or, une lecture indifférente au temps *qui dure*, détachée de sa réalité vivante, cautionne nécessairement une appréhension partielle du futur tout autant qu'elle nie l'une des réalités les plus caractéristiques et signifiantes pour les agents. Accueillir l'incertitude, c'est pourtant inscrire les sujets dans un temps vécu en les confrontant à leur manière de le ressentir, mais aussi de (tenter de) le maîtriser. Sous cet angle, comme l'enseigne l'analyse économique, si le contrat constitue assurément un acte d'anticipation et un référent indispensable à une appréhension plus agile du futur, il ne suffit pas à annihiler tous les champs de l'incertitude.

Minimalement, une approche plus réaliste, et relationnelle, de la réalité des contrats à long terme peut contribuer à recevoir la théorie de l'imprévision¹²², comme l'ont fait de nombreux droits¹²³ et instruments de *soft law*¹²⁴. Dès lors, en effet, qu'en considération de la réalité vécue, l'on postule que les contractants ne peuvent jamais parfaitement anticiper le futur, l'imprévision perd de son caractère exceptionnel et, loin de constituer une entorse au principe de la convention-loi, paraît, au contraire, pouvoir en conforter la pertinence et la justesse¹²⁵. Il s'agit alors, certes, moins de protéger l'immutabilité du *contrat* que de préserver la *relation*¹²⁶ qui le sous-tend et lui donne sa consistance.

du contrat, qu'ils en requièrent une ou qu'ils imposent une redéfinition plus profonde de l'économie contractuelle initiale.

¹²¹ Portées que l'on attribue à l'art. 1134, al. 1^{er}, C.civ.

¹²² Voy. spéc. la démonstration de H. BOUTHINON-DUMAS, *R.I.D.E.*, 2001/3, *op.cit.*, *supra* n. 17, p.360 et s.

¹²³ On songe à l'Allemagne, la Russie, l'Italie, la Grèce, le Portugal, les Pays-Bas, etc., et prochainement la France (voy. l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, *J.O.R.F.*, 11 février 2016).

¹²⁴ Voy. art. 6.2.1. à 6.2.3 des Principes Unidroit et Article 6.111 des PEDC.

¹²⁵ La crédibilité sociale du contrat transite aussi à travers une garantie de conformité du contrat à un minimum de justice et d'équité. Voy., par ailleurs, Fr. OST, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 19, p. 145, selon qui « le contrat doit présenter une utilité économique minimale pour les deux partenaires et reposer sur un juste équilibre pour que la puissance publique prête son concours à son exécution. (...) toute autre interprétation du contrat n'est-elle pas abusive, et donc finalement illégale ? ».

¹²⁶ I. CORNESSE, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *R.R.J.*, 2003-4, p. 2433. Voy. aussi Fr. OST, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 19, p. 164 (« en prétendant s'enfermer dans

À travers la portée réservée au principe de la convention-loi, notre droit fait aujourd'hui le choix de donner une préséance aux promesses initiales, fondatrices du lien contractuel. Par le principe déposé à l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil et la référence exclusive au moment de l'échange initial des promesses, il crée artificiellement l'image d'une situation d'équilibre stable où toute perturbation ne serait que passagère et n'empêcherait pas un retour à l'état antérieur, c'est-à-dire l'illusion d'une relation contractuelle qui pourrait être abstraite de sa temporalité relationnelle et demeurer figée dans le passé. L'objectif de sécurité juridique et de stabilité du contrat peut alors être lui-même générateur d'insécurité¹²⁷ et manquer deux objectifs inhérents aux opérations économiques dont le contrat est le support : l'utilité qu'il doit avoir¹²⁸ et le besoin de justice et d'équité qui doivent le traverser.

B. De la « réification » du contrat à sa « personnification »¹²⁹

La seconde critique que Macneil adresse au positivisme réside dans sa *discreteness*¹³⁰. Il reproche alors à la théorie classique de proposer un traitement impersonnel du contrat, réduit à l'image abstraite d'un support-acte juridique ponctuel et désincarné où la personne du cocontractant est indifférente, approche qui, selon lui, occulte le fait qu'il peut aussi être l'occasion d'une relation hautement significative¹³¹. S'inspirant en cela de la sociologie, l'auteur formule un autre critère de distinction entre les deux extrêmes de son axe, distinguant les *primary* et les *nonprimary relations*¹³².

le "parfait" de l'acte juridique, le contrat classique croyait bénéficier d'une "mêmeté" intangible (...) En s'accrochant à la lettre du convenu, il s'exposait au risque d'étouffer l'esprit de la collaboration sur lequel il repose »).

¹²⁷ Il est intéressant de constater que là où, classiquement, c'est le souci de sécurité juridique qui a justifié le rejet de la théorie de l'imprévision, c'est désormais l'insécurité économique qu'engendre le principe de la convention-loi qui constitue le fer de lance des partisans de sa réception : J. ANTOINE, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties », *R.F.D.A.*, Janvier-février 2004, p. 88 ; H. BOUTHINON-DUMAS, *op.cit.*, *supra* n. 17, *R.I.D.E.*, 2001, p. 343 et s.

¹²⁸ Voy. spéc. P.A. FORIERS, « Pacta sunt servanda (Portée et limites) », in *La modification unilatérale du contrat*, IJE, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 2003, p. 11.

¹²⁹ Selon les expressions de M.A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, *supra* n. 58, *R.T.D.Civ.*, 1998, p. 47.

¹³⁰ Selon I.R. Macneil, « discreteness and presentation are themselves not the same phenomenon, in spite of their merger in discrete contracts. Discreteness is the separating of a transaction from all else between the participants at the same time and before and after. Its ideal, never achieved in life, occurs when there is nothing else between the parties, never has been, and never will be. Presentation, on the other hand, is the bringing to the future into the present. Underlying both is the ideal of 100 percent planning of the future » (*The New Social Contract*, *op.cit.*, *supra* n. 34, 1980, p. 60).

¹³¹ L. ROLLAND, *op.cit.*, *supra* n. 24, *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, p. 924.

¹³² « The Many Futures of Contracts », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, pp. 722-725. Voy. aussi sur cette question spéc. L. ROLLAND, *op.cit.*, *supra* n. 24, *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, p. 924.

Les premières sont celles où la personne du cocontractant (son identité, ses qualités) est déterminante, réalité qui les rapproche du pôle relationnel, alors que les secondes font intervenir un cocontractant aisément interchangeable, situation qui les fait rejoindre le pôle transactionnel¹³³. Selon l'auteur, cette réalité rejaillit sur la nature des échanges en ce sens que les *primary relations* mettent en œuvre une réelle coopération alors que les *nonprimary relations* réduisent la communication entre les parties à une coordination formelle. Il démontre ainsi notamment que les relations n'impliquent concrètement pas les cocontractants avec le même degré d'intensité¹³⁴.

L'auteur pointe ici une autre réalité éclairante dans la compréhension de la plupart des contrats à long terme entre firmes. En effet, là où la transaction discrète (contrat-échange) met en œuvre une logique d'apparence plus conflictuelle, le contrat à long terme paraît reposer sur une dynamique résolument coopérative : les actions individuelles se situent en interdépendance plus étroite, les comportements semblent plus altruistes, l'anonymat est moins marqué sans pour autant qu'il y ait nécessairement un *intuitus personae* au sens juridique du terme, les clauses contractuelles insistent davantage sur les exigences de bonne foi, de collaboration et de loyauté, etc. La théorie économique des jeux¹³⁵ illustre avec conviction que l'ouverture sur un avenir qui résiste naturellement à toute anticipation parfaite et requiert une implication substantielle de chaque partenaire peut, à elle seule, expliquer l'apparition spontanée de comportements coopératifs. R. Axelrod a notamment démontré que le seul fait de temporaliser l'action, c'est-à-dire d'inclure un paramètre temporel évitant que la solution

¹³³ La référence à l'interchangeabilité du partenaire est considérée par C. Boismain (thèse précitée) comme constituant le critère de distinction entre le contrat relationnel et la transaction discrète.

¹³⁴ Voy. aussi E. BROUSSEAU, « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises », *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, J.L. Ravix (dir.), Paris, CNRS Editions, 1996, pp. 38 et s.

¹³⁵ Voy. aussi C. DELFORGE, *op.cit.*, in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, 2014, *op.cit.*, *supra* n. 2, spéc. pp. 23 et s., n°15 et s., dont nous reprenons ici la substance des développements. Selon cette théorie, l'exécution d'un contrat à long terme peut être comparée à un jeu où les contractants se trouvent dans une situation telle qu'ils ne peuvent désormais plus décider *efficacement* de manière isolée et décontextualisée : comme dans un jeu, *s'ils cherchent à atteindre l'efficacité*, ils ne peuvent plus agir sans prendre en compte l'information dont ils disposent et anticiper, dans une certaine mesure, quelle pourrait être la position ou la réaction de l'autre. C'est, par ailleurs, un jeu où les contractants ne disposent pas d'une information parfaite et complète quant aux stratégies et comportements d'autrui ; l'incertitude fait donc partie intégrante du jeu, quoique selon un degré variable. C'est, en outre, un jeu où l'opportunisme peut être individuellement bénéfique et où la tentation de tricher demeure présente. C'est, enfin, un jeu dans lequel les parties mettent en œuvre des stratégies vouées à être éprouvées dans la durée.

préférable consiste en l'obtention d'un profit immédiat¹³⁶, en ouvrant le jeu sur le futur¹³⁷, crée un environnement plus favorable à la coopération car les joueurs ont alors conscience de la possibilité de conséquences *médiates* s'ils adoptent un comportement opportuniste. Il y a, en effet, peu de chances que leur défection demeure sans conséquence lorsque la coopération a été instituée dans la durée, le partenaire ayant alors plus tendance à prendre sa revanche (*retaliation*, rétorsion), ce qui pourrait définitivement ruiner la confiance mutuelle et le projet commun. L'exécution du contrat à long terme manifeste ainsi une imbrication plus étroite des intérêts individuels en ce qu'elle incite les contractants à dépasser la quête d'une satisfaction personnelle en prenant davantage en considération la situation de l'autre. Et c'est notamment pourquoi la contrariété semble faire place à la similarité, l'opposition des intérêts à une apparence de convergence et la logique conflictuelle à une logique conciliante.

La théorie des jeux répétés explique, à ce propos, que cette coopération sera nécessairement plus accentuée lorsque le jeu place les contractants dans une situation d'interdépendance en ce sens que l'optimalité de leurs intérêts individuels requiert la convergence de leurs actions. Elle montre également que chaque partie peut poursuivre un but opposé et que la coopération peut naître, malgré une telle opposition, du seul fait que l'objectif commun ne peut désormais être atteint de manière satisfaisante, individuellement et collectivement, qu'en prenant en considération l'autre. Le contrat ne doit alors plus uniquement *concilier* des intérêts divergents ; il doit les *composer* et constitue le support de la participation qui sera individuellement apportée à l'œuvre commune¹³⁸.

Ces considérations soulignent aussi l'importance variable que revêt la *part de l'autre* dans l'exécution du contrat, selon que celui-ci se situe à proximité du pôle transactionnel ou relationnel. Dans la transaction discrète (contrat-échange), ce qui est recherché par chacun peut être obtenu

¹³⁶ L'analyse économique montre, par ailleurs, que le comportement des joueurs varie selon que le jeu est joué un nombre défini ou indéfini de fois. Dans le premier cas, les expériences témoignent que la coopération a tendance à décroître au fur et à mesure de la plus grande proximité du terme et qu'au « dernier coup », les agents ont tendance à rompre la coopération afin de recueillir le profit maximal du jeu. Dans le second, au contraire, la coopération est mieux garantie. Notre positionnement a tendance à être davantage bienveillant lorsqu'une interaction future est certaine ou simplement probable : voy. spéc. R. AXELROD, « The Emergence of Cooperation among egoists », in *Rationality in Action, Contemporary Approaches*, P.K. Moser (dir.), Cambridge University Press, 1990, pp. 296 et s.

¹³⁷ R. AXELROD, *Comment réussir dans un monde d'égoïstes*, Odile Jacob, 1996, p. 120 (il s'agit d'« augmenter l'ombre portée par l'avenir sur le présent »).

¹³⁸ Voy. aussi P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à Fr. Terré*, Dalloz - P.U.F. - J.C., 1999, p. 636.

moyennant une interaction minimale, grâce à une simple coordination des comportements, car l'autre n'est guère davantage que celui qui détient ce que je désire obtenir. S'il y a alors collaboration, fût-ce sous l'angle de la contribution apportée à l'exécution des prestations réciproques, elle est nécessairement minimale : une coordination des moyens en vue d'une finalité qui est l'exécution satisfaisante des promesses initiales. Il y a, en d'autres termes, *conciliation* des intérêts opposés de contractants qui peuvent demeurer indifférents. Un investissement personnel et relationnel n'est, en effet, pas *économiquement* utile¹³⁹. Nulle nécessité d'instituer une relation, d'être bienveillant, de coopérer, etc., car de tels investissements ne pourront être bénéfiques que symboliquement ; *sur le plan de l'efficience*, chaque situation personnelle ne sera pas améliorée par un plus grand investissement personnel et relationnel. De son côté, *l'instrumentum* peut prévoir *ex ante* des mécanismes incitant le respect des promesses initiales¹⁴⁰ et, à défaut de pareille prudence, le droit commun des contrats offrira une solution adaptée. Ce sont probablement ces considérations qui expliquent au premier titre que de tels contrats présentent souvent une logique plus conflictuelle. Ils y sont effectivement plus sensibles. Dans les contrats relationnels, comme le sont la plupart des contrats à long terme entre firmes, la coopération peut devenir tout autant un moyen qu'une fin. En raison de divers facteurs¹⁴¹, la coordination ne suffit plus : l'interaction avec autrui impose une relation, un investissement personnel plus fort¹⁴², mais aussi un plus grand intéressement à la situation de l'autre¹⁴³. Un seuil qualitatif est franchi, même s'il n'exclut pas l'existence de stratégies de pure efficience. Émergent alors ce qui s'apparente à un intérêt commun, une finalité plus convergente, et des intérêts individuels qui se trouvent davantage *mutualisés*.

¹³⁹ Notons que la théorie des jeux sous-estime, toutefois, ce faisant, l'importance des normes sociales, qui peuvent tout autant être des incitants performants à une plus grande coopération. Il reste que la démonstration exprime une réalité qu'il nous semble intéressant de souligner, les stratégies de coopération ne devant pas davantage être occultées.

¹⁴⁰ H. BOUTHINON-DUMAS, *op.cit.*, *supra* n. 17, *R.I.D.E.*, 2001/3, p. 346.

¹⁴¹ Selon les économistes, ils tiennent à la spécificité des actifs, à la complexité du projet, au degré d'incertitudes, etc.

¹⁴² Ce sera donc aussi un contrat souvent personnellement plus *engageant* pour les cocontractants.

¹⁴³ Dans ce sens également, H. BOUTHINON-DUMAS, *op.cit.*, *supra* n. 17, *R.I.D.E.*, 2001/3, p. 347. Comme nous le verrons aussi *infra*, la durée génère des valeurs et croyances communes qui contribuent également à réaliser un plus grand intéressement à la situation de l'autre, ce qui, selon les économistes, contribue aussi à diminuer le risque d'opportunisme (B. LOABSY, *Knowledge, Institutions and Evolutions in Economics*, London, Routledge, 1999, 168 p., spéc. p. 46).

Certes, tous les contrats sont faits de coopération, au même titre qu'ils sont indissociables du conflit¹⁴⁴. La coopération est uniquement susceptible de présenter une intensité variable, allant de ce qui rapproche l'interaction d'une simple *coordination* des comportements à une *action conjointe* plus accentuée. Quoi qu'il en soit, la réalité témoigne que la personne du cocontractant est rarement indifférente¹⁴⁵.

Pour le reste, en considération de la temporalité, il semble que si les contractants deviennent effectivement significativement présents l'un pour l'autre c'est surtout parce que la *relation* qu'ils construisent se trouve ainsi valorisée, fût-ce en raison de la plus-value qu'elle apporte à l'efficacité du projet économique mis en œuvre. Cette idée rejoint directement les enseignements de Macneil qui, à travers l'importance accordée à la personne du cocontractant, vise moins ses qualités et compétences que *la spécificité du lien* qui a été créé avec lui. En effet, l'auteur s'attache plus à l'interindividualité qu'à l'individualité, à la normativité du contrat qu'aux raisons qui en ont justifié la conclusion et qui en forment l'économie.

C. De la normativité juridique aux normativités sociale et relationnelle

1. La plurinormativité contractuelle

Parmi les normes communes à tous les contrats, la norme dite d'harmonisation normative (*Harmonization with the social matrix*) souligne plus spécialement l'ancrage interpersonnel et social de toute relation¹⁴⁶. Cette norme permet à Macneil de mettre en exergue une plurinormativité contractuelle et d'inviter le monde juridique à reconnaître l'effectivité *relative* de l'*instrumentum* voire, plus largement, de toutes les normes juridiques. Ce faisant, il entend aussi réhabiliter le cadre social et interpersonnel du contrat grâce à une compréhension plus adéquate de l'importance de ce qui se joue dans les « sphères vécues »¹⁴⁷, le contrat ne pouvant se comprendre comme un « phénomène clos, une bulle hermétiquement fermée »¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Voy. aussi Fr. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Arch. Phil.Dr.*, 1999, 43, pp. 259-302.

¹⁴⁵ Voy. aussi M.A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, *supra* n. 58, *R.T.D.Civ.*, 1998, p. 50, n°20.

¹⁴⁶ « Values in contract : Internal and External », *Nw. L.R.*, 1983, p. 710-712. Voy. ég. J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éd. Y. Blais, 1998, pp. 205 et s.

¹⁴⁷ L'expression est reprise à J. Commaille (« La fonction de justice et le changement de régime de régulation des sociétés » *Sources et instruments de justice en droit privé*, N. Kasirer et P. Noreau (dir.), Ed. Thémis, 2002, p.92) lorsque l'auteur aborde l'idée de la justice.

¹⁴⁸ J. COMMAILLE, *in Sources et instruments de justice en droit privé*, 2002, *op.cit.*, *supra* n. 146, p. 93.

¹⁴⁹ L. ROLLAND, *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, *op.cit.*, *supra* n. 24, p. 930.

La matrice sociale à laquelle fait référence Macneil est composée de règles qui ne sont pas exclusivement juridiques¹⁵⁰. Selon lui, l'existence de cette matrice impose, en effet, une appréhension contextualisée et plus englobante, concevant le contrat comme un acte enraciné dans un cadre qui lui préexiste et qui n'est pas limité aux normes légales et volontairement consenties par les parties. L'enseignement rejoint, à cet égard, les théories sociologiques des réseaux sociaux (SES)¹⁵¹, lesquelles présentent l'échange comme une forme d'action sociale parmi d'autres, comme une action socialement encadrée (*embedded*¹⁵²) dans les réseaux formés par les relations sociales au sens large¹⁵³.

Deux champs de normativité qui impriment toute relation contractuelle sont plus particulièrement mis en exergue à travers la norme d'harmonisation normative, laquelle pointe, en effet, l'appartenance des contractants tout autant à *la société* (normes externes) qui préexiste à leur rencontre qu'à *l'infra-société* qu'ils créent par le contrat et son exécution (normes internes)¹⁵⁴. Selon Macneil, l'influence qu'exercent ces deux contextes est naturellement plus accentuée en présence d'un contrat relationnel¹⁵⁵ où ils présentent un seuil normatif comparable à celui dont jouissent les promesses initiales dans les transactions discrètes¹⁵⁶. Le

¹⁴⁹ Ce faisant encore, la norme d'harmonisation sociale renforce les deux traits précédemment soulignés en mettant l'accent sur leurs manifestations comportementales.

¹⁵⁰ « The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, spéc. p. 710.

¹⁵¹ Parmi les courants de l'analyse sociologique des réseaux, les travaux de G. Simmel (*Sociologie. Essai sur les formes de socialisation*, Traduit de l'allemand par L. Deroche-Gurcel et S. Muller, P.U.F., Paris, 1908, spéc. pp. 116 et s.) et l'analyse « structurale » proposée par M. Granovetter (M. GRANOVETTER, « Economic Action and Social Structure : The Problem of Embeddedness », *American Journal of Sociology*, 1985, vol. 91, n.3, pp. 493 et s.) nous paraissent particulièrement porteurs. Ces travaux insistent, en effet, pareillement sur l'importance des liens que nouent les individus entre eux et, au-delà de cette interaction, avec les groupes sociaux auxquels ils appartiennent.

¹⁵² K. POLANYI, *The Great Transformation*, 1944; M. GRANOVETTER, « Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness », *American Journal of Sociology*, 1985, vol. 91, n. 3, pp. 481 à 510 ; M. GRANOVETTER, « Problems of Explanation in Economic Sociology », in *Networks and Organizations*, Nohria et Eccles (eds.), Harvard Business School Press, 1992, pp. 33 et 35.

¹⁵³ L'encastrement structural met l'accent sur les répercussions qu'ont les interactions interindividuelles sur les autres composantes du réseau, tout autant que sur celles qu'a le réseau sur chaque interaction (M. GRANOVETTER, 1985, *op.cit.*, *supra* n. 150, pp. 487 et s.). Il s'agit alors de souligner que la société préexiste au contrat, qu'elle en constitue la condition primaire et qu'elle influe, dès lors, nécessairement sur les comportements individuels.

¹⁵⁴ J.-G. BELLEY, *Conférence Meredith Lectures*, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 51, p. 153 ; E. SCHANZE, 1991, *op.cit.*, *supra* note n. 25, p. 81.

¹⁵⁵ Sans être absente dans la transaction discrète : I.R. MACNEIL, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1987, vol. 143, n°5, *op.cit.*, *supra* n. 12.

¹⁵⁶ Comme l'a souligné J.-G. Belley (*Conférence Meredith Lectures*, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 51, pp. 149 et s.), la normativité du contrat relationnel paraît tout autant « promissoire » que « non

contrat relationnel n'est ainsi pas uniquement le moyen de générer des droits et obligations au bénéfice ou à charge des parties (selon l'approche juridique) ou le support de stratégies établies à fins d'utilité et de maximisation des ressources (selon l'approche économique); œuvre humaine émanant d'une interaction entre des agents socialement situés, il est aussi un espace cognitif et normatif.

En se plaçant au niveau de la régulation sociale, Macneil rappelle aux juristes que l'appartenance à une société considérée implique nécessairement une intériorisation, largement inconsciente et d'intensité variable, des normes et valeurs que celle-ci véhicule et que ces normes et valeurs imprègnent les comportements individuels. En particulier, l'appartenance à une collectivité implique le respect que se doivent individuellement ses membres¹⁵⁷ et la perception du caractère obligatoire de certaines normes, même juridicisées, résulte aussi d'une telle intériorisation. Chaque groupe social dispose, par ailleurs, de sanctions propres et, dès lors, d'un pouvoir individuel et collectif de coercition qui oriente les comportements individuels. À cet égard, plus la communauté à laquelle appartiennent les agents est forte, plus la pression collective est importante¹⁵⁸. L'on conçoit alors aisément qu'au-delà des sanctions juridiques, existent d'autres sanctions qui peuvent se révéler tout autant dissuasives. Par exemple, la force obligatoire d'un contrat ne se mesure pas uniquement à l'aune de la menace d'une sanction juridique; la sanction sociale – comme la perte de crédit et l'atteinte à l'« intérêt réputationnel »¹⁵⁹ – jouit aussi d'un pouvoir contraignant et celui-ci ne peut être sous-estimé.

promissaire », elle est « dynamique » (par une plus grande flexibilité), « associative » (par la mutualité des intérêts, la réciprocité et la solidarité) et « sociale » là où la normativité de la transaction discrète est davantage « promissaire » (contenu de l'échange initial des consentements), « statique » (intangibilité du contrat), « individualiste » (logique d'intérêts conflictuels) et « conventionnelle » (le contrat est tout entier façonné par les obligations consenties de part et d'autre au moment de sa conclusion).

¹⁵⁷ *A contrario*, elle peut aussi véhiculer des formes de discrimination vis-à-vis de ceux qui n'en relèvent pas, lorsque la cohésion des membres de la communauté en est un des vecteurs principaux.

¹⁵⁸ G. GOTTLIEB, « Relationism : Legal theory for a Relational Society », *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, p. 575 et s. ; M. GRANOVETTER, « the Impact of Social Structure on Economic Outcomes », *Journal of Economic Perspectives*, 2005, vol. 19, n. 1, spéc. p. 41 et s. ainsi que les références citées.

¹⁵⁹ Le terme est repris à J.-G. BELLEY, « Sans foi ni loi : l'indépendance contractuelle », in *Mélanges Jean Pineau*, B. Moore (dir.), Montréal, Ed. Thémis, 2004, p.52.

Sous l'angle de la normativité interpersonnelle, Macneil¹⁶⁰ met en exergue l'existence et l'influence de normes strictement relationnelles, soulignant ainsi la dimension régulatoire de chaque relation qui génère ses propres normes par le truchement de la succession d'interactions qui révèlent une dynamique de coopération et de réciprocité¹⁶¹ et affermissent la confiance mutuelle.

On le constate effectivement dans la plupart des contrats à long terme en firmes. La relation durable génère un « univers mental et symbolique »¹⁶² et celui-ci devient le lieu d'un apprentissage cognitif et normatif réciproque tout à la fois *sécurisant* et plus *exigeant*¹⁶³¹⁶⁴. En ce sens, l'existence d'interactions antérieures¹⁶⁵ influence naturellement les comportements individuels¹⁶⁶ car la répétition d'interactions les *normalise* et *accentue* leur *prévisibilité*, incitant également à imiter l'expérience passée. Ce faisant encore, la relation intensifie nécessairement aussi les *attentes comportementales* fondées sur l'expérience acquise¹⁶⁷. Ainsi s'établit progressivement un cadre relationnel *particulier* fait de croyances partagées et de normes explicitement ou implicitement délibérées et qui forge ce qui s'apparente à un sentiment d'appartenance. Par leurs comportements conscients et inconscients, les agents érigent leurs règles spécifiques de fonctionnement, les adaptent dans le temps, en assurent le contrôle, tout comme ils les interprètent et leur donnent sens. Cette réalité permet

¹⁶⁰ *The New Social Contract : An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven - London, Yale University Press, 1980, p. 38). Voy. aussi P. VINCENT-JONES, *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op.cit.*, *supra* n. 20, pp. 72 et s.

¹⁶¹ Les théories des réseaux sociaux mettent pareillement en lumière l'existence d'un encastrement relationnel : voy., à ce propos, M. GRANOVETTER, « The Strength of Weak Ties », *American Journal of Sociology*, 1973, pp. 1360 à 1380.

¹⁶² Le terme est repris à G. ROCHER, in *Sources et instruments de justice en droit privé*, 2002, *op.cit.*, *supra* n. 3, p. 4.

¹⁶³ La mise en évidence de cette dimension peut être rapprochée de la tendance jurisprudentielle qui tend à reconnaître des devoirs comportementaux additionnels ou à diminuer le seuil de l'abus de droit dans certains contrats inscrits dans la durée.

¹⁶⁴ Sur l'appréhension de la confiance et les implications qui peuvent lui être reconnues, voy. spéc. la contribution de J. Van Meerbeeck dans le présent dossier.

¹⁶⁵ Comme la perspective d'interactions futures.

¹⁶⁶ I.R. MACNEIL, « Relational Contract Theory: Unanswered Questions », *Nw.L.R.*, 2000, vol. 94, p. 877. Concédonc qu'il en va de même d'autres normes qui ne sont pas liées à la temporalité de l'interaction. On songe à la réputation et, plus largement, tous les signaux, conscients ou inconscients, qui transitent à travers l'image (et dès lors le comportement) que donne et peut vouloir préserver un cocontractant.

¹⁶⁷ On attend du contractant constance et cohérence, c'est-à-dire la réitération d'un comportement précédemment adopté et sur lequel on a construit la croyance qu'il se répétera.

également de comprendre combien la relation peut revêtir une valeur en soi, non pas seulement économiquement¹⁶⁸, mais aussi psychologiquement.

Ainsi, selon Macneil, la normativité contractuelle est à la fois précise et diffuse/spontanée, statique et évolutive, explicite/formelle et implicite/informelle, exogène et endogène¹⁶⁹, mais, surtout, elle ne peut complètement se confondre avec la normativité strictement juridique ; aussi valide et aussi complet soit-il, l'échange initial des promesses est, en effet, toujours insuffisant à exprimer l'ensemble des normativités en jeu dans la relation¹⁷⁰. L'auteur invite alors le monde juridique à rehausser « le statut normatif des 'sources non promissoires de projection de l'échange' »¹⁷¹ et à reconnaître que le contrat, spécialement le contrat relationnel, est tout à la fois un instrument juridique et non-juridique, un support reconnu et protégé par le droit et une relation susceptible de demeurer à sa périphérie.

2. Les fonctions de l'*instrumentum* et le statut de la normativité juridique¹⁷²

Acte privé émanant des contractants et institution socialement et juridiquement reconnue, le contrat-*instrumentum* est un acte « infra-législatif »¹⁷³ qui manifeste le pouvoir d'autorégulation juridiquement dévolu aux parties¹⁷⁴. Contrairement à ce que nous enseigne le droit, ce contrat formel ne remplit pas uniquement une fonction probatoire. Il présente aussi une fonction symbolique en ce qu'il officialise et institutionnalise la relation¹⁷⁵ et en renforce la portée, en la faisant accéder à l'ordonnancement juridique avec tout ce que cela implique en termes de contraintes et de pouvoir de

¹⁶⁸ Voy. *supra*.

¹⁶⁹ « Values in Contract : Internal and External », *Nw. L. R.*, 1983, vol. 78, n. 2, p. 342. Voy. aussi J.-G. BELLEY, *Conférence Meredith Lectures 1998-1999*, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 51, p. 153.

¹⁷⁰ C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 72.

¹⁷¹ J.-G. BELLEY, « Les incertitudes du contrat », *Les incertitudes du droit*, Montréal, Ed. Thémis, 1999, p. 10.

¹⁷² La pratique contractuelle atteste, bien entendu, *a contrario*, la présence de nombreuses relations qui ne sont pas régies par un contrat formel (L. ROLLAND, *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, *op.cit.*, *supra* n. 24, p. 905). Nous entendons ici seulement mettre en exergue les possibles fonctions de l'*instrumentum* lorsque la dimension relationnelle est accentuée.

¹⁷³ Le terme est repris à J. G. BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Pour un droit pluriel, Études offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2002, p. 135.

¹⁷⁴ Voy. à ce sujet J.-G. BELLEY, *Mélanges J. Pineau*, *op.cit.*, *supra* n. 158, pp. 41 et s.

¹⁷⁵ L'importance de cet acte fondateur s'illustre notamment lorsque l'on a égard à la pratique du préambule ou du contrat-cadre. Voy. aussi J.-G. BELLEY, *Mélanges J. Pineau*, *op.cit.*, *supra* n. 158, p. 61-62.

coercition¹⁷⁶. En d'autres termes, il sécurise et rend crédible l'accord intervenu entre les parties¹⁷⁷.

Ainsi envisagé, le contrat-*instrumentum* se compare volontiers à une constitution¹⁷⁸ dont se dotent des contractants au moment d'instituer et d'organiser leur « mini-société » contractuelle avec la volonté d'en régir ses aspects techniques, économiques et juridiques, mais aussi les dimensions interpersonnelle¹⁷⁹ et sociétaire¹⁸⁰. Cet acte fondateur de l'alliance crée un nouvel *ordre privé* (*Private Order*¹⁸¹) ayant vocation à compléter ou concurrencer l'*ordre public* (*Public Order*) avec lequel il coexiste. L'ordre privé du contrat se construit à partir de champs normatifs variés, mais il témoigne toujours de l'existence de volontés qui ne peuvent être réduites à la seule production des effets juridiques.

Lorsque l'on a égard aux normativités des contrats à long terme entre firmes, on ne peut que constater combien le contrat et les sanctions qu'il autorise paraissent envisagés comme des remèdes ultimes que les parties ne mobilisent que *si* et *lorsque* les autres champs régulatoires n'ont pas prioritairement permis d'aplanir les conflits¹⁸². Dans les faits, une prévalence

¹⁷⁶ Voy. J.-G. BELLEY, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », in *Droit négocié, droit imposé?*, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 363-364 qui, s'inspirant des travaux de Macneil, attribue aussi au formalisme la fonction d'assurer l'harmonisation normative.

¹⁷⁷ En ce sens que le contrat devient un (sinon *le*) repère de la relation, comme le confirme l'art. 1134, al. 1^{er}, C.civ.

¹⁷⁸ Voy. aussi L. ROLLAND, *McGill L.J.*, 1999, *op.cit.*, *supra* n. 24, p. 935.

¹⁷⁹ Voy. J.-G. BELLEY, « Une typologie sociojuridique du contrat », *Sociologie du travail*, 1996/4, p. 478. Ceci étant, les statuts, rôles et pouvoirs ne sont pas figés par le contrat formel, la relation de pouvoirs pouvant évoluer dans le temps, révélant parfois que le subordonné peut aussi exercer une certaine autorité sur celui qui lui est en apparence hiérarchiquement supérieur. La relation a, en effet, ceci de complexe (et, en apparence, de paradoxal) que les rôles peuvent s'inverser et les jeux stratégiques sensiblement se compliquer.

¹⁸⁰ Voy. G. ROCHER, in *Sources et instruments de justice en droit privé*, 2002, *op.cit.*, *supra* n. 3, p. 4.

¹⁸¹ La notion d'ordre privé est empruntée à la sociologie du droit et, en particulier, aux travaux de Santi Romano (*L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 2002, 1^{ère} éd. de 1975). Selon cet auteur, par leurs volontés constitutives du contrat, les parties créent un ordre contractuel composé de normes distinctes de celles énoncées par l'ordre étatique (ce qui rejoint la posture d'un pluralisme juridique : voy. J.-G. BELLEY, « L'état et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologies et Sociétés*, 1986, vol. 18, n. 1, pp. 11 et s. ; G. ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *C. de D.*, 1988, vol. 29, pp. 91 et s. ; L. ROLLAND, *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, *op.cit.*, *supra* n. 24, pp. 905 et s.).

¹⁸² Le propos demeure bien entendu nuancé. Le recours aux instances étatiques en présence d'un incident ponctuel est aussi conditionné par d'autres facteurs, comme l'intensité du lien qu'entretiennent les contractants (et la confiance qu'ils se portent) ou la gravité de l'atteinte qui y a été portée. Voy. spéc. J. McMILLAN et C. WOODRUFF, « Private Order under Dysfunctional Public Order », *Symposium on Empirical Research in Commercial Transactions*, *Michigan L.R.*, 2000, vol. 98, spéc. pp. 2447 et s.

semble souvent accordée aux normes extra-juridiques – en particulier la relation – sur le contrat formel. C'est ce qu'illustre, dès 1963¹⁸³, Stewart Macaulay au terme d'une étude empirique menée dans le secteur automobile du Wisconsin, étude qui a inspiré les travaux de Macneil. Ses recherches ont montré que les différends entre des partenaires liés par un contrat à long terme sont rarement résolus par une référence exclusive au contrat formel et que des normes non juridiques¹⁸⁴ permettent d'assouplir la solution apportée à un incident tel que la survenance de circonstances imprévues. Voyant la contrainte juridique comme un instrument de coercition dont usent les agents économiques lorsque d'autres formes de gouvernance économique sont défaillantes¹⁸⁵, l'auteur constatait également que les contractants renoncent assez facilement aux protections que leur offre le droit, tout comme ils peuvent accepter une solution moins avantageuse à court terme dans le but de préserver la relation à plus long terme¹⁸⁶. De même, nombre de différends sont résolus en dehors des instances

¹⁸³ « Non-Contractual Relations in Business : A Preliminary Study », *Am. Soc. Rev.*, 1963, pp. 55 et s. (pour une version révisée in J. Braucher, J. Kidwell et W.C. Whitford (eds.), *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay, On the Empirical and the Lyrical*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 1-19). L'auteur a, ensuite, confirmé ces constats et affiné son appréhension de la réalité contractuelle : « Changing a Continuing Relationship Between a Large Corporation and Those Who Deal with It : Automobile Manufacturers, Their Dealers, and the Legal System, Law and Society », *Wisc. L. Rev.*, 1965, 483, pp. 3 à 212 ; « The Standardized Contracts of United States Automobile Manufacturers », *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1974, pp. 18-34 ; « Elegant Models, Empirical Pictures and the Complexities of Contract », *Law & Society*, 1977, vol. 11, pp. 507-528 ; « An Empirical View of Contract », *Wisc. L. Rev.*, 1985, pp. 465-482 ; « Long-Term Continuing Relations : The American Experience Regulating Dealerships and Franchises », in *Franchising and the Law : Theoretical and Comparative Approaches in Europe and United States*, D. Joerges (eds.), Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, pp. 179-237 ; « Relational Contracts Floating on a Sea of Custom ? Thoughts About the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein », *Nw. L. R.*, 2000, vol. 94, pp. 775-804 ; « Freedom from Contract : Solutions in Search of a Problem ? », *Wisc. L. Rev.*, 2004, pp. 777-820.

¹⁸⁴ Comme la « general business norm of good faith and fair dealing » et les usages commerciaux, la relation entre les contractants, la réputation personnelle et commerciale, l'espoir de relations commerciales futures, etc.

¹⁸⁵ Voy. aussi B.-M. BLEGVAD, « Commercial Relations, Contract, and Litigation in Denmark : A discussion of Macaulay's Theories », *Law and Society Review*, 1990, vol. 24, pp. 397 et s. ; R.W. GORDON, « Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in contract law », *Wis. L. Rev.*, 1985, pp. 565-579.

¹⁸⁶ S. MACAULAY, *Am. Soc. Rev.*, 1963, *supra* n. 182, p. 56. L'idée rejoint celle précédemment exposée selon laquelle la relation génère ses propres règles et que ces dernières complètent et suppléent les normes formelles (*instrumentum* et loi). Voy. aussi spéc. G. GOTTLIEB, « Relationism : Legal theory for a Relational Society », *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, pp. 570 et 576 ; R.W. GORDON, « Macaulay, Macneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law », *Wis. L. Rev.*, 1985, spéc. pp. 571 et s. ; J.-G. BELLEY, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », *C. de D.*, 1991, vol. 32, pp. 253 et s.

judiciaires et l'existence de relations non formalisées par un *instrumentum* ne semble pas exceptionnel¹⁸⁷.

La prise en considération de ces forces normatives dispersées invite naturellement à s'interroger quant à la place qu'occupent et doivent occuper les normes strictement juridiques. Selon Macneil, la portée qu'il convient de reconnaître à l'échange originaire des consentements se relativise nécessairement dès lors qu'émerge une normativité spontanée et spécifique issue de la relation, laquelle jouit d'un pouvoir normatif et dissuasif au moins équivalent, sinon supérieur à celui des règles de droit. Macneil récuse ainsi la représentation d'une normativité juridique hiérarchiquement supérieure à toute autre et balaie l'illusion d'un droit pleinement efficace et effectif pour y substituer une image autrement plus complexe de la réalité. Il s'en suit selon cet auteur que, dans le traitement du contrat, les promesses initiales ne peuvent légitimement prévaloir et que doit être érigé un droit des contrats *sur mesure*, particulier à chaque relation¹⁸⁸.

La conclusion ainsi dégagée nous paraît devoir être nuancée. Si les promesses initiales ne méritent pas d'être survalorisées en toutes circonstances, encore les normes extra-juridiques ne doivent-elles pas davantage l'être. Des études empiriques confirment d'ailleurs que la plupart des firmes perçoivent leurs contrats comme étant juridiquement contraignants et que cette perception influence directement les stratégies qu'elles développent¹⁸⁹. En effet, s'il convient de constater les indices d'une plus grande flexibilité et d'une certaine autonomie, voire d'une indépendance

¹⁸⁷ Cette autonomie et indépendance des parties vis-à-vis du droit est généralement restituée, en doctrine, par le concept de contrat « auto-exécutoire », de contrat se devant d'être avant tout « utile *en fait* » selon J.-G. BELLEY, *Mélanges J. Pineau, op. cit., supra* n. 158, p. 49. Voy. aussi J.-G. BELLEY, « Une typologie sociojuridique du contrat », *Sociologie du travail*, 1996/4, p. 466 ; R. E. SCOTT, « The Promise and the Peril of Relational Contract Theory », in *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay, On the Empirical and the Lyrical*, J. Braucher, J. Kidwell et W.C. Whitford (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2013, Coll. International Studies in the Theory of Private Law, spéc. p. 111.

¹⁸⁸ Il s'agit de reconnaître la particularité de chaque relation et de prendre distance vis-à-vis d'un droit des contrats abstrait par l'adoption de règles applicables à tous. Voy. not. « Barriers to the Idea of Relational Contract », *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, 2001, *op. cit., supra* n. 20, pp. 300 et s.

¹⁸⁹ Voy. not. S. DEAKIN, C. LANE et F. WILKINSON, « Contract Law, Trust Relations, and Incentives for Co-operation : A Comparative Study », in *Contract, Co-operation, and Competition, Studies in Economics, Management and Law*, S. Deakin et J. Michie (dir.), Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 122-123, qui soulignent également que le contrat formel remplit, à cet égard, une fonction déterminante en fixant le cadre de l'échange (il constitue donc un repère essentiel à l'exécution), offrant ainsi aussi une sécurité en cas de survenance d'un différend. Cela étant, cette fonction symbolique implique d'admettre que le « sentiment du droit » – et donc de son caractère contraignant pour les comportements – varie en fonction de la culture et des normes partagées par les cocontractants.

des parties vis-à-vis des cadres juridiques¹⁹⁰, il est probablement excessif de conclure à une prévalence systématique de la relation sur le contrat formel. L'existence de ce dernier et des incitants et sanctions qu'il renferme ou autorise participe directement à la dynamique coopérative de la relation. C'est, en effet, parce qu'un tel cadre (pré)existe que des renoncements sont possibles et qu'ils se voient attribuer une fonction symbolique dans (le renouvellement de) la confiance accordée au cocontractant¹⁹¹.

En reconnaissant son existence et sa validité, en offrant des moyens efficaces garantissant le respect de la parole donnée et la conformité du contrat à un minimum de justice et d'équité, le droit dote le contrat d'une crédibilité sociale, ce qui est essentiel pour les contractants et le marché. Par ailleurs, à travers le principe de la convention-loi et les sanctions de l'inexécution, les normes juridiques sont autant d'incitants qui influencent les comportements individuels et agissent sur les risques que génère la relation à autrui. Elles constituent, à cet égard, un repère important dans la dynamique contractuelle car elles fixent le cadre du jeu et établissent les règles qui forment les remparts face aux tentatives d'opportunisme.

¹⁹⁰ Notons que notre droit n'est pas totalement insensible à ces autres sources de normativités. Il prend en considération certaines normes relationnelles à travers les concepts flous tels que la bonne foi, les standards de bon comportement, le critère de l'homme raisonnable, les règles de l'art, etc. De même, la portée des usages et de la coutume est reconnue. La normativité strictement relationnelle intervient également, lorsque le juge a égard au comportement d'un cocontractant et aux attentes légitimes qu'il peut générer dans le chef d'autrui, aux habitudes ou pratiques courantes des parties, soit à ces dimensions qui relèvent *a priori* davantage du *fait*, mais qui se voient dotées d'un contenu ou d'une portée juridiques. Plus fondamentalement, le droit rend aussi parfois compte de l'histoire de la relation, not. lorsqu'il reconnaît des effets à l'existence d'une relation courante d'affaires. Enfin, c'est une même idée qui dicte la réception par le droit des situations « de fait » – comme la société de fait par exemple –, ou la disqualification du contrat lorsque l'*instrumentum* est contredit par la réalité de l'exécution qui lui a été donnée.

¹⁹¹ En effet, le partenaire vis-à-vis duquel un acte d'indulgence est posé en mesure la portée et sait intuitivement que, dans une dynamique coopérative, un tel acte appellera la réciprocité : voy. S. DEAKIN, C. LANE et F. WILKINSON, *in Contract, Co-operation, and Competition, Studies in Economics, Management and Law*, 1997, *op.cit.*, *supra* n. 24, p. 125 ; M. SAKO, *Prices, Quality and Trust, Inter-firms Relations in Britain and Japan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, spéc. p. 10.

La balance consiste probablement ici davantage à peser le poids qu'implique de renoncer aux sanctions formelles, en appréciant le rôle qu'un tel comportement exercera sur le renforcement de la confiance et la dynamique coopérative. Voy. enfin R. E. SCOTT, « The Promise and the Peril of Relational Contract Theory » et D. CAMPBELL, « What Do We Mean by the Non-Use of Contract ? », *in Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay, On the Empirical and the Lyrical*, J. Braucher, J. Kidwell et W.C. Whitford (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2013, Coll. International Studies in the Theory of Private Law, aux pp. 108 et s. et pp. 169-177.

3. Conclusion

Adoptant une posture et une méthodologie réalistes, Macneil propose un *relational contract law*¹⁹² qui repose sur une lecture moins discrète, impersonnelle et présentifiée des échanges. Le contrat relationnel en est le fer de lance, cet archétype contractuel tout en relief qui surexpose nécessairement chacune des simplifications que véhicule un modèle juridique unique et abstrait, érigé à une époque où l'économie était moins complexe¹⁹³ et les structures contractuelles moins raffinées.

Si l'œuvre est riche et dense, elle ne trace que peu de ponts avec les concepts et institutions juridiques qui mériteraient d'être concrètement renouvelés, ce qui aurait pourtant contribué à davantage convaincre le monde juridique¹⁹⁴. C'est probablement ce qui explique en partie une réception en demi-teinte¹⁹⁵. La complexité et l'ésotérisme de son œuvre, l'imprécision des définitions proposées et la délicate praticabilité des dix normes, la sophistication des explications des liens existant entre les normativités juridique et extra-juridique constituent autant de freins à une réception plus large de ces travaux dans le champ du droit.

Il reste que la théorie relationnelle apporte un éclairage original et constructif à la compréhension des phénomènes contractuels, spécialement la plupart des contrats à long terme entre firmes. L'examen de cette structure contractuelle particulière conforte chacune des critiques émises par Macneil – spécialement la *presentiation* et la *discreteness* –, en orientant plus spécialement l'attention sur la portée explicative de la temporalité¹⁹⁶. Tout entier imprégné d'une temporalité physique, le Code civil de 1804 véhicule une image du contrat faisant abstraction de toutes les dimensions

¹⁹² « Relational Contract Theory: Challenges and Queries », *Nw.L.R.*, 2000, vol. 94, p. 898.

¹⁹³ L'on pourrait même transposer ici l'idée, empruntée aux théories managériales (qui ont elles-mêmes repris une terminologie militaire US), d'un contexte « VUCA » (*Volatility, Uncertainty, Complexity et Ambiguity*) qui caractérise les échanges économiques actuels et traverse les organisations elles-mêmes. Voy. not. B. JOHANSEN (*Institute for the Future*), *Get There Early, Sensing the Future to Compete in the Present*, San Francisco, Berrett-Koehler Publishers Inc., 2007, 200 p.

¹⁹⁴ Voy. spéc. Y.-M. LAITHIER, *op.cit.*, *supra* n. 9, D., 2006, *Doctr.*, selon qui « une fois ces premières impressions dépassées [ndlr la présentation des deux extrêmes de l'axe], la distinction perd sa force de séduction tant elle est impraticable et évanescence » (p. 1004) et « le contrat relationnel est une notion aux contours introuvables, qui s'oppose à la figure (...) purement fictive et qui, techniquement, ne se distingue pas de l'actuelle définition du contrat » (p. 1006).

¹⁹⁵ Voy. aussi C. BOISMAIN, 2005, *op.cit.*, *supra* note n. 18, p. 27, n°15.

¹⁹⁶ Voy. aussi Fr. OST, « Temps et contrat, Critique du pacte faustien », *La relativité du contrat*, 2000, *op.cit.*, *supra* n. 19, pp. 137 et s.

pertinentes du *temps long*, de la *durée* au sens où l'entend Bergson¹⁹⁷. Le temps est traité comme une mesure quantitative, une donnée exogène, tel un repère spatio-temporel : il est statique et n'est autre qu'un indicateur permettant à l'esprit de fractionner le *continuum* temporel en une succession d'instants où s'inscrivent des actions – les faits et actes juridiques -. Selon une telle approche, le temps relevant est celui de l'instant où un acte est posé et ce temps est dépouillé de toute dimension créatrice : congruence, instantanéité, immédiateté, d'abord, intangibilité, stabilité et sécurité, ensuite, tels sont les seuls rythmes conceptuels qui caractérisent la temporalité du contrat. De son côté, la *durée* dévoile une temporalité qualitative, foncièrement ancrée dans la perception qu'en ont les sujets, mais qui est aussi dynamique car ce temps est un mouvement plus qu'un point d'arrêt, il est un processus de dépassement qui imprime le devenir des agents et rend compte de la réalité qui les relie ainsi qu'au monde qui les entoure. Cette seconde compréhension pointe la réalité *subjective* d'un temps *vécu*, révélant sa dimension personnelle et relationnelle. Si la tension entre ces deux temps traverse inévitablement la compréhension que l'on peut avoir du contrat¹⁹⁸, c'est surtout la seconde qui restitue au contrat à long terme sa spécificité et en fait, selon nous, un contrat relationnel exemplaire.

¹⁹⁷ *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, Ed. F. Alcan, 1889 ; H. BERGSON, *La pensée et le mouvant, Essais et conférences*, Paris, P.U.F., 1969 ; H. BERGSON, *Durée et simultanéité*, Paris, P.U.F., Quadrige, 1998.

¹⁹⁸ Notre droit accueille l'influence d'une telle temporalité à travers les mécanismes de gestion du temps et de ses aléas (dimension temporelle) et la reconnaissance du rôle que joue la durée sur la situation des parties et la relation qu'elles nouent (dimension relationnelle).

Tableau de synthèse

Enrichie des apports de la théorie relationnelle et des écrits auxquels il est fait référence dans les lignes qui précèdent, la grille de lecture reprise ci-après nous paraît pouvoir être proposée afin de mieux identifier les spécificités des deux figures contractuelles sur lesquelles l'attention est portée dans la présente contribution¹⁹⁹ :

Contrat-échange²⁰⁰ <i>(image-type du contrat selon la théorie générale issue du Code civil)</i>	Contrat à long terme²⁰¹ entre firmes²⁰² <i>(image du contrat-coopération²⁰³, qualifié de relationnel²⁰⁴)</i>
Les réalités visées	
Un échange économique simplifié entre deux	Opération économique complexe (par son

¹⁹⁹ L'exercice de la comparaison en deux images-types accentue nécessairement certains des traits que l'on peut constater pour chacune d'elles dans la pratique. Comprise comme une classification binaire rigide, la présentation qui suit serait réductrice et simplifiée et, dès lors, critiquable (comme le soutient Macneil, qui y préfère, nous l'avons vu, l'idée d'un spectre). À l'instar des enseignements puisés dans les travaux de Macneil, notre idée n'est donc pas de dessiner deux figures contractuelles, selon une classification au sein de laquelle se rangerait systématiquement une qualification contractuelle donnée (par ex. la vente pour le contrat-échange et les contrats de distribution pour les contrats-coopération) mais bien uniquement, à travers l'identification de ce qui caractérise le plus souvent ces phénomènes, de contribuer à mettre en exergue les traits pouvant œuvrer à une compréhension plus fine de la variété des réalités contractuelles ainsi que les insuffisances marquant l'appréhension juridique classique issue d'une lecture littérale des dispositions du Code civil de 1804.

²⁰⁰ Que l'on rapproche de la transaction purement discrète, telle que décrite dans un premier temps.

²⁰¹ Le tableau limite sa portée descriptive aux contrats à long terme. La réalité ainsi visée peut toutefois se traduire par une variété de situations dans la pratique : un contrat de durée déterminée ou de durée indéterminée, une succession de contrats de durée déterminée, les courants d'affaires, c'est-à-dire, largement, toutes les situations où les contractants s'inscrivent dans une relation ouverte sur le futur.

²⁰² Le choix de se centrer sur les relations entre firmes est principalement dicté par le constat que nombre de relations conclues entre les particuliers et les entreprises (B2C) présentent des traits qui les rapprochent plus fréquemment des transactions discrètes (voy. par ex. les contrats de crédit et d'abonnement). La qualité des parties et leur statut (on songe spécialement aux jeux de pouvoir et à l'asymétrie économique ou informationnelle) sont, en effet, des critères qui peuvent être déterminants de la qualification posée. Il n'en reste pas moins, d'un autre côté, que, comme le précisent Macneil et d'autres auteurs, les contrats à long terme entre firmes pourraient aussi ne pas se situer à proximité du pôle relationnel. C'est donc avec nuance qu'il convient d'approcher cette grille de lecture.

²⁰³ Terminologie de S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Paris, Economica, 2012.

²⁰⁴ Selon la terminologie de I.R. Macneil.

contractants opérant une permutation de biens (ou de services) d'un patrimoine vers un autre (« contrat-permutation » ²⁰⁵).	objet, la spécificité des actifs mis en œuvre, la durée, le degré d'incertitudes affectant sa réalisation, etc.).
Principaux traits caractéristiques	
1. Contrat qui présente un caractère « ponctuel », <i>bien que l'exécution de ses prestations puisse être différée ou qu'il puisse lui-même être réitéré dans le temps.</i> 2. Le contrat assure la coordination d'intérêts divergents et repose sur une logique conflictuelle. En vue de l'exécution satisfaisante du projet contractuel, on constate le plus souvent : - la poursuite prioritaire, par chacune des parties, de la satisfaction de ses intérêts individuels ; - une réciprocité des prestations envisagée comme l'équivalence immédiate entre ce qui est donné et ce qui est reçu (réciprocité structurelle) ; - une simple coordination des comportements permet la satisfaction des intérêts respectifs des parties ; - moindre nécessité d'une communication entre les parties (celle-ci pouvant se réduire à la simple transmission d'informations). 3. Opération dont la satisfaction peut être garantie par le respect des promesses initiales formalisées dans l'<i>instrumentum</i> (ou l'application du Code civil). 4. Contrat impersonnel formé entre des parties qui se reconnaissent surtout par leurs qualités de créancier(s) et débiteur(s) de	1. Relation durable impliquant permanence, continuité, ouverture sur l'avenir. 2. Apparence d'une plus forte communauté d'intérêts ainsi que d'une interdépendance qualitative des actions des parties. En vue de l'exécution satisfaisante du projet contractuel, on constate le plus souvent : - un objectif « commun » et un plus grand intérêt à la situation de l'autre ; - une réciprocité ouverte sur le futur, l'équivalence dans l'attribution des résultats s'envisageant dans le court terme tout autant que dans le long terme et ne répondant pas uniquement à la satisfaction d'intérêts patrimoniaux ; - l'exécution est davantage marquée par une coopération, d'apparence spontanée ; - nécessité d'une communication plus intense et plus régulière. 3. Opération davantage affectée par la relation nouée entre les parties et son contexte. 4. Contrat entre des partenaires qui, par la relation qu'ils nouent et construisent dans le temps, sont ou deviennent significativement

²⁰⁵ Voy. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Paris, Economica, 2012.

droits et obligations ; <i>interchangeabilité plus grande du cocontractant</i> ²⁰⁶ .	présents l'un pour l'autre ; <i>moindre interchangeabilité du partenaire (et de la relation)</i> .
→ Indifférence de la personne du cocontractant ²⁰⁷ .	→ valorisation de la relation et du cocontractant avec lequel elle se noue
→ Contrat « désincarné », « réifié » (contrat-obligations)	→ contrat « personnifié » (contrat-relation)
I. La temporalité du contrat et de la relation	
<i>Contrat ponctuel, isolé de tout autre, instantané ou de brève durée.</i>	<i>Contrat instituant une relation durable</i> ²⁰⁹
1. Contrat marqué par une forte « présentification », c'est-à-dire une fermeture/une réduction du futur dans le présent des promesses initiales.	1. Contrat s'inscrivant dans une temporalité ouverte sur le futur (dont il ne masque pas les incertitudes).
→ la phase d'exécution est comprise comme la réalisation des promesses initiales.	→ la phase d'exécution ne peut être intégralement déterminée <i>ex ante</i> ; elle s'expérimente, se vit, se réalise nécessairement dans une durée dont elle est inséparable.
→ D'un point de vue juridique, valorisation du moment (instant) de l'échange des promesses ²⁰⁸ .	→ D'un point de vue juridique, la valeur accordée aux promesses initiales peut se révéler problématique lorsqu'elle impose l'immutabilité d'un contenu contractuel ne répondant plus à l'utilité (individuelle et collective) escomptée et, dès lors, à l'économie originellement recherchée par les parties.
2. Temporalité relativement neutre (a-	2. Temporalité vécue, faisant partie intégrante

²⁰⁶ Comme l'a relevé C. Boismain dans sa thèse de doctorat précitée, cet élément est un critère déterminant de la qualification du contrat sur l'axe discret/relationnel.

²⁰⁷ Ce qui n'exclut pas que le contrat puisse juridiquement être qualifié de contrat *intuitu personae*.

²⁰⁸ Article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil.

²⁰⁹ La durée pouvant être déterminée ou indéterminée *ab initio*.

²¹⁰ L'idée est que, sur le plan économique, il s'agit d'une durée « utile », performante et recherchée pour elle-même et que, sur le plan relationnel, c'est une durée dynamique et normative.

temporalité), appréhendée comme étant sans influence décisive sur la phase d'exécution des promesses (sauf force majeure). → Compréhension physique, statique eu temps / Prévalence d'une temporalité de l'instant.	de la relation qu'elle ne laisse pas indifférente. → Temps psychologique et relationnel / Temporalité dynamique.
II. La planification contractuelle²¹¹	
1. Le rôle et la portée du contrat formel	
<i>Prévalence du contrat formel²¹².</i> → <i>Rôle coercitif et fonction assurancielle.</i> 1. Contrat complet, autosuffisant : échange économique dont les écueils de la réalisation peuvent plus aisément être anticipés par les parties <i>ab initio</i> ; le contrat (ou, à défaut de précision, le droit positif) est compris comme à même de rencontrer les difficultés de l'exécution. → Quasi-monopole du contenu obligationnel du contrat. 2. Normativité strictement juridique (le contrat, ses obligations et ses sanctions).	<i>Complémentarité entre le contrat formel et la relation²¹³.</i> → <i>Rôle plus symbolique et fonction « organisationnelle », instrumentale.</i> → <i>Possible prévalence des comportements sur le contrat formel.</i> 1. La planification contractuelle initiale suffit rarement car elle ne peut parfaitement anticiper le futur et ses incertitudes. → Contrat incomplet : contenu progressif et évolutif. → Portée équivalente du contenu « opérationnel » ou « opératoire » (J.G. Belley). 2. Complémentarité ou concurrence des normativités juridiques et non-juridiques.
2. Le contenu du contrat formel et son exécution	
1. L'opération qui peut se satisfaire d'un seul acte précisant les éléments de l'échange ainsi que ses modalités d'exécution et ses sanctions²¹⁴.	1. Combinaison plus fréquente d'un acte de base et d'accords ultérieurs dont l'objet peut être de le préciser, de le corriger ou de le compléter²¹⁵.

²¹¹ Voy. aussi « The Many Futures of Contract », *S. Cal. L. Rev.*, 1974, vol. 47, pp. 753 et s.

²¹² Entendu comme l'échange initial des promesses formalisé dans un écrit susceptible de faire preuve et habilitant les parties à recourir aux instances étatiques en cas de manquement à ses dispositions.

²¹³ Comme nous l'avons montré, ceci se constate en particulier par la suppléance de la relation aux lacunes du contrat, mais aussi par une propension plus grande des parties à renoncer à certaines de ses dispositions, comme les sanctions qu'il prétend apporter *ex ante* aux difficultés d'exécution.

²¹⁴ Les éventuels accords ultérieurs ont pour but de corriger le contenu initial.

²¹⁵ On songe naturellement à l'illustration que constitue, à cet égard, le contrat-cadre.

2. Contenu d'apparence plus fermé : les volontés des parties contractantes semblent s'être complètement épuisées au moment de la conclusion du contrat (ou de sa signature).	2. Planification complexe et ouverte, souci d'une plus grande flexibilité (évolutivité possible du cadre, admission d'une construction progressive et d'une réitération des consentements).
III. La relation et les attentes qu'elle génère	
<i>Échange pouvant être économiquement satisfaisant sans une relation significative entre les parties.</i> 1. Les attentes nourries vis-à-vis du cocontractant s'orientent principalement sur le respect des promesses (confiance promissaire) ainsi que la performance et le rendement (confiance que l'on peut qualifier de technique ou opérationnelle)²¹⁶. 2. Les attentes respectives des parties paraissent standardisées, être communes à tous les contrats d'un même type.	<i>Opération dont l'optimalité²¹⁷ ne peut se concevoir sans une relation plus ou moins forte et une confiance réciproque.</i> 1. Les attentes réciproques débordent nécessairement le respect des promesses et la performance/le rendement ; la relation crée de nouvelles attentes, ou accentue celles qui existaient <i>ab initio</i>, fût-ce parce que le lien qui se noue entre les parties les rend souvent plus exigeantes en termes d'altruisme et de loyauté (confiance « relationnelle »). 2. Les attentes respectives sont nécessairement particulières, spécifiques, car dépendantes de la relation qui s'est construite entre les parties.

²¹⁶ Nous reprenons la terminologie proposée par M. SAKO, « A Spectrum of transactional patterns : from ACR to OCR », in *Prices, Quality and Trust, Inter-firms Relations in Britain and Japan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 10 et s. Voy. aussi C. DELFORGE, « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat... », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. Delforge (coord.), Coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2014, pp.21-22.

²¹⁷ Cette dimension ne s'appréciant ici pas exclusivement sous un angle économique.

Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat

Jérémie VAN MEERBEECK

Juge au tribunal de première instance de Bruxelles et
Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles (USL-B)

« Toutes choses doivent être en même état qu'au moment où je vous ai promis, pour que vous puissiez réclamer cet engagement comme obligatoire » (Sénèque, *Des bienfaits*, liv. IV, 35).

Résumé

La contribution examine comment, en partant des réflexions doctorales de l'auteur relatives au principe de sécurité juridique, la théorie relationnelle des contrats invite à consacrer un principe général de confiance légitime en droit des obligations contractuelles, qui permettrait non seulement d'expliquer un certain nombre d'institutions juridiques existantes mais également de justifier des solutions nouvelles, qui tiendraient davantage compte de la dimension relationnelle des contrats.

« *We are all relationalists now* »¹. À la lecture des écrits du professeur MacNeil, il est tentant de se rallier à cette affirmation. Concession à l'impérialisme américain ? Il n'en est rien. Il s'agit plutôt d'admettre ce qui relève, finalement, de l'évidence : un contrat n'est pas que l'expression de l'autonomie de la volonté, c'est également la formalisation juridique d'une relation qui, particulièrement lorsqu'elle s'inscrit dans la durée, dépend autant sinon davantage de la façon dont elle est exécutée que du moment, sacralisé, de la rencontre des volontés individuelles.

La théorie relationnelle du contrat nous a poussé à reprendre nos réflexions doctorales relatives au principe de sécurité juridique (section 1), pour les prolonger sur le terrain du droit belge des obligations contractuelles, tant d'un point de vue descriptif que prescriptif. En effet, il apparaît d'une part que la confiance légitime, corollaire de la sécurité juridique et pendant

¹ R. E. SCOTT, « The Case for Formalism in Relational Contract », *Nw. U. L. Rev.*, 2000, vol. n° 94, p. 52. Voy. également R.E. BARNETT, « Conflicting visions : a Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contracts », *Virginia L.R.*, 1992, vol. 78, p. 1200 : « *To a significant degree, we are all "relationalists" now* ».