

2011s-73

**L'analyse économique du droit
comme outil de la doctrine juridique :
La bonne foi et la justice contractuelle**

Ejan Mackaay

Série Scientifique
Scientific Series

Montréal
Décembre 2011

© 2011 *Ejan Mackaay*. Tous droits réservés. *All rights reserved*. Reproduction partielle permise avec citation du document source, incluant la notice ©.

Short sections may be quoted without explicit permission, if full credit, including © notice, is given to the source.



Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations

CIRANO

Le CIRANO est un organisme sans but lucratif constitué en vertu de la Loi des compagnies du Québec. Le financement de son infrastructure et de ses activités de recherche provient des cotisations de ses organisations-membres, d'une subvention d'infrastructure du Ministère du Développement économique et régional et de la Recherche, de même que des subventions et mandats obtenus par ses équipes de recherche.

CIRANO is a private non-profit organization incorporated under the Québec Companies Act. Its infrastructure and research activities are funded through fees paid by member organizations, an infrastructure grant from the Ministère du Développement économique et régional et de la Recherche, and grants and research mandates obtained by its research teams.

Les partenaires du CIRANO

Partenaire majeur

Ministère du Développement économique,
de l'Innovation et de l'Exportation

Partenaires corporatifs

Autorité des marchés financiers
Banque de développement du Canada
Banque du Canada
Banque Laurentienne du Canada
Banque Nationale du Canada
Banque Royale du Canada
Banque Scotia
Bell Canada
BMO Groupe financier
Caisse de dépôt et placement du Québec
CSST
Fédération des caisses Desjardins du Québec
Financière Sun Life, Québec
Gaz Métro
Hydro-Québec
Industrie Canada
Investissements PSP
Ministère des Finances du Québec
Power Corporation du Canada
Rio Tinto Alcan
State Street Global Advisors
Transat A.T.
Ville de Montréal

Partenaires universitaires

École Polytechnique de Montréal
HEC Montréal
McGill University
Université Concordia
Université de Montréal
Université de Sherbrooke
Université du Québec
Université du Québec à Montréal
Université Laval

Le CIRANO collabore avec de nombreux centres et chaires de recherche universitaires dont on peut consulter la liste sur son site web.

Les cahiers de la série scientifique (CS) visent à rendre accessibles des résultats de recherche effectuée au CIRANO afin de susciter échanges et commentaires. Ces cahiers sont écrits dans le style des publications scientifiques. Les idées et les opinions émises sont sous l'unique responsabilité des auteurs et ne représentent pas nécessairement les positions du CIRANO ou de ses partenaires.

This paper presents research carried out at CIRANO and aims at encouraging discussion and comment. The observations and viewpoints expressed are the sole responsibility of the authors. They do not necessarily represent positions of CIRANO or its partners.

ISSN 1198-8177

Partenaire financier
Développement
économique, Innovation
et Exportation
Québec 

L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : La bonne foi et la justice contractuelle *

Ejan Mackaay[†]

Résumé / Abstract

Ce texte explore l'emploi de l'analyse économique du droit comme outil de doctrine pour analyser les concepts de bonne foi et de justice contractuelle. La bonne foi est présentée comme l'exact contraire de l'opportunisme, concept assez déblayé dans la littérature économique. L'opportunisme se présente lorsque, dans un rapport de coopération entre deux ou plusieurs personnes, l'une d'elles s'affaire à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment des autres, la répartition des gains conjoints résultant de ce rapport que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la création du rapport. Il perturbe le caractère gagnant-gagnant que doit avoir le contrat ou autre rapport de coopération et qui reflète la justice contractuelle. Le risque d'être victime d'opportunisme, de « se faire avoir », amène les acteurs économiques à prendre des précautions qui sont coûteuses et qui réduisent l'étendue des marchés. Le droit se rend utile en combattant l'opportunisme dans toutes ses multiples formes. En partie, cette défense prend la forme d'un éventail de concepts spécifiques à travers les codes. Pour maintenir la certitude du droit, la bonne foi, concept anti-opportunisme de dernier ressort, mais aux contours flous, est employé seulement là où aucun concept spécifique ne peut faire l'affaire. Son utilisation devrait conduire à terme à de nouveaux concepts spécifiques qui vont mener une existence autonome dans le code. La bonne foi, comme absence d'opportunisme, demeure le principe résiduel sous-tendant l'ensemble du droit des contrats et des sociétés commerciales.

Mots clés : droit civil; contrat; bonne foi; opportunisme; analyse économique du droit.

This paper uses Law & Economics as a tool of legal scholarship to analyse the concepts of good faith and contractual justice. Good faith is analysed as the exact opposite of opportunism. On opportunism there is a reasonably well-developed economic literature. Opportunism is present where, in a two or multi-party relationship, one of the participants schemes, by resorting to stealth or to force, to change in his or her favour the division of joint gains flowing from the relationship that each participant could normally look forward to when the relationship was set up. The win-win character that contracts and

* À paraître dans la *Revue de la recherche juridique* de la Faculté de droit d'Aix.

Le sujet traité ici a fait l'objet de travaux antérieurs mais différents (Mackaay 2003). Je voudrais remercier Iñigo de la Maza Gazmuri, Gerrit De Geest, Gerald Spindler et Alain Parent, de même que les participants au séminaire Droit/Économie du 7 juin 2011 à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) et au congrès annuel 2011 de l'*Associação Brasileira de Direito e Economia* à Curitiba, Brésil, les 26-28 octobre 2011, pour leurs observations sur des versions antérieures de ce texte. Après la rédaction, j'ai pu prendre connaissance de Araújo 2007, où certaines idées centrales évoquées ici sont développées aux pp. 578 s, 632 s. et de Dagan 2011, qui en fournit une série d'illustrations percutantes.

[†] Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de Montréal; Fellow, Cirano.

other relationships must have to be viable is thereby thrown out of kilter. The risk of becoming the victim of opportunism, of "being had", by such schemes leads economic actors to take precautions that are costly and reduce the size of markets. Law may render useful services by combating opportunism in all its many forms, where this can be done cost-effectively and at lower cost than participants themselves could attain. In part, this defence is assured through a host of specific concepts found throughout the Civil Code. But cases may arise where none of these specific concepts can comfortably be applied. For such cases, an open-ended concept of last resort is needed. Good faith is such a concept. To ensure the certainty of the law, good faith, the anti-opportunism tool of last resort but with fuzzy boundaries, must be used only where no specific concept will do. Its use implies that over time new more specific concepts will crystallise as decisions accumulate. These new specific concepts should then go on lead an autonomous existence in the Code. Good faith, as the absence of opportunism, remains the principle underlying all of contract law and company law.

Keywords: *civil law, good faith, contract, opportunism, law & economics*

Table des matières

Introduction	2
I La bonne foi dans les textes	2
II La doctrine juridique sur la bonne foi	5
III L'analyse économique du droit sur la bonne foi	8
A L'opportunisme	9
B La bonne foi comme anti-opportunisme.....	14
Conclusion	19
Bibliographie	22

Introduction

La considération des effets des règles constitue une partie essentielle de la mission du juriste qui entend prendre au sérieux la fonction sociale du droit¹. La science économique fournit un outil précieux pour déterminer les effets des règles juridiques². En utilisant les outils de la science économique à ces fins, on se rend vite compte d'un autre usage possible. En appliquant l'outil économique « à rebours », on peut regrouper des règles dont les effets se ressemblent ou sont autrement apparentés. L'analyse économique du droit passe alors d'un « *impact calculus* »³ à un véritable outil de doctrine juridique, en ce qu'elle permet de voir de l'unité sous les apparences possiblement fort diverses des règles.

Dans ce texte, je voudrais explorer cette utilisation sur un concept dont le sens paraît toujours imparfaitement maîtrisée par la doctrine juridique. Il s'agit du concept de la bonne foi « objective », et du concept apparenté de la justice contractuelle, dont les domaines d'application sont celui des obligations contractuelles et, par extension, celui des sociétés commerciales, qu'on pourrait considérer comme des montages contractuels complexes consacrés par la loi. La bonne foi s'entend ici, en première approximation, du fait de s'abstenir d'abuser d'un avantage qu'on a sur son co-contractant ou partenaire commercial dans des circonstances qui s'y prêteraient.

I La bonne foi dans les textes

La bonne foi en ce sens est un concept clé dans tous les systèmes de droit civil. Elle jouait un rôle majeur dans le droit romain et dans l'ancien droit français⁴. Au sein de la famille civiliste actuelle, la plupart des codes comportent une disposition générale consacrant la bonne foi. Ainsi, le Code civil brésilien consacre la bonne foi en son article 422, sans cependant préciser le sens du concept :

¹ Pour MacCormick 2005, 101 s., la prise en compte de certaines conséquences est essentielle pour la justification des décisions judiciaires.

² Friedman 2000, 8.

³ Calcul des effets.

⁴ Voir Charpentier 1996; Cordeiro 1996, 230; Litvinoff 1997, 1651 s.; Lluellas 2006, 1064 s., n^{os} 1972 s; Ourliac 1969, 83, n^o 67.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.⁵

L'Argentine, le Chile, la Colombie, l'Uruguay et le Venezuela comportent des dispositions analogues. Ces pays assignent d'ailleurs un rôle de principe fondateur du droit civil à la bonne foi, si l'on se fie aux réponses fournies au questionnaire qui a circulé dans le cadre du *Proyecto sobre Principios latinoamericanos de derecho de los contratos*⁶.

Pour les droits européens Hesselink fait un inventaire des dispositions consacrant la bonne foi dans les codes civils des différents pays.⁷ C'est dans le droit allemand que la bonne foi (*Treu und Glauben*) joue le rôle le plus important. L'article 242 du BGB a été interprété de manière extensive, par exemple pour servir de fondement au développement de la doctrine de la *culpa in contrahendo*.⁸ La recodification du droit civil néerlandais au cours de la seconde moitié du XX^e siècle a reconnu comme un principe fondateur du droit civil l'obligation de loyauté contractuelle, pour laquelle le terme distinct de *redelijkheid en billijkheid* – rendu en français par l'expression *la raison et l'équité* – a été adopté.⁹

Le Code civil québécois de 1994 réserve à la bonne foi une place plus ample qu'elle ne l'avait sous le Code précédent de 1866. En tout, 86 articles du nouveau code emploient le terme *bonne foi*. Parmi ceux-ci, les dispositions suivantes paraissent marquantes :

6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

1375. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au

⁵ Traduction libre : « Les contractant sont tenus de respecter, aussi bien lors de la conclusion du contrat que dans son exécution, les principes de la loyauté et de la bonne foi. »

⁶ http://www.fundacionfueyo.udp.cl/catedra_derecho_continental.php .

⁷ Hesselink 2010, 619 mentionne : art. 1134 (3) du Code civil français, § 242 du BGB allemand; art. 2 du Code civil suisse; artt. 1175 et 1375 du Code civil italien; art. 288 du Code civil grec; art. 762 (2) du Code civil portugais; artt. 6:2 et 6:248 du Code civil néerlandais. Pour un survol, voir Whittaker 2000a.

⁸ Art. 242 BGB (Code civil allemand): http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ ; Wieacker 1956 ; Zimmermann 2001.

⁹ Arts 3:12, 6:2, 6:258 dans Haanappel 1990.

moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

Au niveau international, la bonne foi a trouvé une place dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, dont l'article 7 prévoit que « pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte (..) ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. »¹⁰ Il en est de même dans les *Principes d'Unidroit 2010*, dont l'article 1.7 énonce que « 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international »¹¹, ainsi que dans les *Principes du droit européen des contrats* (Article 1:201: Bonne foi (1) Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. (2) Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter)¹² et dans le *Cadre commun de référence pour le droit des contrats*¹³.

Les pays de *common law* ont adopté généralement une position plus réservée à l'égard du concept de bonne foi. Parmi ceux-ci, l'opposition la plus résolue vient des juristes anglais, qui estiment que quelque rôle utile que ce concept jouerait pour la pratique du droit serait mieux assuré par des doctrines plus spécifiques.¹⁴ Mais des voix discordantes se font de plus en plus entendre.¹⁵ Considérant l'âpreté du débat, il est remarquable qu'une étude comparative portant sur la façon dont sont en fait résolus une série de cas mettant en jeu la bonne foi dans 14 pays européens ne fait voir aucune différence systématique entre les pays de *common law* et de droit civil, bien qu'elle en affiche parmi les pays de droit civil.¹⁶

Dans le débat sur le rôle de la bonne foi, les Etats-Unis occupent une place intermédiaire. Jusqu'aux années 1960, la position reçue était généralement réservée à l'égard de la bonne foi¹⁷. Cette position a évolué au cours des années 1960¹⁸, grâce entre autres à un article percutant qu'a fait paraître Summers en

10 Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf> .

11 Unidroit 2010.

12 Les principes du droit européen des contrats
<http://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/PECL2fr.html> . Voir aussi Lando 1999.

13 *Cadre commun de référence pour le droit des contrats*, commentaire en anglais, voir DFCR 2009, 178, I. – 1:103:

14 L'un des opposants les plus farouches est Michael Bridge; voir Bridge 1984, 1999, 2011.

15 Par exemple, Stapleton 1999.

16 Zimmermann 2001, 170-171, résumant Zimmermann 2000.

17 Summers 2000.

18 Voir par exemple Farnsworth 1963.

1968¹⁹. Au cours de la décennie 1980, la bonne foi a fait son entrée dans le droit américain par la voie de l'article 1-203 du *Uniform Commercial Code*²⁰ et de l'article 205 du *Restatement (Second) of Contract*²¹, et par là dans le droit des différents États. En 1997, Farnsworth pouvait observer que les Américains avaient l'embaras du choix dans les conceptions de la bonne foi.²²

II La doctrine juridique sur la bonne foi

On pourrait penser que le sens d'un concept aux assises aussi étendues dans presque tous les systèmes juridiques du monde ferait l'objet d'un consensus. Or, il n'en est rien. La nature même du concept est disputée. Hesselink, dans un survol étendu du domaine, relève que la bonne foi est considérée, selon la source, comme « un (très important) principe, une règle, une maxime, un devoir, une règle ou standard de conduite, une source de droit non écrit, une clause générale », ajoutant qu'« au juriste anglais (..) ceci doit paraître plutôt déroutant »²³. Pour Peden, il s'agit d'un principe d'interprétation et plus récemment comme une clause implicite dans les contrats²⁴. Rolland y voit une norme de conduite²⁵.

Une vaste littérature s'affaire à clarifier le contenu du concept²⁶. Dans l'ancien droit français, la bonne foi était analysée comme requérant « que le consentement soit valable, que les parties s'abstiennent de toute trahison, de toute violence, de toute malhonnêteté, de toute fraude; mais aussi qu'il soit vraisemblable et raisonnable; enfin que le contrat ne heurte ni le droit divin, ni les bonnes moeurs, ni même le "profit commun" »²⁷.

De nos jours, la bonne foi paraît avoir acquis un sens plus flou dans le droit des obligations (*la bonne foi objective*). Pour saisir ce sens, la doctrine a recours à

19 Summers 1968.

20 <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>

21 [http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm)

22 Farnsworth 1997, 161 : « *the Americans have, or so it might seem, too many meanings of good faith.* »

23 Hesselink 2010, 622. : *a norm, a (very important) principle, a rule, a maxim, a duty, a rule or standard for conduct, a source of unwritten law, a general clause', (..) 'to an English lawyer (..) this may seem rather confusing.*

24 Peden 2002, 246 : principle of construction; Peden 2009 y voit une clause implicite des contrats.

25 Rolland 1996, 384.

26 Une vaste bibliographie apparaît aux pp. 156-170 de Zimmermann 2000, qui constitue lui-même un apport significatif à cette littérature (voir notamment Whittaker 2000b). Pour un échantillon de contributions récentes, voir Bayley 2009; Beatson 1997; Cohen 2002; David-Constant 1990; Grégoire 2003, 2010; Jaluzot 2001; Jamet-Le Gac 1998; Joseph 2010; Lefebvre 1998; Litvinoff 1997; MacQueen 1999; O'Connor 1990; Powers 1999; Sepe 2010; Van De Mensbrugge 1999; Widmer 1998.

27 Ourliac 1969, 83, n° 67.

des termes généraux comme 'loyauté',²⁸ 'honnêteté', 'intégrité',²⁹ 'fidélité', 'droiture', 'véracité'³⁰, 'comportement loyal', 'souci de coopération', 'absence de mauvaise volonté', 'absence d'intention malveillante'³¹; on n'est guère mieux servi en anglais par les termes comme « *fairness, fair conduct, reasonable standards of fair dealing, decency, reasonableness, decent behavior, a common ethical sense, a spirit of solidarity, community standards of fairness' and 'honesty in fact,* »³² "an objective standard based on decency, fairness or reasonableness of the community, commercial or otherwise,"³³ "having regard to the interests of the other party »³⁴. L'absence de bonne foi signale, pour le juriste d'expression anglaise, une conduite « unconscionable »³⁵ alors que, pour les francophones, cela est « blâmable », « choquant », « déraisonnable »³⁶. Dans des thèses récentes soutenues au Québec, la bonne foi est décrite comme omniprésente³⁷, « un des fondements contractuels, nécessaires à l'atteinte de la justice contractuelle »³⁸, mais « n'empêche pas une partie de profiter d'une saine situation de compétition mais tente d'éviter des abus »³⁹.

Ces formules éclairent-elles utilement le concept ? Peut-être pas tant que cela – elles paraissent pour la plupart traduire un concept flou par d'autres termes flous. Cela semble se refléter dans la vue de la bonne foi comme une « mer sans rivages »⁴⁰ et justifierait la conclusion exaspérée de Jaluzot voulant qu'« en réalité, la bonne foi n'ayant aucun contenu objectivement déterminable, elle peut servir à justifier toute règle du droit des contrats et même hors du droit des contrats »⁴¹. Comme son étude comparative touche le droit allemand aussi bien que les droits français et japonais, il faut penser qu'elle vise aussi le fameux article 242 du BGB, qui est censé irriguer l'ensemble du droit civil allemand. Sa conclusion

28 Charpentier 1996, 305.

29 Pineau 2001, 35.

30 Rolland 1996, 381.

31 Cornu 2000, V^o Bonne foi.

32 Keily 1999, 17-18.

33 Farnsworth 1963, 671.

34 Peden 2002, 245.

35 Keily 1999, 17.

36 Pineau 2001, 44.

37 Lefebvre 1998, 257.

38 Grégoire 2003, 92.

39 Grégoire 2010, 254.

40 David-Constant 1990.

41 Jaluzet 2001, 539, n^o 1840.

s'appliquerait par extension au droit néerlandais, qui va plus loin sur cette voie avec le concept de « *redelijkheid en billijkheid* » déjà évoqué.

D'autres auteurs traitent la bonne foi comme un moule dans lequel peuvent être coulés des concepts plus spécifiques, appelés par la suite à assumer une existence autonome avec leurs propres tests dans le droit positif des différentes nations. Un exemple saillant de ce développement se trouve dans la *culpa in contrahendo* en droit allemand⁴². Zimmerman fournit une liste de « doctrines qui remplissent dans certains systèmes juridiques les fonctions pour lesquelles dans d'autres on fait appel à la bonne foi : *culpa in contrahendo*, *obligations d'information*, *laesio enormis*, l'abus de droit, la *personal bar*, l'interprétation de l'intention des parties (.), *unconscionability*, des doctrines de changements de circonstances ou de présupposés erronés, la force majeure, l'erreur partagée (*mutual mistake*).⁴³ Et il ajoute une liste comparable spécifiquement pour les systèmes de *common law*⁴⁴.

La conclusion peut-être la plus percutante de ce débat troublant est formulée par Hesselink à la fin de son survol déjà évoqué : « La bonne foi n'est pas la norme suprême du droit des contrats ou même du droit privé; elle n'est pas une norme du tout, et constitue seulement l'organe (*mouthpiece*) par lequel parlent les nouvelles règles, ou le berceau dans lequel elles prennent naissance »⁴⁵. Pourquoi une telle mascarade est-elle nécessaire ? Hesselink répond que « les juges dans les systèmes juridiques du continent européen se sont sentis mal à l'aise devant un rôle de créateurs de droit (..) vu que le rôle du juge est de l'appliquer »⁴⁶. À son avis, « si le rôle du juge comme créateur de règles est proprement reconnu, il n'est plus besoin d'une disposition générale évoquant la bonne foi dans les codes ou dans un *restatement* du droit privé européen »⁴⁷. Là où il y a un doute sur le rôle propre des tribunaux, la bonne foi peut avoir sa place comme une formule autorisant les tribunaux à créer de nouvelles règles. Dans ce rôle, on ne peut rien dire, à son avis, sur le contenu de la bonne foi sans connaître le système juridique

42 Cordeiro 1996, 231 s., Zimmermann 2001, 89-92.

43 Zimmermann 2001, 172.

44 Zimmermann 2001, 172-173.

45 Hesselink 2010, 645 : *Good faith is not the highest norm of contract law or even of private law, but no norm at all, and is merely the mouthpiece through which new rules speak, or the cradle where new rules are born. What the judge really does when he applies good faith is to create new rules.*

46 *ibid.*: *judges in continental European systems have felt uncomfortable with their role as creators of law [since] the judge's task is to apply the law.*

47 Hesselink 2010, 647-648 ; *if the role of the judge as a creator of rules is fully recognised, there is no need for a general good faith clause in a code or restatement of European private law.*

dans lequel elle est appelée à fonctionner. Idéalement, ajoute-t-il, son contenu serait vide.

Devons-nous nous résigner à une conclusion aussi pessimiste ? Examinons ce que l'analyse économique du droit, adoptant un point de vue fonctionnel au contenu des concepts juridiques, aurait à contribuer.

III L'analyse économique du droit sur la bonne foi

Une des premières contributions à cette approche est celle de Summers dans un article publié en 1968⁴⁸. Summers soutient que la bonne foi est compris le mieux non pas comme un concept positif, mais plutôt, négativement, par ce qu'elle exclut, à savoir un éventail de comportements indésirables⁴⁹. Dans l'article, Summers présente, pour le droit américain, un vaste éventail de la façon dont les tribunaux ont en fait appliqué la bonne foi. Ce survol s'articule en plusieurs grandes familles de cas, soit cinq cas type dans *La négociation et la formation du contrat*⁵⁰, six dans *L'exécution*⁵¹, quatre dans *La survenance et la résolution de disputes*⁵² et quatre dans *La sanction du contrat*⁵³.

L'approche de définition par la négative est critiquée par Burton, qui estime qu'une compréhension positive de la bonne foi est possible et utile. Il propose de la définir comme « l'utilisation d'une marge de discrétion (..) afin de capter des chances auxquelles on a dû renoncer au moment de contracter »⁵⁴. Summers et Burton ont débattu leurs différences de vue dans la littérature⁵⁵.

L'approche préconisée par Summers rappelle la caractérisation de la bonne foi présentée dans un traité récent du droit des obligations par Pineau *et al.* voulant : « que l'on ne profite pas de l'inexpérience ou de la vulnérabilité d'autrui pour lui imposer des conditions draconiennes, pour lui soutirer des avantages qui ne correspondent pas à ce qu'on lui donne »⁵⁶. La formule renvoie implicitement à la notion d'*opportunisme*, qui est utilisé dans le discours économique. La mauvaise

48 Summers 1968.

49 Summers 1968, 196, 201 f.

50 Summers 1968, 220-232 : *Negotiation and Formation of Contract*.

51 Summers 1968, 232-243 : *Performance*.

52 Summers 1968, 243-248 : *Raising and Resolving Contract Disputes*.

53 Summers 1968, 248-252 : *Taking Remedial Action*.

54 Burton 1980, 373.

55 Summers 1982; Burton 1984.

56 Pineau *et al.* 2001, 44; Romain 2000.

foi correspondrait à adopter un comportement opportuniste et la bonne foi, au fait de s'en abstenir dans des circonstances qui se prêteraient à un tel comportement. Ce lien a été articulé pour la première fois dans un article de Muris remontant à 1981⁵⁷. Examinons-le de plus près.

A L'opportunisme

Muris décrit l'opportunisme comme suit : « Un problème majeur se présente lorsqu'une partie qui exécute le contrat agit contrairement à la compréhension du contrat qu'avait son cocontractant, sans pour autant contrevenir aux termes exprès du contrat, provoquant ainsi un transfert de richesse du cocontractant vers elle – un phénomène qui s'est attiré le nom de *comportement opportuniste* »⁵⁸. Pour Muris, le transfert involontaire de richesse est de l'essence de l'opportunisme⁵⁹. Il ajoute : « En raison du transfert de richesse, les parties ont intérêt à éviter d'être victime d'opportunisme, mais quelle que soit la stratégie d'autoprotection qu'elles adoptent, elle sera coûteuse »⁶⁰. Un éventail de doctrines juridiques peuvent être analysées comme des moyens « rentables » de décourager l'opportunisme, par comparaison avec l'autoprotection par les victimes éventuelles elles-mêmes. La bonne foi serait l'une de celles-là.

Dans la littérature de l'analyse économique du droit, un certain nombre de formes particulières d'opportunisme ont été reconnues et analysées :

le resquillage – lorsqu'un résultat désiré ne peut être obtenu que moyennant l'apport de tous les intéressés ou de la plupart d'entre eux, mais où il n'est pas pratiquement possible de surveiller chacun, le resquilleur s'abstient de contribuer, sans se priver de profiter du résultat obtenu ou du projet réalisé par les autres.⁶¹ Une variante de ce schéma se présente dans le contexte du rapport de travail : l'employé qui ne fournit pas à l'employeur toute l'ampleur de sa capacité de travail fait ce qu'en anglais appelle du *shirking*⁶²;

le problème d'agence – là où, pour la réalisation de ses plans, une personne

⁵⁷ Muris 1981, 566: « *Opportunistic behavior provides a ground upon which to separate good from bad faith* ».

⁵⁸ Muris 1981, 521 ; *A major problem occurs when a performing party behaves contrary to the other party's understanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement's explicit terms, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer—a phenomenon that has come to be known as opportunistic behavior.*

⁵⁹ Muris 1981, 522.

⁶⁰ Id, 522 : *Because of the wealth transfer, parties have an incentive to avoid becoming victims of opportunism, yet whatever strategy of self-protection they choose, deterrence will be costly.*

⁶¹ de Jasay 1989; Farnsworth 2007, 109 s.; Sugden 1986, 122-144; Mackaay 2008, 67, n° 245.

⁶² Buechtemann 1999, at 172, Araújo 2007, 578.

doit faire appel à d'autres qu'elle ne peut parfaitement surveiller, ces autres personnes peuvent poursuivre, au moins pour partie, leurs propres intérêts au détriment du sien; le problème se présente par exemple dans tous les volets de la gouvernance des entreprises⁶³;

le risque ou l'aléa moral – le terme provient du domaine de l'assurance, mais son usage s'est généralisé. Il s'agit également d'un problème de coût de surveillance : l'assuré, une fois le contrat d'assurance souscrit, se comporte de manière moins prudente qu'il ne l'a – implicitement – promis ou montré au moment où la prime d'assurance a été fixée⁶⁴;

le bastion (hold-out) – lorsqu'un projet collectif n'ira de l'avant que moyennant l'accord de tous, le bastion suspend son assentiment dans le dessein de s'assurer une part plus que proportionnelle des gains conjoint résultant du projet. L'opportunisme provient ici non pas d'un problème d'information (surveillance), mais du pouvoir de monopole qui résulte du droit de veto⁶⁵;

le hold-up – se présente lorsqu'un contractant peut forcer la main de l'autre afin d'obtenir plus que sa part promise ou plus qu'une part équitable des gains conjoints résultant du contrat⁶⁶.

Autant ces formes spécifiques d'opportunisme ont été étudiées de près, autant il est difficile de trouver une définition de l'opportunisme en général⁶⁷. La théorie économique néoclassique prête peu d'attention au phénomène, préférant étudier le fonctionnement des marchés comme si les transactions y sont conclues et exécutées sans la « friction » que constituent les coûts de transaction et l'opportunisme⁶⁸. Cohen soutient qu'il en va de même de l'analyse économique du droit dans sa mouture classique⁶⁹. Par contraste, pour les économistes dits « institutionnalistes », ces concepts occupent une place centrale. Williamson qui en a souligné l'importance fréquemment, définit l'opportunisme comme « la

⁶³ Jensen 1976; Bishop 1998; Scott 1998; Farnsworth 2007, 87-99; Mackaay 2008, 68, n° 252.

⁶⁴ Kotowitz 1987.

⁶⁵ Cohen 1991; Epstein 1993; Danzon 1993; Mackaay 2008, 67, n° 246, Araújo 2007, 578.

⁶⁶ Klein 1996, 1998; Shavell 2007; Trebilcock 1995, 96 s, Araújo 2007, 578, 632 s.

⁶⁷ Cf. Cohen 1992, at 953-4: " Economists agree more on examples of opportunistic behavior than on definitions of it, though the term has achieved general acceptance."

⁶⁸ Williamson 1996, 49 writes: "Economists are thus late comers to the opportunism science."

⁶⁹ Cohen 2010. Comme pour illustrer ceci, le manuel de Posner, don't vient de paraître la 8^e édition (Posner 2011), reconnaît le combat de l'opportunisme comme un des principes fondateurs du droit des obligations contractuelles (p. 123), mais ne comporte pas, à la table analytique, d'entrée pour le terme opportunisme.

poursuite rusée de son intérêt égoïste »⁷⁰. Il oppose l'opportunisme à la confiance et l'associe à la divulgation partielle ou sélective d'information, avec l'incertitude, avec la rationalité limitée et avec la spécialisation d'actifs, de la part de la victime d'opportunisme, et avec des « promesses auxquelles il ne croit pas lui-même » relatives à sa conduite future, de la part de l'opportuniste⁷¹.

Une contribution majeure à cette littérature apparaît en 1992, lorsque George Cohen présente l'opportunisme comme un phénomène très général, affectant *toutes* les phases du processus contractuel et dont, par conséquent, le droit des obligations contractuelles devrait s'occuper de multiples façons⁷². Il le définit comme « toute conduite par l'un des contractants qui va à l'encontre des ententes raisonnables de l'autre, fondées sur l'entente des parties, les normes contractuelles ou la moralité conventionnelle »⁷³. Il le contraste avec une autre entrave au bon déroulement du processus contractuel, à savoir la *négligence* ou faute contractuelle par négligence. À son avis, si l'opportunisme et la *négligence* devraient être présents tous les deux dans un litige contractuel, le combat de l'opportunisme devrait avoir la priorité pour le tribunal. La raison en est que, si l'opportunisme était laissé sans sanction, tous les contractants potentiels devraient se protéger en prenant plus de précautions afin d'éviter de « se faire avoir » par l'opportuniste. La précaution ultime est de renoncer complètement au contrat envisagé. Si beaucoup de contractants potentiels adoptent cette position, le marché devrait se rétrécir. Les mesures de précaution qui ne vont pas jusque-là sont tout simplement du gaspillage (une perte du bien-être collectif; un coût social). Ou pour le dire autrement, avec Dixit, « l'opportunisme s'entend d'une classe d'actes qui peuvent paraître tentants aux individus mais portent atteinte au groupe dans son ensemble »⁷⁴.

Il est vrai que la *négligence* du cocontractant peut également amener le contractant à entreprendre davantage de précautions. Même si cela ne constitue pas l'option la moins onéreuse, ce n'est pas forcément un gaspillage total car les précautions d'un contractant sont souvent un substitut imparfait pour celles de

⁷⁰ Williamson 1975, 26 and 1985, 47, 64-67 : *self-interest seeking with guile*.

⁷¹ Ibid. : *self-disbelieved promises*.

⁷² Cohen 1992.

⁷³ Cohen 1992, 957 : *any contractual conduct by one party contrary to the other party's reasonable expectations based on the parties' agreement, contractual norms, or conventional morality*; la formule est reprise dans Cohen 2011, 139, mais avec la précision que « it may be alternatively "an attempted redistribution of an already allocated contractual pie, that is, a mere wealth transfer" ».

⁷⁴ Dixit 2004, 1.

l'autre. Cohen ajoute : « même si la conduite négligente est sanctionnée, les individus ne font pas confiance aux autres pour être prudents autant qu'ils s'attendent à ce qu'ils soient honnêtes, car, même si les gens sont généralement prudents, une marge de *negligence* est inévitable »⁷⁵. L'opportunisme est plus dommageable pour le bien-être collectif que ne l'est la négligence.

Ces développements peuvent être résumés par la formule selon laquelle une partie à un rapport bilatéral ou multilatéral agit de manière opportuniste lorsqu'elle s'affaire à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment des autres, la répartition des gains conjoints résultant de ce rapport, que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la création du rapport⁷⁶. Elle s'efforce, en d'autres mots, d'obtenir plus que sa part, un avantage indu, à l'aune de « l'entente des parties, des normes contractuelles ou de la moralité conventionnelle » pour reprendre les termes de Cohen⁷⁷.

L'opportunisme peut consister à amener une personne à conclure un accord auquel elle n'aurait pas volontairement consenti étant complètement informée, ou à entrer en négociation sans réelle intention de conclure un contrat, ou encore à rompre des négociations onéreuses qui sont sur le point d'aboutir à un accord (opportunisme *ex ante*). L'opportunisme peut aussi viser à exploiter des circonstances imprévues pour lesquelles le contrat ne comporte pas de règles explicites, afin de tourner la division des gains du contrat implicitement convenue au moment de la conclusion de l'accord (opportunisme *ex post*). Pour employer le langage de la théorie des jeux, dans un *dilemme du prisonnier*, l'opportuniste opte pour la défection alors que les autres joueurs choisissent la coopération.

La partie qui agit de manière opportuniste exploite une asymétrie dans le rapport au détriment des autres parties. Toutefois, la seule asymétrie ne signale pas nécessairement de l'opportunisme : on se fie à des spécialistes de diverse trempe pour les services qu'ils peuvent rendre; la vie serait autrement plus difficile en leur absence. Le problème surgit lorsque l'une des parties contractantes exploite l'asymétrie de façon significative pour changer en sa faveur la division des quasi-rentes résultant du contrat.

L'opportunisme a dû faire partie de la condition humaine depuis toujours, comme le note Buckley ; la nature humaine a peu changé dans le temps⁷⁸. Il peut

⁷⁵ Cohen 1992, at 977.

⁷⁶ Mackaay 2008, 379 (n° 1355).

⁷⁷ Art. 3.2.7 d'UNIDROIT 2010 emploie le terme « avantage excessif ».

⁷⁸ Buckley 2005, 168.

prendre une infinité de formes. « Il n'y a pas de limite à l'opportunisme », écrit Cohen⁷⁹. Ses variantes sont à la hauteur de l'inventivité humaine à la recherche de nouveaux profits et des façons d'en éviter le partage. Chaque développement nouveau dans le domaine des technologies de communication – l'internet étant le plus récent – entraîne son lot de nouvelles ouvertures pour l'opportunisme. L'opportunisme peut souvent être déguisé comme un comportement légitime et peut être difficile à déceler et à distinguer de la simple négligence⁸⁰. Cette distinction est pourtant essentielle car l'opportunisme est socialement beaucoup plus dommageable que la négligence.

Les réponses à l'opportunisme doivent se développer au même rythme. Le combat de l'opportunisme est un trait fondamental du droit des contrats et du droit des sociétés commerciales⁸¹. On peut la considérer comme une dimension fondamentale de la justice contractuelle, dans la mesure où le contrat vise foncièrement un échange gagnant-gagnant. L'opportunisme, sous toutes ses formes, y porte atteinte.

Le contrat est avant tout le domaine où les acteurs déterminent eux-mêmes les règles du jeu et où le droit joue un rôle complémentaire, fixant le cadre de leur action. Se prémunir contre l'opportunisme revient au premier chef aux parties contractantes elles-mêmes. Le droit peut se rendre utile lorsque sa présence permet aux parties de « baisser leur garde », c'est-à-dire de réduire les mesures d'autoprotection qu'elles auraient prises autrement et de prévoir une moins ample marge pour pertes inévitables, et que les coûts de la règle juridique elle-même et du système qui la sanctionne sont inférieurs aux économies ainsi engendrées pour l'ensemble des contractants potentiels⁸².

On peut s'attendre à ce que ces conditions soient remplies là où l'autorité publique a accès à de plus importants rendements d'échelle dans la formulation et la sanction des règles que ne peuvent atteindre les acteurs privés, même par voie d'associations et autres regroupements. Un des grands principes que l'on trouve reflétés dans de nombreuses règles juridiques vise à attribuer un fardeau à la partie qui peut le mieux ou aux moindres frais influencer la survenance d'un

⁷⁹ Goetz 1980, 1273, cité dans Cohen 1992, 999.

⁸⁰ Muris 1981, 526: [L'opportunisme] « *is subtle in two ways: first, the behavior is inherently difficult to detect; second, although the activity is detectable, it is easily masked as legitimate conduct, and thus its opportunistic nature is discoverable only at a high cost.* »

⁸¹ Kraakman 2009.

⁸² Ailleurs ceci a été appelé le test de Wittman, renvoyant à Wittman 2006, 194. Voir Mackaay 2008, 373 s., n^{os} 1333 s.; Mackaay 2010, 427.

événement dommageable. Calabresi a proposé le terme « *cheapest cost avoider* » pour désigner cette partie et le terme s'emploie par extension pour le principe d'attribution⁸³. Une bonne partie du droit civil des contrats paraît explicable comme des applications du principe du « *cheapest cost avoider* »⁸⁴. Dans les cas d'opportunisme, c'est presque invariablement l'opportuniste qui est le « *cheapest cost avoider* ».

B La bonne foi comme anti-opportunisme

La « préservation des contrats des ravages de l'opportunisme », pour employer l'expression de Williamson⁸⁵, devrait être l'un des principes fondateurs du droit des obligations. Parce que l'opportunisme peut prendre une infinité de formes, le droit a besoin d'un arsenal ouvert d'outils pour y répondre. Au fil des siècles, les systèmes juridiques ont développé toute une gamme de concepts pour s'attaquer à des formes particulières d'opportunisme, chacun avec ses propres tests et présomptions de fait⁸⁶.

Pour fixer les idées, examinons le concept de dol. Pothier, écrivant, en 1764, sur l'ancien droit français, définit le dol simplement comme « tout artifice dont on se sert pour tromper quelqu'un »⁸⁷. La formule laisse entendre que la victime du dol ne reçoit plus l'avantage espéré du contrat. Cela justifie le droit qui lui est accordé de demander, en dedans d'une période fixe (dix ans du temps de Pothier) depuis la découverte de la fraude, l'annulation du contrat. Dans le contexte de notre discussion antérieure, le dol constitue un exemple patent d'opportunisme par la ruse.

Pothier notait déjà que les exagérations mineures ne justifiaient pas l'annulation du contrat.⁸⁸ La règle contraire mènerait, à ses yeux, à un nombre excessif de procès et cela interférerait avec le commerce. Cette position est toujours celle des droits modernes à l'égard de ce qui est appelé le *bon dol*⁸⁹. Dans une perspective économique, il paraît moins coûteux dans ces cas de confier aux parties le soin de veiller à leurs propres intérêts que de rechercher la protection du droit positif avec la lourde machinerie de sanction qui y est associée et l'inévitable

83 Calabresi 1970, 139 s.; Calabresi 1972, 1118 s.

84 De Geest 2002.

85 Williamson 1996, 48 : *Safeguarding transactions from the hazards of opportunism*.

86 Cordeiro 1996, 236, 240.

87 Pothier 1764, 42, n° 28, auquel renvoie Pineau 2001, 175, n° 85.

88 Pothier 1764, 44, n° 30.

89 Voir par exemple Lluellas 2006, 282 s, n° 601 s.

limitation de la liberté de contracter attenante.

Saut en avant rapide vers 1994, date d'entrée en vigueur du nouveau Code civil du Québec, qui définit le dol de la façon suivante:

1401. L'erreur d'une partie, provoquée par le dol de l'autre partie ou à la connaissance de celle-ci, vicie le consentement dans tous les cas où, sans cela, la partie n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes.

Le dol peut résulter du silence ou d'une réticence.

L'opportunisme apparaît à la fin du premier alinéa, par la formule voulant que la victime n'ait pas contracté ou seulement à des conditions différentes. Les acteurs rationnels ne se priveraient pas volontairement des gains du contrat sur lesquels ils comptaient.

Notez comment la formule a été enrichie depuis le temps de Pothier. Non seulement les actes dolosifs du contractant lui-même entrent en compte, mais également ceux de tiers dont il a connaissance; de plus, non seuls des actes sont considérés, mais également le silence et, faut-il penser, les omissions. Enfin, le dol n'est plus considéré seulement comme un tout ou rien, mais peut également être sanctionné lorsque la victime aurait bien contracté malgré le dol mineur, mais à des conditions différentes (*dol incident*)⁹⁰.

Ces extensions ne sont pas des implications évidentes des termes utilisés par Pothier. Elles s'expliquent bien, cependant, si l'on conçoit le dol comme ayant pour but de combattre l'opportunisme par la manipulation de l'information. Le fait d'accepter l'opportunisme comme le moteur théorique derrière le dol focalise l'attention sur de nouveaux schémas qui pourraient être pertinents et pointe vers les faits et les actes spécifiques dont il faudrait rechercher la présence ou l'absence dans la constellation des schémas en question⁹¹. Dans le commerce des voitures d'occasion, par exemple, le fait de tripoter l'odomètre d'un véhicule en vente est présumé dolosif. À mesure que de nouveaux cas sont présentés aux tribunaux, ceux-ci – de même que le codificateur qui consolide leurs efforts – font de la « politique jurisprudentielle » en étendant la formule existante à des formes apparentées d'opportunisme. Les « lacunes » sont ainsi remplies « à la marge » des concepts existants, qui agissent alors comme des « ancrés », pour ainsi dire, de manière à garder l'incertitude juridique dans les limites acceptables, et pourtant

⁹⁰ Lluelles 2006, 305 s, n^{os} 649 s.

⁹¹ Sur le pouvoir des théories d'orienter le regard et de diriger l'enquête, voir Wonnell 1990, 450, cité par Cohen 1992, 1014.

à contribuer à la mission générale d'endiguer l'opportunisme.

Les systèmes civilistes comportent un éventail de telles « ancrés ». Nous en avons rencontré un certain nombre dans la liste de Zimmerman, présentée plus tôt⁹². On peut retenir en outre les garanties des vices cachés ou de l'éviction dans la vente, ou les obligations d'informer, de coopérer et d'éviter ou de déclarer les conflits d'intérêt qui font partie des règles du mandat et des rapports par lesquels une personne administre les biens d'autrui. Le devoir de limiter le dommage imposé à la personne qui subit une perte du fait d'autrui peut être analysé comme une réponse à une forme de risque moral⁹³. Ce devoir, d'abord reconnu dans les systèmes de *common law*, est désormais également admis dans les codes civils de l'Allemagne⁹⁴, de l'Italie⁹⁵, des Pays-Bas⁹⁶ et du Québec⁹⁷. Un dernier exemple se trouve dans la façon dont le nouveau Code civil néerlandais traite le fait pour l'un des deux contractants d'interférer dans l'accomplissement de la condition stipulée dans leur contrat :

Art. 6:23 1. La condition est réputée accomplie, si la raison et l'équité l'exigent, lorsque la partie qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.

2. La condition est réputée défaillie, si la raison et l'équité l'exigent, lorsque la partie qui y avait intérêt en a provoqué l'accomplissement.

Dans chaque cas, la partie qui a agi de manière opportuniste est privée de son option préférée, alors que la victime obtient la sienne.

Il arrive des situations où une forme de comportement opportuniste ne peut confortablement être sanctionnée à l'intérieur des frontières, même élastiques, des « ancrés » reconnues en droit positif. Pour pareils cas, il serait souhaitable de disposer d'un concept ouvert qui peut être appliqué, certes à contrecœur et en dernier ressort, mais appliqué tout de même aux formes inédites d'opportunisme. Nous voulons soutenir que l'obligation d'agir de bonne foi joue précisément ce rôle résiduel dans les systèmes de droit civil.

On applique la bonne foi comme règle de dernier ressort dans des cas exceptionnels et avec l'espoir que cette application mènera à terme à la

92 Zimmerman 2001, 172.

93 Voir Mackaay 2008, 441, n° 1624.

94 254 (2) BGB (Mitverschulden).

95 1227 (2) Codice civile.

96 NBW 6:101. Voir Haanappel 1990.

97 1479 CCQ.

crystallisation d'un nouveau concept, une nouvelle « ancre » applicable à ce domaine spécifique, comme cela s'est produit pour le concept de *culpa in contrahendo* dans le droit allemand. Le processus d'« ancrage » de nouveaux concepts peut être opéré par les tribunaux sous le couvert de la notion générale de bonne foi. Il peut aussi être entrepris par le législateur sous la forme de lois ou de règlements. Il est permis de penser que le droit de travail, à l'origine, et, plus récemment, le droit du consommateur reflètent cette logique. De nos jours, l'articulation progressive de règles en matière de conflits d'intérêt dans différents secteurs en paraît également être une expression⁹⁸.

La bonne foi est l'exact contraire de l'opportunisme. Le contrat doit normalement consacrer un échange – au sens économique ! – gagnant-gagnant. C'est ce qu'exprime l'idée de justice contractuelle. L'absence d'opportunisme est donc un présupposé sous-tendant l'ensemble du droit des contrats. C'est en ce sens que la bonne foi « irrigue » tout le droit des contrats. Elle constitue le principe directeur de maintes cristallisations spécifiques, mais est un concept trop général pour se prêter à une application routinière, si l'on veut respecter la condition de certitude du droit⁹⁹. Lorsque la bonne foi est utilisée pour sanctionner des formes inusitées ou nouvelles d'opportunisme pour lesquelles aucune « ancre » ne paraît disponible, elle fonctionne comme une règle ouverte permettant aux tribunaux de faire de la « politique jurisprudentielle », remplissant des lacunes par lesquelles l'opportunisme pourrait autrement envahir le droit.

Il peut être utile d'illustrer ce propos à l'aide de l'exemple, développé par Cohen, de l'affaire américaine *Jacob & Youngs c. Kent*, un arrêt de la Cour d'appel de New York¹⁰⁰. Cohen résume les faits comme suit :

« Jacob & Youngs avaient construit une résidence secondaire pour le compte de Kent, un avocat prospère de New York. Le prix convenu était de 77 000\$, dont la totalité à l'exception de 3 500 \$ avait été payée. Une des conditions stipulées au contrat prévoyait que toute la tuyauterie de fer forgé installée devrait être du tuyau galvanisé, soudé à clin de qualité connue comme "standard" de chez Reading manufacture. Neuf mois après la fin des travaux de construction, Kent apprit qu'une partie de la tuyauterie installée n'était pas de la marque Reading, mais était du tuyau de fer forgé d'autres fabricants, dont Cohoes. Kent exigea alors le remplacement de

98 http://fr.wikipedia.org/wiki/Conflit_d'intérêts, où sont mentionnées parmi les formes de conflit d'intérêt : les opérations entre apparentés (self-dealing); le délit d'initié; le népotisme et le favoritisme politique; le recours aux prête-nom. Leur liens avec l'opportunisme sautent aux yeux.

99 Voir Mackaay 2000.

100 129 N.E. 889 (N.Y. 1921) (http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/jacob_kent.htm); Cohen 1992, 990 s.

tout le tuyau non conforme, même s'il était en grande partie encastré dans les murs. Jacob & Youngs refusèrent de remplacer le tuyau, Kent riposta en refusant le paiement final, et Jacob & Youngs intentèrent une action en justice. La Cour d'appel de New York, par la voix du juge Cardozo, fit droit à la réclamation de Jacob & Youngs, tout en reconnaissant la non-conformité partielle de l'exécution. Le raisonnement de Cardozo – reformulé en termes différents, bien entendu – portait essentiellement que si l'entrepreneur avait tout au plus été simplement négligent, le propriétaire de la maison a pu être potentiellement opportuniste en insistant sur la lettre du contrat; pour cette raison, l'entrepreneur méritait de gagner. »¹⁰¹

Il faut admettre que l'entrepreneur a pu être quelque peu négligent en ne surveillant pas le sous-traitant d'assez près pour assurer que la tuyauterie stipulée fut installée partout. Doit-il pour autant être obligé de tout corriger à ses frais ou être privé du paiement final ? Cela paraît excessivement sévère, compte tenu de ce que le travail a été effectué autrement à la satisfaction du client. La sanction conférerait un gain inespéré au propriétaire, ce qui pourrait l'amener à le rechercher de façon opportuniste.

Pour déterminer s'il y a opportunisme de la part du propriétaire, il faut rechercher d'abord une asymétrie dans le rapport. Or, l'entrepreneur a complété la construction de la maison – le coût intégral a été assumé – mais n'a pas été payé en entier – une asymétrie au détriment de l'entrepreneur. Puisqu'il s'agit d'un contrat unique (non répété), l'entrepreneur ne pouvait se servir de la réputation de son client pour jauger le risque d'opportunisme et pour s'en protéger. Il a pris une précaution à sa disposition, en insistant sur des paiements progressifs à mesure que le travail avançait.

Y a-t-il exploitation, au sens d'une démarche du propriétaire modifiant significativement la distribution des gains du contrat à son avantage ? Les chances que le propriétaire avait un intérêt réel pour la marque précise de tuyau stipulée sont minces. La raison d'évoquer la marque de tuyau paraît plutôt pour indiquer un niveau (élevé) de qualité recherché. La tuyauterie installée était, selon les indices

¹⁰¹

Cohen 1992, 990 : « *Jacob & Youngs built a "country residence" for Kent, a successful New York lawyer, for \$77,000, of which Kent paid all but around \$3500. One of the contract specifications provided: "All wrought-iron pipe must be well galvanized, lap welded pipe of the grade known as 'standard pipe' of Reading manufacture." Nine months after the house was completed, Kent learned that some of the pipe used was not Reading pipe, but wrought iron pipe made by other manufacturers, including Cohoes. Kent then ordered the pipe (990) replaced, even though much of it was already encased within the walls of the house. Jacob & Youngs refused to replace the pipe, Kent refused to make the final payment, and Jacob & Youngs sued. The New York Court of Appeals, speaking through Judge Cardozo, allowed Jacob & Youngs to recover the full remaining payment, despite its acknowledged breach. Cardozo's reasoning—in different terminology, of course—is essentially that the builder was merely negligent in breaching while the homeowner was potentially opportunistic in insisting on the letter of the contract; therefore, the homeowner lost. »*

fournis, de la qualité requise. Il n'y a pas d'indication que le propriétaire avait un rapport particulier avec le fabricant Reading. Il n'a pas non plus pris soin de surveiller personnellement l'installation de la tuyauterie, ni ne s'est affairé à commander personnellement le produit voulu, ce qui aurait témoigné d'un intérêt particulier. Tout ceci a amené la Cour à juger contre le propriétaire.

Des analyses semblables pourraient être effectuées dans des décisions relevant du droit civil, bien que les tribunaux civilistes fournissent généralement moins de détails sur les faits servant d'appuis à leurs décisions. À titre d'exemple, Ancel, dans une étude récente portant sur la bonne foi en droit français¹⁰², relève plusieurs cas où le contractant qui agit clairement de manière opportuniste, tout en respectant en apparence la lettre du contrat, se voit privé, pour cause de mauvaise foi, de la sanction qu'il aurait normalement pu faire valoir. Tel fut le cas de l'exercice de mauvaise foi d'un droit de dédit, que le tribunal a refusé pour cette raison. Tel fut également le cas lorsqu'un crédentier, « dans le seul but d'obtenir la résolution du contrat, se prévalait d'une clause lui permettant d'exiger "à n'importe quel moment et sur son seul souhait, pour quelque motif que ce soit" la conversion de la rente en une obligation de soins, à un moment où le débirentier, en raison d'un accident l'ayant handicapé, était dans l'impossibilité d'exécuter cette obligation de soins »¹⁰³. La demande de résolution a été rejetée.

Ces décisions illustrent que l'opportunisme n'est pas toujours facile à déceler, mais également que le fait d'examiner un cas à la lumière d'un opportunisme potentiel oriente le regard sur les intérêts de chaque partie et sur la façon dont les actes accomplis ou les faits survenus dont la partie a pu tirer profit font le jeu de ces intérêts. En ce sens, la bonne foi doit être examinée à travers les faits spécifiques de chaque cas (*ius in causa positum*), mais le jugement de ce qui est pertinent est porté par la compréhension de la théorie de l'opportunisme qui peut les colorer.

Conclusion

Dans ce texte, nous avons exploré l'emploi de l'analyse économique du droit comme outil de doctrine. En appliquant la méthode économique « à rebours » pour

¹⁰² Ancel 2011.

¹⁰³ Ancel 2011, 106, rendant compte de Civ. 3^e, 11 mai 1976, D. 1978.269, note Taisne et Civ. D. 2006.1796, note A. Penneau.

regrouper des règles dont les effets sont semblables, on peut voir de l'unité profonde là où la seule considération de la surface des règles n'aurait fait voir que de la diversité. À titre de matériel d'analyse, il a paru utile de retenir le concept de la bonne foi objective, dont les contours paraissent toujours imparfaitement maîtrisés par la doctrine juridique.

La bonne foi objective sous-tend le droit des obligations contractuelles et, par extension, celui des sociétés commerciales. En première analyse, elle s'entend d'un comportement par lequel on s'abstient de tirer profit d'une asymétrie dans le rapport dans des circonstances qui auraient pu s'y prêter. La difficulté du concept est qu'il apparaît comme un principe sous-tendant l'ensemble du droit des contrats et, historiquement, comme le moule dans lequel ont été coulés une série de concepts plus spécifiques qui ont trouvé leurs places dans les codes, mais qu'il peut difficilement être considéré comme une règle susceptible d'application courante. Le sens du concept est généralement indiqué au moyen d'autres concepts ouverts, de comparable généralité.

L'analyse économique du droit relie le concept de bonne foi à celui d'opportunisme et, en fait, les voit dans une opposition directe. L'opportunisme se présente lorsque, dans un rapport entre deux ou plusieurs personnes, l'une d'elles s'affaire à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment des autres, la répartition des gains conjoints résultant de ce rapport, que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la création du rapport. Elle s'efforce, en d'autres mots, d'obtenir plus que sa part, un avantage indu, à l'aune de l'entente des parties, des normes contractuelles ou de la moralité conventionnelle. Il y a une bonne littérature pour aider à comprendre le sens du concept d'opportunisme.

La nature humaine étant ce qu'elle est, il y aura toujours des personnes tentées par des actes opportunistes et cette perspective amène tous les contractants potentiels à se prémunir contre le risque de « se faire avoir ». Ces précautions sont coûteuses et réduisent l'étendue des marchés, en d'autres mots le cercle des personnes avec qui l'on accepte de faire affaire. Le droit peut se rendre utile en prévoyant des garde-fous dont les coûts sont inférieurs aux économies réalisées du fait que des acteurs privés peuvent abandonner la charge (d'une partie) des précautions qu'ils prendraient et des risques qu'ils assumeraient en leur absence.

En principe, ceci demanderait un outil de grande flexibilité permettant de faire face à la variété infinie de comportements opportunistes que des acteurs malins

pourraient inventer. Mais l'usage d'un tel outil causerait un problème d'incertitude du droit, qui doit compter comme un coût pour les bénéficiaires visés. Le droit fournit donc, à travers le droit privé, tout un éventail de concepts anti-opportunistes spécifiques (les « ancrés »), chacun avec ses tests précis, pouvant être interprétés avec une certaine flexibilité, mais à l'intérieur de frontières assez claires, si l'on veut maintenir un niveau acceptable de certitude du droit.

Des situations peuvent se produire où aucun des concepts spécifiques ne peut être confortablement employé pour contrer une forme manifeste mais inédite d'opportunisme. C'est ici que la bonne foi fait son entrée comme règle anti-opportunisme résiduelle, qui doit être employée en dernier ressort seulement et étant sous-entendu que la nouvelle manifestation d'opportunisme doit mener à terme à un concept spécifique qui assumera une existence indépendante comme nouvelle « ancre ». C'est de cette façon que la bonne foi agit comme moule dans lequel sont coulées les « ancrés » nouvelles. Dans cette conception, si le rapport gagnant-gagnant et donc l'absence d'opportunisme sont les fondements du droit des contrats et l'expression de la justice contractuelle, il en va de même de la bonne foi. La bonne foi est ainsi à la fois un principe général sous-jacent à l'ensemble du droit contractuel et une règle spécifique applicable exceptionnellement et en dernier ressort.

Avons-nous avancé notre savoir en liant la bonne foi à l'opportunisme ? Dans la mesure où ce dernier concept est passablement bien compris, il orientera le regard sur les actes et les faits qui peuvent être pertinents et dont la présence ou absence doit être établie parmi l'ensemble des circonstances (nouvelles) des cas devant les tribunaux. Comme concept théorique, la bonne foi nous permet de déceler l'unité qui relie des concepts qui paraissent, à la surface, fort différents, mais dont la « structure profonde » commune est de constituer des outils anti-opportunisme. Tout cela peut être considéré comme un apport dans la meilleure tradition de la science juridique.

Bibliographie

- Ancel 2011 Ancel, Pascal, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *Revue juridique Thémis* 87-113
- Araújo 2007 Araújo, Fernando, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina 2007
- Bayley 2009 Bayley, J. Edward, *A doctrine of good faith in New Zealand contractual relationships*, A thesis submitted in fulfilment of the requirements for the Degree of Master of Laws in the University of Canterbury, 2009
http://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/10092/2862/1/Thesis_fulltext.pdf
- Beatson 1997 Beatson, Jack et Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997
- Bishop 1998 Bishop, William, Agency Cost and Administrative Law, dans : *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 1, Peter Newman (dir.), London, MacMillan, 1998, pp. 21-26
- Bridge 1984 Bridge, Michael G., « Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith? », (1984) 9 *Canadian Business Law Journal/ Revue canadienne du droit des affaires* 385-425
- Bridge 1999 Bridge, Michael G., Good Faith in Commercial Contracts, in: *Good faith in Contract: Concept and Context*, Roger Brownsword, Norma J. Hird et Geraint G. Howells (dir.), Aldershot, Dartmouth Publishing, 1999, pp. 139-164
- Bridge 2011 Bridge, Michael G., An English Lawyer Looks at American Contract Law, dans ° *The American Illness: Essays on the Rule of Law*, Frank H. Buckley (dir), New Haven, Yale University Press, 2011
- Buckley 2005 Buckley, Frank H., *Just Exchange - A Theory of Contract*, London, Routledge, 2005
- Buechtemann 1999 Buechtemann, Christoph F. et Ulrich Walwei, Employment Security Through Dismissal Protection: Market Versus Policy Failures, dans : *The Elgar Companion to Law and Economics*, Jürgen G. Backhaus (ed.), Aldershot, UK, Edward Elgar Publishers, 1999, pp. 168-182
- Burton 1980 Burton, Steven J., « Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith », (1980) 94 *Harvard Law Review* 369-403
- Burton 1984 Burton, Steven J., « More on Good Faith Performance of a Contract : A Reply to Professor Summers », (1984) 69 *Iowa Law Review* 497-512)
- Calabresi 1970 Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970
- Calabresi 1972 Calabresi, Guido et Douglas Melamed, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral », (1972) 85 *Harvard Law Review* 1089-1128

- Charpentier 1996 Charpentier, Élise M., « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 300-320
- Cohen 1991 Cohen, Lloyd R., « Holdouts and Free Riders », (1991) 20 *Journal of Legal Studies* 351-362
- Cohen 1992 Cohen, George M., « The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law », (1992) 20 *Hofstra Law Review* 941-1016
- Cohen 2002 Cohen, Jane et Larry Weinberg, « Good Faith and Fair Dealing: A Primer on the Differences between the United States and Canada », (2002) 22 *Franchise Law Journal* 37-44
- Cohen 2010 Cohen, George M., How Fault Shapes Contract Law, in: *Fault in American Contract Law*, Omri Ben-Shahar and Ariel Porat (eds), Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 53-68
- Cohen 2011 Cohen, George M., Interpretation and Implied Terms in Contract Law, dans : *Contract Law and Economics*, Gerrit De Geest (ed.), Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2011, pp. 125-151
- Cordeiro 1996 Cordeiro, António Menezes, « La bonne foi à la fin du vingtième siècle », (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 223-245
- Cornu 2000 Cornu, Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000
- Dagan 2011 Dagan, Hanoch, *Restitution and Relationships*, rapport, Tel Aviv University Law Faculty Papers. Working Paper 127, 2011, <http://law.bepress.com/taulwps/fp/art127>; <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1136&context=taulwps>
- Danzon 1993 Danzon, Patricia M., « Comment on Epstein, "Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase » », (1993) 36 *Journal of Law and Economics* 567-594
- David-Constant 1990 David-Constant, Simone (dir.), *La bonne foi*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1990
- De Geest 2002 De Geest, Gerrit, Bart de Moor and Ben Depoorter, « Misunderstandings between Contracting Parties: Towards an Optimally Simple Legal Doctrine », (2002) 9 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* <http://www.unimaas.nl/default.asp?template=werkveld.htm&id=HO4L47CN622C36ETJ070&taal=nl>
- de Jasay 1989 de Jasay, Anthony, *Social Contract, Free Ride – A Study of the Public Goods Problem*, Oxford, Clarendon Press, 1989
- DCFR 2009 *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier Publishers, 2009 http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf
- Dixit 2004 Dixit, Avinash K., *Lawlessness and Economics - Alternative Modes of Governance*, Princeton, Princeton University Press, 2004
- Epstein 1993 Epstein, Richard A., « Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase », (1993) 36 *Journal of Law and*

- Economics* 553-586
- Farnsworth 1963 Farnsworth, E. Allan, « Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code », (1963) 30 *University of Chicago Law Review* 666-679
- Farnsworth 1997 Farnsworth, E. Allan, Good Faith in Contract Performance, *in: Good Faith and Fault in Contract Law*, Jack Beatson et Daniel Friedmann (dir.), Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 153-170
- Farnsworth 2007 Farnsworth, Ward, *The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 2007
- Friedman 2000 Friedman, David D., *Law's Order - What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2000
- Goetz 1980 Goetz, Charles J. et Robert Scott, « Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract », (1980) 89 *Yale Law Journal* 1261-1322
- Grégoire 2003 Grégoire, Marie Annik, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2003
- Grégoire 2010 Grégoire, Marie Annik, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2010
- Haanappel 1990 Haanappel, P.P.C. et E. Mackaay (traducteurs), *New Netherlands Civil Code - Patrimonial Law / Le nouveau Code civil néerlandais - Le droit patrimonial*, Kluwer, Deventer, Pays-Bas et Boston, Mass. 1990 (Books 3, 5 and 6 in original translation are available for downloading here :
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1737823;
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1737848;
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1737849)
- Hesselink 2010 Hesselink, Martijn W., The Concept of Good Faith, dans: *Towards a European Civil Code - Fourth Revised and Expanded Edition*, Arthur S. Hartkamp, Martijn W. Hesselink et al. (dir.), Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2010, (4^e éd.), pp. 619-649
- Jaluzot 2001 Jaluzot, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats - Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001
- Jamet-Le Gac 1998 Jamet-Le Gac, Sabine, De l'utilité de la bonne foi. Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats, Mémoire de DEA; droit des contrats; Lille 2; 1998
- Jensen 1976 Jensen, Michael C. et William H. Meckling, « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure », (1976) 3 *Journal of Financial Economics* 305-360
- Joseph 2010 Joseph, Louis « A Doctrine of Good Faith in Singapore? A Missed Opportunity! », (2010) 5 *TMC Academic Journal* 50-79
- Keily 1999 Keily, Troy, « Good Faith & the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) », (1999) 3 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 15-40
- Klein 1996 Klein, Benjamin, « Why Holdups Occur: The Self-Enforcing Range of

- Contractual Relationships », (1996) 34 *Economic Inquiry* 444-463
- Klein 1998 Klein, Benjamin, Hold-up Problem, dans : *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. 2*, Peter Newman (ed.), London, MacMillan, 1998, pp. 241-244
- Kotowitz 1987 Kotowitz, Yehuda, Moral hazard, dans : *The New Palgrave - Allocation, Information and Markets*, John Eatwell, Murray Milgate and Peter Newman (eds), London, MacMillan Press, 1987, pp. 207-213)
- Kraakman 2009 Kraakman, Reinier, John Armour et al. (dir.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (2^e éd.);
- Lando 1999 Lando, Ole et Hugh Beale, *Principles of European Contract Law - Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 1999 (téléchargeable ici: http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm)
- Lefebvre 1998 Lefebvre, Brigitte, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Yvon Blais, 1998
- Litvinoff 1997 Litvinoff, Saul, « Good Faith », (1997) 71 *Tulane Law Review* 1645-1674
- Lluelles 2006 Lluelles, Didier et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006
- MacCormick 2005 MacCormick, D. Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005
- Mackaay 2000 Mackaay, Ejan (dir.), *Les certitudes du droit/Certainty and the Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2000
- Mackaay 2003 Mackaay, Ejan, Violette Leblanc, Nicolette Kost-de Sèvres et Emmanuel Darankoum, L'économie de la bonne foi contractuelle, dans : *Mélanges Jean Pineau*, Benoît Moore (ed.), Montréal, Éditions Thémis, 2003, pp. 421-459
- Mackaay 2008 Mackaay, Ejan et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2^e éd.)
- Mackaay 2010 Mackaay, Ejan, The Civil Law of Contract, dans : *Encyclopedia of Law and Economics - Contract Law and Economics*, Gerrit De Geest (ed.), Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 424-453
- MacQueen 1999 MacQueen, Hector L., Good faith in the Scots law of contract: an undisclosed principle?, dans : *Good Faith in Contract and Property Law*, A.D.M. Forte (dir.), Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 5-37
- Muris 1981 Muris, Timothy J., « Opportunistic Behavior and the Law of Contracts », (1981) 65 *Minnesota Law Review* 521-590
- O'Connor 1990 O'Connor, J. F., *Good Faith in English Law*, Aldershot, Hants, Dartmouth, 1990.
- Ourliac 1969 Ourliac, Paul et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé - 1/ Les obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969, (2^e éd.)
- Peden 2002 Peden, Elisabeth, « The meaning of contractual good faith », (2002) 22 *Australian Bar Review* 235-248
- Peden 2009 Peden, Elisabeth, « Implicit Good Faith - or Do We Still Need an

- Implied Term of Good Faith? », (2009) 25 *Journal of Contract Law* 50-61
- Pineau 2001 Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, (4^e éd.)
- Posner 2011 Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, (8^e éd.)
- Pothier 1764 Pothier, Robert Joseph, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur - Partie I*, Paris, Debure l'ainé, 1764 (viewable here: http://books.google.com/books/download/Traité_des_obligations_selon_les_regles.pdf?id=KyRt8NVVUc4C&hl=en&capid=AFLRE71n1vpRq5DHVrXFCsZgmTIYf6MfDI-cbD0wmllyapG1i2-It6ZpaNgXxQapxEE0JV4nIOYa_OKHu1b57uXeMVTelMepLtQ&continue=http://books.google.com/books/download/Trait%25C3%25A9_des_obligations_selon_les_regles.pdf%3Fid%3DKyRt8NVVUc4C%26output%3Dpdf%26hl%3Den)
- Powers 1999 Powers, Paul J., « Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods », (1999) 18 *Journal of Law and Commerce* 333-353
- Rolland 1996 Rolland, Louise, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : Du général au particulier », (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 378-399
- Romain 2000 Romain, Jean-Francois, *La théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Emile Bruylant, 2000
- Scott 1998 Scott, Kenneth E., Agency Costs and Corporate Governance, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 1, Peter Newman (ed.), London, MacMillan, 1998, pp. 26-30
- Sepe 2010 Sepe, Simone M., *Good Faith and Contract Interpretation: A Law and Economics Perspective*, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 10-28; Siena Memos and Papers in Law & Economics - SIMPLE Paper No. 42/06 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086323
- Shavell 2007 Shavell, Steven, « Contractual Holdup and Legal Intervention », (2007) 36 *Journal of Legal Studies* 325-354
- Stapleton 2010 Stapleton, Jane, « Good Faith in Private Law », (1999) 52 *Current Legal Problems* 1-36
- Sugden 1986 Sugden, Robert, *The Economics of Rights, Co-operation & Welfare*, Oxford, Basil Blackwell, 1986
- Summers 1968 Summers, Robert S., « "Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code », (1968) 54 *Virginia Law Review* 195-267
- Summers 1982 Summers, Robert S., « The General Duties of Good Faith -- its Recognition and Conceptualization », (1982) 67 *Cornell Law Review* 810-835
- Summers 2000 Summers, Robert S., The conceptualisation of good faith in American contract law: a general account, dans : *Good Faith in European Contract Law*, Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker (eds), Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 118-141

- Trebilcock 1993 Trebilcock, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993
- Unidroit 2010 Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010
<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>
- Van De Mensbrugge 1999 Van De Mensbrugge, François R., « Migrations juridiques de la bonne foi », (1999) 76 *Revue de droit international et de droit comparé* 246-289
- Whittaker 2000a Whittaker, Simon et Reinhard Zimmermann, Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape, dans : *Good Faith in European Contract Law*, Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 7-62
- Whittaker 2000b Whittaker, Simon et Reinhard Zimmermann, « Coming to Terms with Good Faith », dans : *Good Faith in European Contract Law*, Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 653-701
- Widmer 1998 Widmer, P., *Abus de droit et bonne foi*, Fribourg, Éditions de l'Université de Fribourg, 1998
- Wieacker 1956 Wieacker, Franz, *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Siebeck), 1956
- Williamson 1975 Williamson, Oliver E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975
- Williamson 1985 Williamson, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, The Free Press, 1985
- Williamson 1996 Williamson, Oliver E., *The Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1996
- Wonnell 1990 Wonnell, Christopher T., « The Abstract Character of Contract Law », (1990) 22 *Connecticut Law Review* 437-497
- Wittman 2006 Wittman, Donald A., *Economic Foundations of Law and Organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- Zimmermann 2000 Zimmermann, Reinhard et Simon Whittaker (dir.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000
- Zimmermann 2001 Zimmermann, Reinhard, *Roman Law, Contemporary Law, European Law - The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University Press, 2001