Document generated on 07/18/2025 2:08 p.m.

Les Cahiers de droit

Prendre la puissance économique au sérieux : jalons pour une appréhension relationnelle des contrats au sein des réseaux de production

Isabelle Martin

Volume 57, Number 1, March 2016

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1035214ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1035214ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Martin, I. (2016). Prendre la puissance économique au sérieux : jalons pour une appréhension relationnelle des contrats au sein des réseaux de production. *Les Cahiers de droit*, *57*(1), 55–97. https://doi.org/10.7202/1035214ar

Article abstract

The organization of work through production networks recasts production relationships within the general context of contract law rather than employment law. The problem is that, contrary to employment law, contract law presumes an equality which is often not present in production networks. This article will argue that the relational contract theory of Macneil provides a useful starting point toward a more contextual approach to production contracts. However, the relational contract theory runs opposite to two basic assumptions of contract law : the equal autonomy of participants and the efficiency of contracts. These assumptions, whose validity has been fiercely defended by an economic analysis of the law, are now undermined by recent economic theories. We will expose these theories and show how they provide an understanding of economic power which could be used in applying the relational contract theory to network production relationships.

Tous droits réservés © Université Laval, 2016

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

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

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

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

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

Prendre la puissance économique au sérieux : jalons pour une appréhension relationnelle des contrats au sein des réseaux de production

Isabelle MARTIN*

L'éclatement de la firme en réseaux pose un défi au niveau de l'encadrement juridique des relations de production qui s'y nouent : les contractants ne jouissent pas des protections qui accompagnent les contrats de travail malgré des inégalités de puissance économique souvent importantes. Le présent article propose donc que les contrats de production soient appréhendés à partir de la théorie relationnelle du contrat de Ian R. Macneil afin de mieux tenir compte de la réalité de l'organisation en réseaux. L'adoption de cette théorie heurte cependant deux présupposés du droit contractuel : celui de l'égale autonomie des contractants et celui de l'efficience des contrats librement consentis. Si ces présupposés sont fortement défendus par l'analyse économique du droit d'inspiration néoclassique, de récentes théories économiques remettent en question leur adéquation. Nous exposerons ces théories et verrons qu'elles apportent une théorisation de la puissance économique indispensable à une appréhension relationnelle des contrats.

---

* Professeure de droit du travail, École des relations industrielles, Université de Montréal.
Une version antérieure de ce texte a été présentée en septembre 2013 à Toulouse au congrès de l'International Sociological Association/Research Committee on Sociology of Law et a bénéficié des commentaires des participants de l'atelier « Droit et construction sociale de l'incertain ». Ce texte reprend certains éléments développés dans le cadre d'une thèse de doctorat réalisée sous la direction du professeur Jean-Guy Belley : Isabelle MARTIN, *De dignités et d'efficiences : les interrelations du droit et de l'économie au cœur des représentations théoriques de la société par actions*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 2012. L'auteure tient à remercier le professeur Jean-Guy Belley, pour sa direction attentive, ainsi que les évaluateurs anonymes des *Cahiers de droit*, pour la pertinence de leurs observations.
Date de fraîcheur : mars 2015.

The organization of work through production networks recasts production relationships within the general context of contract law rather than employment law. The problem is that, contrary to employment law, contract law presumes an equality which is often not present in production networks. This article will argue that the relational contract theory of Macneil provides a useful starting point toward a more contextual approach to production contracts. However, the relational contract theory runs opposite to two basic assumptions of contract law : the equal autonomy of participants and the efficiency of contracts. These assumptions, whose validity has been fiercely defended by an economic analysis of the law, are now undermined by recent economic theories. We will expose these theories and show how they provide an understanding of economic power which could be used in applying the relational contract theory to network production relationships.

La propagación de las empresas extendidas ha acarreado un nuevo desafío en el ámbito del marco jurídico de las relaciones de producción que se crean : los contratantes no gozan de las protecciones que poseen los contratos laborales, a pesar de las desigualdades del poder económico, generalmente importantes. Este artículo propone que los contratos de producción se fundamenten en la teoría relacional del contrato de Macneil con el propósito de que se tenga en cuenta la realidad de la organización extendida. Sin embargo, la adopción de esta teoría colide con dos supuestos del derecho contractual : la igualdad de la autonomía de las partes y la eficacia de los contratos consentidos libremente. Si bien estos dos supuestos se oponen al análisis económico del derecho inspirado en el modelo neoclásico, algunas teorías económicas recientes han puesto en tela de juicio su adecuación. Expondremos estas teorías, y observaremos que aportan una teorización del poder económico indispensable en el fundamento relacional de los contratos.

Pages

1 Le droit face à l'hétérogénéité des réseaux transnationaux de production 63
1.1 L'appréhension des réseaux au moyen du contrat 63
1.2 La théorie relationnelle des contrats comme guide au sein des réseaux 68
2 L'efficience du contrat : un principe remis en question par l'effet de richesse 75
2.1 Le principe d'efficience et le rôle du droit dans la perspective classique 75
2.2 La remise en question du principe d'efficience par l'effet de richesse 78
2.2.1 L'importance de la quantification monétaire 79
2.2.2 L'impact d'une différence dans l'attribution initiale 80
2.2.3 La nécessité des ressources monétaires suffisantes 82
3 L'autonomie des contractants : un idéal mis à l'épreuve par l'inégalité de puissance économique 84
3.1 L'idéal du marché comme lieu d'égale autonomie 84
3.2 L'inégalité de puissance dans les contrats de production 87
3.2.1 La facilité de redéploiement des actifs comme facteur interne de puissance 89
3.2.2 La situation dans le marché comme facteur externe de puissance 92
3.3 Vers une appréhension relationnelle des contrats de production 95
Conclusion 96

Le droit des contrats est traditionnellement réticent à prendre en considération les inégalités économiques entre cocontractants et la source de puissance ou de vulnérabilité qu'elles peuvent engendrer. L'égalité des parties est présumée par le droit des contrats[1] et seule l'intervention du législateur, par la création de régimes particuliers, assure la prise en considération de l'inégalité économique[2]. Ce cantonnement de la considération de l'inégalité économique dans certains régimes de contrats n'est pas sans

1. Brigitte Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 35 ; André Bélanger et Ghislain Tabi Tabi, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », (2006) 47 *C. de D.* 429, 431. Notons toutefois que ces auteurs remettent en question le bien-fondé de cette présomption. Voir notamment : Marie Annik Grégoire, « *Économie subjective* c. *Utilité et intérêt du contrat*. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11 ; Pascal Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004.
2. Louise Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *R.D. McGill* 903, 917 ; Maurice Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, nos 78 et 78.1, p. 72 et 73 ;

problèmes. Des auteurs ont d'ailleurs relevé son caractère insatisfaisant[3] et préconisé une ouverture systématique du droit contractuel aux inégalités entre les contractants[4]. Le problème réside en particulier dans la conception étanche des catégories de contrats qui engendre un traitement distinct de l'inégalité de puissance économique selon le type de contrat retenu. Dans le cadre des contrats visant la production de biens ou de services, il en résulte un traitement juridique différencié des inégalités économiques entre cocontractants selon la nature du contrat qui les unit : lorsqu'un contrat de travail lie les parties, la vulnérabilité économique du salarié est considérée, alors que l'absence d'un tel contrat résulte en une appréhension présumant l'égalité des cocontractants[5].

Les phénomènes de la déformalisation de l'entreprise, de l'externalisation de ses fonctions de production et de sa recomposition en réseaux de production transnationaux obligent cependant à remettre en question ce traitement différencié des relations contractuelles en fonction du lien d'emploi[6]. D'une part, l'organisation en réseaux de production brouille considérablement les frontières distinguant les contrats de production des contrats de travail puisque la production y est organisée autant en ayant recours aux contrats de travail qu'en concluant des contrats de

---

Otto KAHN-FREUND, « A Note on Status and Contract in British Law », (1967) 30 *Mod. L. Rev.* 635, 641. Voir aussi les lois suivantes : *Loi sur la protection du consommateur*, R.L.R.Q., c. P-40.1 ; *Loi sur les normes du travail*, R.L.R.Q., c. N-1.1.

3. André BÉLANGER, Viorel-Dragos MORARU et Andy VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », (2010) 51 *C. de D.* 51, 64.
4. *Id.* Voir aussi, sur cette ouverture, Ghislain TABI TABI, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? », (2014) 44 *R.D.U.S.* 71.
5. Ou même la vulnérabilité du client face au prestataire de service dans le cas d'un contrat d'entreprise ou de services : comparer à cet effet les articles 2125 et 2126 *Code civil du Québec* (C.c.Q.)
6. Voir : A. Edward AUST et Thomas LAPORTE AUST, *Le contrat d'emploi*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 1144-1146, 1166 et 1194 ; Harry ARTHURS, « Making Bricks Without Straw : The Creation of a Transnational Labour Regime », dans Grainne DE BURCA, Claire KILPATRICK et Joanne SCOTT (dir.), *Critical Legal Perspectives on Global Governance*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 129 ; Judy FUDGE, Shae MCCRYSTAL et Kamala SANKARAN (dir.), *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation*, Oxford, Hart Publishing, 2012 ; Bruno CARUSO, « "The Employment Contract is Dead ! Hurrah for the Work Contract". A European Perspective », dans Katherine V.W. STONE et Harry ARTHURS (dir.), *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, New York, Russell Sage Foundation, 2013, p. 95.

sous-traitance[7] ou de franchise[8]. D'autre part, les réseaux de production transnationaux relient ensemble des contractants dont le poids économique varie grandement[9] et recouvrent autant les réalités de l'entrepreneur dépendant travaillant à domicile que celles de l'entreprise transnationale, en passant par des fournisseurs dont l'importance économique dépasse parfois celle de leurs clients[10].

Dans ce contexte, compte tenu du poids économique prédominant de plusieurs entreprises transnationales dans le commerce mondial[11], de l'impact considérable des grandes entreprises sur les pratiques contractuelles[12] et de la remontée des inégalités économiques[13], la présomption d'égalité des parties qui ne sont pas régies par le régime juridique spécifique du contrat de travail devient de plus en plus difficile à justifier. En traitant comme égaux des acteurs dont la puissance économique diffère grandement, le droit des contrats ne risque-t-il pas, tel un cheval de Troie, d'accentuer la puissance des acteurs privés transnationaux[14] et de faciliter la déresponsabilisation sociale des entreprises transnationales dans les

7. Marie-France Bich, « De quelques idées imparfaites et tortueuses sur l'intermédiation du travail », dans S.F.P.B.Q., vol. 153, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 257, aux pages 281 et 282.
8. Guylaine Vallée, « Les rapports entre la protection des travailleurs et la liberté d'entreprendre : des principes aux manifestations actuelles », (2007) 86 *R. du B. can.* 247, 265 et 271-273.
9. Elsa Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 178. Louise Rolland, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », (2006) 47 *C. de D.* 13, 27.
10. Voir *infra*, notes 47 et 48 et le texte correspondant.
11. C'est ainsi que le Programme des Nations Unies pour le développement notait que, en 1997, 350 sociétés par actions transnationales réalisaient 40 p. 100 du commerce mondial : Programme des Nations Unies pour le développement, *Rapport mondial sur le développement humain*, 1997, p. 102, [En ligne], [hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1997_fr_complet.pdf] (4 octobre 2015).
12. Jean-Guy Belley, *Le contrat entre droit, économie et société. Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay—Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 301.
13. Thomas Piketty, *Le capital au XXIe siècle*, Paris, Seuil, 2013.
14. Marie-Claude Prémont, *Tropismes du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 134 ; Saskia Sassen, *Critique de l'État. Territoire, autorité et droits, de l'époque médiévale à nos jours*, traduit par Fortunato Israël, Paris, Le Monde diplomatique, 2009, p. 171. Sur l'utilisation du contrat comme instrument de consolidation des entreprises transnationales, voir Gunther Teubner, « Contracting Worlds : The Many Autonomies of Private Law », (2000) 9 *Social & Legal Studies* 399.

économies locales où elles opèrent[15] ? Ne serait-il pas opportun que le droit contractuel adopte une approche qui soit attentive aux inégalités de puissance économique ?

C'est dans ce contexte que le présent article propose un retour à la théorie relationnelle du contrat telle que développée par Ian R. Macneil. L'analyse contextuelle des relations et des échanges[16] proposée par cette théorie permet l'articulation d'une analyse contractuelle qui prenne en considération les situations respectives des acteurs dans les réseaux de production ainsi que leurs différences en termes de taille et de potentiel d'influence. Elle possède de plus le mérite de poser la question de la puissance[17] au cœur de l'analyse juridique du contrat.

Une telle remise en question du formalisme contractuel ne va toutefois pas de soi. Sur un plan strictement juridique, la théorie relationnelle du contrat de Ian R. Macneil introduit une rupture par rapport à l'état actuel du droit, fondé sur le principe de la force obligatoire du contrat[18], bien que ce principe ne domine plus de manière exclusive le droit des contrats[19] et que le maintien de son autorité ne dépende plus que du choix du législateur[20]. L'adoption de la théorie appelle en outre des modifications importantes au droit des contrats[21]. Mais sur un plan encore plus fondamental, la

15. Sur les difficultés de responsabiliser socialement et juridiquement les entreprises organisées en réseaux, voir : Gilles CRAGUE et autres, « La responsabilité à l'épreuve des nouvelles organisations économiques », *Sociologie du travail*, vol. 54, 2012, p. 1 ; Gunther TEUBNER, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, traduit par Nathalie BOUCQUEY avec la collab. de Gaby MAIER, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 287-290.
16. Ian R. MACNEIL, « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », (2000) 94 *Nw. U.L. Rev.* 877, 881.
17. Nous utiliserons le terme « puissance » pour désigner, à la suite de Max Weber, « toute chance de faire triompher au sein d'une relation sociale sa propre volonté, même contre des résistances, peu importe sur quoi repose cette chance » : Max WEBER, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 56. Le terme « puissance » est donc à distinguer du terme « pouvoir » qui constitue une institution juridique distincte du contrat : Madeleine CANTIN CUMYN, « Le pouvoir juridique », (2007) 52 *R.D. McGill* 215. Voir aussi Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985.
18. Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729, 772.
19. Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990.147, 148.
20. *Id.*, 149.
21. Sur les difficultés d'adopter l'analyse relationnelle en droit, voir : Melvin A. EISENBERG, « Why There is no Law of Relational Contracts », (1999-2000) 94 *Nw. U.L. Rev.* 805 ; Horatia MUIR WATT, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », dans *La relativité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 169, aux pages 176-179 ; Hugh COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 199 et 200. Voir cependant : L. ROLLAND, préc., note 2, 922 et suiv. ; Hugues BOUTHINON-DUMAS, « Les

théorie relationnelle du contrat de Ian R. Macneil remet en question deux présupposés du droit classique contractuel : celui de l'égale autonomie des contractants[22] et celui de la conformité du contrat librement consenti à l'intérêt social[23]. Ces présupposés sont explicitement défendus par l'analyse économique du droit d'inspiration néoclassique qui soutient que les contrats librement consentis participent à l'efficience économique de la société dans son ensemble[24] et que les contractants jouissent d'une égale autonomie en raison de leur situation dans un marché qui leur offre différentes alternatives[25]. Enfin, un dernier obstacle à une analyse contextuelle de la puissance des cocontractants réside dans la difficile conceptualisation des inégalités de puissance économique, les écrits de Ian R. Macneil ne faisant qu'esquisser l'importance de cette question.

Des travaux issus de la sociologie économique[26] remettent cependant en question les postulats d'efficience économique et d'égalité contractuelle avancés par l'analyse économique du droit et constituent des avenues intéressantes pour la conceptualisation de la puissance économique. Les recherches portant sur l'effet de richesse et sur les inégalités de puissance au sein des marchés mettent en lumière l'incertitude entourant le caractère

---

contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », (2001) 3 *Revue internationale de droit économique* 339. Voir, enfin, le constat de Jay Feinman quant à l'essor de réglementations particularisées adaptées aux différentes relations juridiques, qui est en droite ligne des préceptes de la théorie relationnelle du contrat : Jay M. Feinman, « Relational Contract Theory in Context », (1999-2000) 94 *Nw. U.L. Rev.* 737, 744-748.

22. Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7e éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, nº 80, p. 133.
23. *Id.*, nº 87.
24. *Infra*, note 109, et le texte correspondant.
25. *Infra*, note 150, et le texte correspondant.
26. Le champ de la sociologie économique puise à la fois dans les travaux de la sociologie inspirés par l'œuvre de Max Weber et dans les travaux de l'économie institutionnaliste, ancienne et nouvelle : Peer Zumbansen et Cynthia A. Williams, « Introduction : Corporate Governance after the "End of History" : Investigating the New "Great Transformation" », dans Peer Zumbansen et Cynthia A. Williams (dir.), *The Embedded Firm : Corporate Governance, Labor and Finance Capitalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 1, à la page 9. Voir aussi Richard Swedberg, « The Economic Sociology of Capitalism : An Introduction and Agenda », dans Victor Nee et Richard Swedberg (dir.), *The Economic Sociology of Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 3. Pour un survol des relations entre la sociologie économique et le nouvel institutionnalisme économique, voir Victor Nee et Richard Swedberg, « Economic Sociology and New Institutional Economics », dans Claude Ménard et Mary M. Shirley (dir.), *Handbook of New Institutional Economics*, Berlin, Springer, 2008, p. 789.

autonome des relations contractuelles. Ces travaux permettent de plus une conceptualisation des inégalités de puissance économique qui favoriserait la prise en considération des situations de puissance et de vulnérabilité économique dans les contrats de production.

Le présent texte a pour objectif de rendre disponibles les conclusions de ces travaux aux juristes et de montrer que les contrats conclus au sein des réseaux de production, qui mettent en présence des acteurs de puissance économique inégale, ne sont garants ni d'efficience ni d'autonomie. Une appréhension relationnelle de ces contrats permettrait d'atteindre une plus grande justice contractuelle en procurant une analyse adéquate de ces relations et un meilleur contrôle de l'action opportuniste des contractants en position de puissance. Notre projet s'inscrit dans une approche de socioéconomie du droit[27] qui vise à renouer les liens entre les disciplines du droit, l'économie et la sociologie afin que chaque discipline puisse contribuer à une appréhension holiste des relations socioéconomiques.

La première partie de l'article exposera en quoi le contrat constitue la meilleure porte d'entrée pour appréhender juridiquement la réalité des réseaux de production transnationaux, à la condition qu'une approche relationnelle du contrat soit adoptée afin de prendre en considération les inégalités de puissance économique entre les participants des réseaux. Les deuxième et troisième parties traiteront de deux objections présentées par l'analyse économique du droit à l'encontre d'une prise en considération des inégalités de puissance économique entre contractants : l'apport du contrat librement négocié à l'efficience et le fait que la présence du marché assure l'égale autonomie des parties. Nous verrons toutefois dans chacune de ces parties que les recherches économiques sur l'effet de richesse et sur les inégalités de puissance remettent en question ces arguments. Nous verrons enfin comment les théories sur les inégalités de puissance économique permettent de bâtir une analyse relationnelle des relations contractuelles de production.

27. Richard Swedberg, « The Case for an Economic Sociology of Law », *Theory and Society*, vol. 32, 2003, p. 1 ; Michel Coutu et Thierry Kirat, « John R. Commons and Max Weber : The Foundations of an Economic Sociology of Law », (2011) 38 *J.L. & Soc'y* 469 ; Sabine Frerichs, « Re-embedding Neo-Liberal Constitutionalism : A Polanyian Case for the Economic Sociology of Law », dans Christian Joerges et Josef Falke (dir.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 65.

1 Le droit face à l'hétérogénéité des réseaux transnationaux de production

1.1 L'appréhension des réseaux au moyen du contrat

L'organisation en réseaux représente l'archétype de l'entreprise du XXIe siècle[28]. L'arrangement en réseaux regroupe une multiplicité d'acteurs qui sont imbriqués au moyen de liens qui ne sont ni purement marchands ni complètement intégrés sous l'autorité hiérarchique d'une même organisation[29]. La diversité et la complexité des réseaux de production, de même que leur grande fluidité et leur caractère transnational, compliquent leur encadrement juridique et entravent l'imputabilité de leurs acteurs[30]. La difficulté est accrue du fait que le droit a du mal à saisir la réalité de l'organisation en réseaux de production transnationaux.

Lorsque les juristes prennent acte de l'organisation de la production en réseaux, c'est souvent dans le cadre d'un projet visant à démontrer ou à recréer leur unité organisationnelle au moyen d'une redéfinition de l'entreprise. Certains, comme Jean-Philippe Robé, ont proposé de considérer l'entreprise comme un ordre juridique afin que le droit puisse prendre en considération l'unité de l'entreprise transnationale[31]. D'autres ont cherché à redéfinir l'entreprise en droit du travail afin de tenter d'empêcher que les donneurs d'ouvrage puissent échapper aux protections instituées par le droit de l'emploi[32]. Enfin, l'émergence du droit de la responsabilité sociale

---

28. Manuel Castells, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Blackwell, 1996, p. 168.
29. José Carlos Jarillo, « On Strategic Networks », *Strategic Management Journal*, vol. 9, 1988, p. 31, à la page 32 ; Oliver E. Williamson, « Comparative Economic Organization : The Analysis of Discrete Structural Alternatives », *Administrative Science Quarterly*, vol. 36, nº 2, 1991, p. 269 ; Claude Ménard, « The Economics of Hybrid Organizations », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 160, nº 3, 2004, p. 345 ; G. Teubner, préc., note 15, p. 275.
30. Voir, en particulier, Virgile Chassagnon, « Fragmentation des frontières de la firme et dilution des responsabilités juridiques : l'éclatement de la relation d'emploi dans la firme-réseau multinationale », (2012) 26 *Revue internationale de droit économique* 5.
31. Jean-Philippe Robé, « Multinational Enterprises : The Constitution of a Pluralistic Legal Order », dans Gunther Teubner (dir.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 45. Voir aussi, sur l'utilité du principe d'entreprise aux fins de responsabiliser juridiquement les groupes corporatifs, Phillip I. Blumberg, « The Increasing Recognition of Enterprise Principles in Determining Parent and Subsidiary Corporation Liabilities », (1995-1996) 28 *Conn. L. Rev.* 295.
32. Judy Fudge, « Fragmenting Work and Fragmenting Organizations : The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation », (2006) 44 *Osgoode Hall L.J.* 609, 630-646 ; en France, le développement du principe de l'unité économique et sociale (UES) est proposé pour reconstituer l'unité des réseaux d'entreprise : G. Crague et autres, préc., note 15, à la page 38 ; V. Chassagnon, préc., note 30, 21 et 22. Pour une illustration jurisprudentielle des difficultés posées par l'organisation en réseaux à

de l'entreprise[33], particulièrement à travers l'adoption et la mobilisation des codes de conduite, vise expressément à remonter la chaîne des responsabilités au-delà des frontières juridiques des entreprises nationales[34].

Ces approches sont cependant problématiques en ce qu'elles présupposent toutes qu'une unité organisationnelle puisse être reconstruite. Or, l'appréhension de la firme transnationale sous le prisme d'une entreprise éclatée dont le droit doit reconstruire l'unité ne reflète pas la réalité de l'organisation de la production en réseaux[35]. En particulier, trois difficultés se posent.

La première difficulté réside dans la diversité[36] des acteurs regroupés au sein des réseaux de production. L'organisation en réseaux de production recouvre autant la réalité des alliances stratégiques entre des entreprises dominantes dans leur secteur respectif[37] que celle de l'externalisation de la production vers des sous-contractants choisis en raison de leur accès à une main-d'œuvre bon marché[38]. Elle recouvre aussi la réalité des travailleurs à domicile[39] et celle des travailleurs qui doivent recourir à leur famille

---

travers l'impossibilité juridique de recouvrer auprès des firmes donneuses d'ouvrage les salaires impayés des employés d'une firme intermédiaire, voir l'affaire *Lian* c. *Crew Group Inc. et al.*, 2001 CanLII 28063 (Ont. S.C.).

33. Michael Kerr, Richard Janda et Chip Pitts, *Corporate Social Responsibility. A Legal Analysis*, Markham, LexisNexis, 2009.
34. André Sobczak, *Réseaux de sociétés et codes de conduite : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, Paris, L.G.D.J., 2002 ; André Sobczak, « Codes of Conduct in Subcontracting Networks : A Labour Law Perspective », *Journal of Business Ethics*, vol. 44, 2003, p. 225.
35. Sur l'impossibilité théorique d'appréhender les réseaux d'entreprises comme groupe unifié, voir Aurélie Catel Duet, « Être ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », (2007) 67 *Droit et société* 615, 625-627.
36. Sur la diversité au sein de la forme réseau, voir Olaf Dilling, Martin Herberg et Gerd Winter, « Introduction : Private Accountability in a Globalising World », dans Olaf Dilling, Martin Herberg et Gerd Winter (dir.), *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 1, à la page 3.
37. Voir par exemple la relation entre Procter & Gamble et Walmart décrite dans Nelson Lichtenstein, *The Retail Revolution. How Wal-Mart Created a Brave New World of Business*, New York, Henry Holt and Company, 2009, p. 44-49.
38. Walter W. Powell, « Neither Market nor Hierarchy : Network Forms of Organization », dans Barry M. Staw et Larry L. Cummings (dir.), *Research in Organizational Behavior*, t. 12, Londres, Jai Press, 1990, p. 295, à la page 320 ; Neil M. Coe et Martin Hess, « Global Production Networks, Labour and Development », *Geoforum*, vol. 44, 2013, p. 4, à la page 4.
39. Voir la situation dépeinte dans l'affaire *Lian* c. *Crew Group Inc. et al.*, préc., note 32. Voir aussi la description de l'industrie du ballon de sport au Pakistan décrite dans

élargie afin de remplir leur quota de production[40]. Notons de plus que l'appartenance au réseau varie à travers le temps, au gré des changements de fournisseurs, de clients ou de partenaires[41].

La deuxième difficulté a trait à la porosité des frontières du réseau qui rend possible la participation à plus d'un réseau de production. On retrouve un exemple de cette situation dans la décision ontarienne *Lian* v. *Crew Group Inc.* où le sous-contractant employant les travailleurs fournissait quatre détaillants de vêtements distincts[42]. Une telle pratique ressort aussi de l'étude conduite par Richard Locke où l'on retrouve au sein du réseau de production des entrepreneurs dépendants de plusieurs donneurs d'ouvrage[43]. La multiplication des appartenances à différents réseaux de production transnationaux brouille les frontières des réseaux et rend impossible la reconstitution d'une unité organisationnelle.

La troisième difficulté se situe au niveau de l'identification du détenteur de pouvoir au sein d'un réseau donné. La firme donneuse d'ordres, celle qu'on place d'emblée à la « tête » du réseau, n'est pas nécessairement celle qui a le plus de pouvoir sur chacune des composantes du réseau. D'abord parce que certains réseaux de production, généralement ceux des industries fortement capitalisées et à haute composante technologique, sont plutôt conduits par le producteur[44]. Mais aussi parce que les positions ne sont jamais fixées au sein des réseaux, les relations étant dans un état

---

Khlaid Nadvi et autres, « Playing against China : Global Value Chains and Labour Standards in the International Sports Goods Industry », *Global Networks*, vol. 11, nº 3, 2011, p. 334.

40. Comme c'était le cas dans l'affaire *Flomo et al.* v. *Firestone Natural Rubber Co LLC*, (7th Cir. 2011), où le juge Posner rapporte que les quotas de production minimaux imposés aux travailleurs étaient trop importants pour qu'une personne seule puisse les remplir. Les travailleurs avaient donc recours à une autre aide, soit de leur famille (conjoint et enfant), soit de l'extérieur, en engageant une personne.
41. Fabien Mariotti, « Entreprise et gouvernement : à l'épreuve des réseaux », *Rev. fr. soc.* 2004.711, 718. Notons toutefois que cet auteur, à partir d'une approche fondée sur la sociologie des organisations, prône une appréhension institutionnelle du réseau plutôt que contractuelle.
42. *Lian* c. *Crew Group Inc. et al.*, préc., note 32.
43. Voir Richard Locke, Matthew Amengual et Akshay Mangla, « Virtue out of Necessity ? Compliance, Commitment, and the Improvement of Labor Conditions in Global Supply Chains », *Politics & Society*, vol. 37, nº 3, 2009, p. 319, aux pages 329 et 337.
44. Sur la distinction entre les chaînes de production conduites par les producteurs et celles conduites par les acheteurs, voir Gary Gereffi, « Shifting Governance Structures in Global Commodity Chains, With Special Reference to the Internet », *American Behavioral Scientist*, vol. 44, nº 10, 2001, p. 1616, aux pages 1618-1622.

constant de recomposition[45], et la concurrence parfois vive entre les firmes désirant gouverner le réseau[46]. Les chercheurs notent ainsi que certains équipementiers ont acquis au sein du réseau un pouvoir plus grand que celui de la firme donneuse d'ordre[47], et que certains fournisseurs asiatiques dans le domaine des chaussures de sport détiennent une influence croissante sur les détenteurs de marques qu'ils desservent[48].

En présence de cette grande diversité dans la composition des réseaux et de leur malléabilité, comment deviser d'un fil d'Ariane qui puisse guider l'analyse juridique ? Un tel fil devrait pouvoir s'accorder à l'hétérogénéité des relations au sein des réseaux de production. Il devrait de plus constituer un cadre souple qui conviendrait à la malléabilité de la forme réseau. Enfin, ce fil devrait représenter un dénominateur juridique commun aux différents droits nationaux dans lesquels se déploient les réseaux de production transnationaux. À notre avis, c'est l'instrument juridique du contrat qui pourrait le mieux constituer ce fil.

C'est cette approche que propose le sociojuriste allemand Gunther Teubner qui théorise les réseaux comme des contrats connectés[49]. Cette approche est intéressante parce que le contrat constitue le dénominateur commun des arrangements en réseaux, le maillon qui relie les différents acteurs de la chaîne de production[50]. De plus, le contrat constitue un cadre souple qui convient à la malléabilité de la forme réseau et peut s'accorder à l'hétérogénéité des relations que l'on retrouve au sein des réseaux de production. Enfin, le droit des contrats est particulièrement adapté à l'organisation transnationale : il forme la base juridique d'une multiplicité d'arrangements et son inclusion dans différents systèmes de droit favorise une appréhension transnationale.

Des considérations plus larges militent aussi en faveur d'une appréhension contractuelle des réseaux. En effet, l'utilisation du contrat pour

---

45. Gary Herrigel et Jonathan Zeitlin, « Inter-Firm Relations in Global Manufacturing : Disintegrated Production and Its Globalization », dans Glenn Morgan et autres (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 527.
46. F. Mariotti, préc., note 41, 729.
47. *Id.*, 729.
48. R. Locke, M. Amengual et A. Mangla, préc., note 43, à la page 325.
49. Gunther Teubner, *Networks as Connected Contracts*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
50. E. Peskine, préc., note 9, p. 161 ; Bengt Holmstrom et John Roberts, « The Boundaries of the Firm Revisited », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, nº 4, 1998, p. 73, à la page 85 ; Bernard Baudry, « La question des frontières de la firme : incitation et coordination dans la firme-réseau », *Revue économique*, vol. 55, nº 2, 2004, p. 247, à la page 250 ; C. Ménard, préc., note 29, à la page 361. Voir aussi Luc Boltanski et Ève Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, p. 475.

comprendre les réseaux de production transnationaux permet de saisir la mondialisation et ses effets à partir de leur imbrication dans un instrument juridique local qui puise dans l'ordonnancement autant privé[51] que public[52]. Une conception contractuelle des réseaux permet donc de circonscrire cette zone intermédiaire entre le domaine transnational et le droit étatique où s'inscrit le phénomène de la mondialisation[53]. Elle possède de plus le mérite de rendre compte du recours croissant à ces mécanismes contractuels que constituent les codes de conduite[54] par lequel une certaine régulation privée des relations de production est effectuée à travers le réseau[55].

La difficulté réside toutefois dans le fait que le droit des contrats est empreint d'un formalisme[56] qui le porte à présumer de l'égale autonomie des participants aux contrats de production et à esquiver une analyse de leur relation et de son contexte. Cette présomption porte à conséquence lorsqu'il s'agit d'analyser les contrats conclus au sein des réseaux de production étant donné la nature hybride des relations y prévalant[57]. D'un côté, les participants s'engagent à collaborer pour une certaine période de temps ; de l'autre, ils conservent un accès au marché (même s'ils ne

51. Sur l'utilisation du droit des contrats en Russie afin de pallier les manquements des institutions juridiques et étatiques russes et d'établir les protections requises par les investisseurs étrangers, voir Doreen McBarnet, « Transnational Transactions : Legal Work, Cross-Border Commerce and Global Regulation », dans Michael Liposky (dir.), *Transnational Legal Processes. Globalisation and Power Disparities*, Londres, Butterworths, 2002, p. 98, aux pages 103 et suiv.
52. « Parties do not simply enter into agreements outside or "in the shadow of the law" because they deem it efficient. The "turn to contract" occurs in the context of a richly structured field of public and private intersecting modes of governance » : Peer Zumbansen, « Rethinking the Nature of the Firm : The Corporation as a Governance Object », (2011-2012) 35 *Seattle U.L. Rev.* 1469, 1498.
53. O. Dilling, M. Herberg et G. Winter, préc., note 36, à la page 8 ; Saskia Sassen, « The State and Globalization », *Interventions : International Journal of Postcolonial Studies*, vol. 5, nº 2, 2003, p. 241, à la page 243.
54. Doreen McBarnet et Marina Kurkchiyan, « Corporate Social Responsibility through Contractual Control ? Global Supply Chains and "Other-Regulation" », dans Doreen McBarnet, Aurora Voiculescu et Tom Campbell (dir.), *The New Corporate Accountability*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 59, à la page 59.
55. Eva Kocher, « Codes of Conduct and Framework Agreements on Social Minimum Standards – Private Regulation ? », dans O. Dilling, M. Herberg et G. Winter (dir.), préc., note 36, p. 67.
56. Jean-Guy Belley, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », (1991) 32 *C. de D.* 253, 287.
57. Sur les organisations hybrides, entre marché et hiérarchie, voir O.E. Williamson, préc., note 29.

sont pas toujours libres de choisir leurs partenaires contractuels[58]). De plus, la grande diversité entre les participants au réseau, les asymétries relationnelles que cette structure crée et les occasions de contrôle qui en découlent sont autant de sources éventuelles de dépendance. C'est pourquoi, face à la réalité de l'organisation en réseaux de production, le droit des contrats ne peut plus faire l'économie d'une analyse contextuelle des relations contractuelles. Dans ce cadre, la théorie relationnelle du contrat pourrait-elle servir de cadre théorique général au déploiement d'une telle analyse juridique contextuelle ?

1.2 La théorie relationnelle des contrats comme guide au sein des réseaux

La théorie relationnelle du contrat développée par Ian R. Macneil centre l'analyse juridique sur les relations dans lesquelles s'inscrivent des échanges et non uniquement sur les échanges en tant que tels[59]. Au cœur de la théorie relationnelle du contrat se trouve l'idée que chaque transaction est inscrite dans une relation complexe[60]. Il importe donc de commencer l'analyse de toute transaction par les éléments essentiels des relations qui la sous-tendent[61]. La théorie relationnelle du contrat ne préconise pas un examen complet de chacun des éléments formant le contexte relationnel des contrats, mais uniquement ceux qui sont pertinents afin de comprendre réellement le contrat intervenu entre les parties[62].

L'approche relationnelle préconisée par Ian R. Macneil s'effectue en trois étapes : 1) acquérir une compréhension générale de la relation dont les transactions font partie intégrante ; 2) analyser les interactions entre les différentes transactions et la relation de façon à mettre en lumière

58. Jan Johanson et Jan-Erik Vahlne, « Markets as Networks : Implications for Strategy-Making », *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 39, 2011, p. 484, à la page 485.
59. Ian R. Macneil, « Economic Analysis of Contractual Relations : Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus" », (1980-1981) 75 *Nw. U.L. Rev.* 1018 ; I.R. Macneil, préc., note 16 ; Ian R. Macneil et David Campbell (dir.), *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001.
60. I.R. Macneil, préc., note 16, 881.
61. *Id.* ; Ian R. Macneil, « Reflections on Relational Contract Theory after a Neo-classical Seminar », dans David Campbell, Hugh Collins et John Wightman (dir.), *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 207, à la page 207.
62. *Id.*, à la page 209.

les limites d'une analyse transactionnelle classique ; 3) s'engager dans une analyse détaillée des transactions en tenant compte des éléments contextuels identifiés à la première étape[63]. Selon Ian R. Macneil, l'analyse d'un contrat observera généralement, à des degrés divers, les dix normes comportementales suivantes[64] :

1) l'intégrité du rôle ;
2) la solidarité contractuelle ;
3) la réciprocité ;
4) la restitution, les attentes et la confiance ;
5) l'implantation de la planification ;
6) la création et la retenue du pouvoir ;
7) la manifestation du consentement ;
8) le caractère approprié des moyens ;
9) la flexibilité ;
10) l'harmonisation avec la matrice sociale.

Au Québec, la théorie relationnelle du contrat est étroitement associée aux travaux du professeur Jean-Guy Belley portant sur les contrats d'approvisionnement entre une entreprise multinationale, Alcan, et ses fournisseurs de la région du Saguenay-Lac-Saint-Jean[65]. Cette étude démontre l'imbrication profonde du contrat dans le contexte relationnel et social dans lequel il s'inscrit et met en évidence combien le contenu du contrat dépasse les règles du droit étatique et les normes sociales reconnues par le droit[66]. L'étude des relations contractuelles entre Alcan et ses sous-traitants fait ainsi voir l'émergence de mécanismes de régulation autonomes[67] de même que l'apparition graduelle de normes relationnelles de confiance[68], de réciprocité[69], de coordination[70] et de coopération[71]. La théorie relationnelle du contrat a également été mobilisée par plusieurs

63. I.R. Macneil, préc., note 16, 888.
64. *Id.*, 879 et 880.
65. J.-G. Belley, préc., note 12.
66. *Id.*, p. 304.
67. *Id.*, p. 182-192.
68. *Id.*, p. 114-121.
69. *Id.*, p. 64.
70. *Id.*, p. 130.
71. *Id.*, p. 64.

autres auteurs québécois[72], notamment dans le cadre d'études portant sur le contrat de mariage[73] ou sur le droit des sociétés par actions[74].

La théorie relationnelle du contrat fait l'objet d'un intérêt renouvelé de la doctrine juridique des dernières années[75]. Cet intérêt a été exprimé particulièrement dans le cadre d'articles s'intéressant aux mutations des entreprises et aux relations économiques transnationales, ce qui indique l'utilité d'une approche relationnelle des contrats à une époque marquée par la privatisation et la mondialisation des relations économiques.

La théorie relationnelle du contrat est généralement associée aux relations à long terme[76] marquées par une coopération étroite, un ajustement mutuel et une entente réciproque de négocier de bonne foi dans le cas où surviendraient des difficultés liées à l'exécution du contrat[77]. Elle est souvent appliquée à l'analyse des relations contractuelles entre des firmes indépendantes juridiquement mais interdépendantes sur le plan économique[78], au point où le contrat relationnel est devenu un idéal-type de telles relations[79].

---

72. L. Rolland, préc., note 2.
73. Alain Roy, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Thémis, 2002.
74. Raymonde Crête, « Le raisonnement judiciaire fondé sur l'équité dans les conflits entre actionnaires de petites sociétés : l'éclairage d'une approche consensuelle », (2006) 47 *C. de D.* 33.
75. P. Zumbansen, préc., note 52 ; Matthew C. Jennejohn, « Contract Adjudication in a Collaborative Economy », (2010) 5 *Va. L. & Bus. Rev.* 173.
76. George Baker, Robert Gibbons et Kevin J. Murphy, « Relational Contracts and the Theory of the Firm », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, 2002, p. 39. Ian R. MacNeil s'est toutefois insurgé contre une telle application, jugée trop étroite, au point où il a préféré renommer sa théorie « *essential contract theory* » afin de mettre en évidence que son approche s'applique à tous les types de contrats : I.R. Macneil, préc., note 16, 892.
77. Jean-Guy Belley, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics. The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 137, à la page 139 ; Richard E. Speidel, « The Characteristics and Challenges of Relational Contracts », (1999-2000) 94 *Nw. U.L. Rev.* 823, 829.
78. David Campbell, « Ian Macneil and the Relational Theory of Contract », dans I.R. Macneil et D. Campbell (dir.), préc., note 59, p. 3, aux pages 15 et 16.
79. *Id.*, à la page 18 ; Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press, 1985, p. 68-84. Pour un exemple d'une telle application de la théorie relationnelle du contrat, voir Christian Joerges, « Relational Contract Theory in a Comparative Perspective : Tensions between Contract and Antitrust Law Principles in the Assessment of Contract Relations between Automobile Manufacturers and their Dealers in Germany », (1985) *Wis. L. Rev.* 581.

Cette application habituelle de la théorie relationnelle des contrats à des relations caractérisées par la coopération et ayant pour objet la coordination économique interfirme la fait paraître particulièrement indiquée pour l'analyse des relations contractuelles au sein des réseaux de production. En effet, les relations entre les partenaires d'un même réseau sont généralement dépeintes par la littérature managériale comme des arrangements collaboratifs[80] soutenus par des valeurs d'engagement et de confiance mutuelle[81], propices au développement de relations à long terme et mutuellement bénéfiques[82]. De la même manière, les échanges au sein des réseaux de production sont situés entre le marché et l'intégration hiérarchiques, se distinguant à la fois des relations compétitives caractérisant les échanges marchands entre partenaires contractant à distance[83] et des relations hiérarchiques autoritaires prévalant dans les entreprises intégrées[84].

Les réseaux de production ne sont cependant pas uniquement caractérisés par la coopération. Des recherches empiriques démontrent qu'au sein des réseaux s'articulent autant des relations de grande collaboration que des relations de contrôle[85]. Si certaines relations sont celles de partenaires égaux, d'autres sont empreintes d'une subordination économique qui est au moins aussi grande que celle des salariés envers leur employeur, peut-être même plus profonde encore parce que dénuée des protections des lois de l'emploi[86]. Trois facteurs en particulier participent à cette subordination. D'abord, les fournisseurs d'une firme pivot doivent accepter d'appliquer

80. J.C. Jarillo, préc., note 29, à la page 39 ; Mari Sako, *Prices, Quality and Trust. Inter-firm Relations in Britain and Japan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 10. Pour une revue de la littérature, voir Brian Uzzi, « Social Structure and Competition in Interfirm Networks : The Paradox of Embeddedness », *Administrative Science Quarterly*, vol. 42, nº 1, 1997, p. 35, aux pages 36 et 37.
81. J.C. Jarillo, préc., note 29, à la page 36 ; J. Johanson et J.-E. Vahlne, préc., note 58, à la page 489 ; W.W. Powell, préc., note 38.
82. M. Sako, préc., note 80.
83. B. Uzzi, préc., note 80, à la page 36.
84. O.E. Williamson, préc., note 29 ; W.W. Powell, préc., note 38, à la page 300.
85. Voir la revue de littérature dans Damian Grimshaw, Hugh Willmott et Jill Rubery, « Inter-Organizational Networks : Trust, Power, and the Employment Relationship », dans Mick Marchington et autres (dir.), *Fragmenting Work. Blurring Organizational Boundaries and Disordering Hierarchies*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 39, à la page 52. Sur le contrôle dans les réseaux de production, voir F. Mariotti, préc., note 41, 734 et 735.
86. D. Grimshaw, H. Willmott et J. Rubery, préc., note 85, à la page 55 ; A.E. Aust et T. Laporte Aust, préc., note 6, p. 1141.

les normes de production de cette firme[87] sans pour autant être assurés de leur inclusion à long terme dans le réseau, celle-ci étant tributaire de leur aptitude à respecter les critères de performance imposés par la firme pivot[88]. Ensuite, le degré de collaboration varie d'une relation à l'autre au cœur d'un même réseau, comme le souligne l'étude du professeur Richard M. Locke portant sur le respect du code de conduite de Nike inc. par ses sous-traitants[89]. L'étude fait ressortir combien les relations entre Nike et ses sous-traitants sont de nature diversifiée, certains sous-traitants étant identifiés comme plus stratégiques et bénéficiant du partage de pratiques innovatrices avec Nike, alors que d'autres ne profitent pas de la même intégration[90]. Enfin, la concurrence peut être vive entre membres du réseau[91], puisque l'informalité de l'arrangement en réseaux et la porosité des frontières des réseaux permettent à la firme amirale du réseau de mettre en compétition les membres du réseau tant entre eux qu'avec les firmes extérieures au réseau afin d'accroître la pression sur les fournisseurs, sous-traitants ou autres maillons plus faibles du réseau[92].

Face à cette réalité du réseau qui recouvre autant les situations de collaboration que celles où une partie peut imposer sa puissance[93], la théorie relationnelle des contrats constitue-t-elle une clé adéquate de compréhension des réseaux ? Certains pourraient en douter puisque cette théorie est souvent associée à des relations empreintes de chaleur et de coopération[94]. Il est vrai, certes, comme nous l'avons souligné précédemment[95], que l'étude des relations entre Alcan et ses fournisseurs mettait en évidence le développement de normes internes de coopération, de

87. Jean-Guy Belley, « Contrat et citoyenneté. La politique d'achat régional d'une entreprise multinationale », (1993) 34 *C. de D.* 1063, 1122.
88. *Id.*, 1123.
89. Richard M. Locke et Monica Romis, « The Promise and Perils of Private Voluntary Regulation : Labor Standards and Work Organization in Two Mexican Garment Factories », *Review of International Political Economy*, vol. 17, nº 1, 2010, p. 45, aux pages 67 et 68 ; voir aussi Richard M. Locke, Fei Qin et Alberto Brause, « Does Monitoring Improve Labor Standards ? Lessons from Nike », *Industrial & Labor Relations Review*, vol. 61, 2007, p. 3, à la page 16.
90. R.M. Locke et M. Romis, préc., note 89.
91. Qu'on pourrait même qualifier d'« hypercompétition » : D. Grimshaw, H. Willmott et J. Rubery, préc., note 85, à la page 54.
92. *Id.*, à la page 55.
93. Silvia Sacchetti et Roger Sugden, « The Governance of Networks and Economic Power : The Nature and Impact of Subcontracting Relationships », *Journal of Economic Surveys*, vol. 17, nº 5, 2003, p. 669.
94. Voir ainsi : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, préc., note 22, nº 78 ; G. Teubner, préc., note 14, 405.
95. Voir *supra*, notes 68 et suivantes ainsi que le texte correspondant.

coordination, de réciprocité et de confiance. Le professeur Jean-Guy Belley n'occulte cependant pas l'inégalité de puissance entre les parties[96] et participe d'ailleurs à en fournir de nombreux exemples concrets. Au demeurant, une analyse plus poussée de la théorie relationnelle du contrat confirme sans aucun doute sa pleine adéquation à l'analyse des relations contractuelles d'inégale puissance au sein des réseaux.

Notons en premier lieu qu'une interprétation restreignant l'application de la théorie relationnelle aux relations collaboratives ne rendrait cependant pas justice à la profondeur analytique de cette dernière. Ian R. Macneil a d'ailleurs déjà dénoncé avec force cette équation limitative établie entre théorie relationnelle et contrats empreints de coopération, et souligné comment l'attention portée aux facteurs relationnels, et en particulier celui de la création et de la restriction de la puissance, permet au contraire de saisir les inégalités engendrées par les phénomènes de privatisation et de mondialisation[97]. En fait, la théorie du contrat relationnel de Ian R. Macneil, de par l'attention accordée au contexte et à la relation entre les parties[98], se prête autant à l'analyse de relations empreintes de coopération que de celles où une partie utiliserait sa puissance économique pour dicter les termes d'un contrat. Les relations ne sont pas présumées coopératives, pas plus qu'elles ne sont présumées empreintes de domination ni même ponctuelles. Elles sont tout simplement analysées en tenant compte du contexte qui leur est propre.

De plus, selon Ian R. Macneil, la distribution de la puissance entre les parties constitue un élément essentiel de tout contrat, dont l'analyse des relations contractuelles ne peut faire l'économie. D'abord sur le plan explicatif, parce que la puissance a un impact sur chacun des éléments de la relation contractuelle[99]. Ensuite sur le plan positif, puisque selon Ian R. Macneil la question de la création et du contrôle de la puissance constitue une norme inhérente à tout contrat[100] : « After all, law itself may be viewed as consisting entirely of the creation *and restraint* of power,

96. J.-G. Belley, préc., note 12.
97. Ian R. Macneil, « Contracting Worlds and Essential Contract Theory », (2000) 9 *Social & Legal Studies* 431, 436.
98. I.R. Macneil, préc., note 61, aux pages 214 et 215 ; voir, dans ce sens, Robert W. Gordon, « Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law », (1985) *Wis. L. Rev.* 565, 570.
99. I.R. Macneil, préc., note 61, à la page 215.
100. I.R. Macneil, préc., note 59, 1049-1062 ; Ian R. Macneil, « Values in Contract : Internal and External », (1983) 78 *Nw. U.L. Rev.* 340, 375-377. Sur l'utilisation dans un sens positif du concept de norme par Macneil, voir Michael D. Diathesopoulos, « First Approaches Towards Relational Contracts », *Social Science Research Network*, 2010, texte accompagnant V. Chassagnon, préc., note 30.

restraint both of power it creates and of power created otherwise[101]. » Enfin, on peut utiliser sur le plan normatif une des hypothèses centrales de Ian R. Macneil, en vertu de laquelle le droit limite la puissance unilatérale dans toute relation contractuelle, aux dépens mêmes de l'efficience économique, lorsque cette puissance est excessive[102]. De plus, les normes 3 (réciprocité), 6 (création et retenue du pouvoir) et 10 (harmonisation avec la matrice sociale[103]) pourraient permettre d'implanter en droit contractuel un principe analogue au principe de protection du plus faible existant en droit du travail[104].

La théorie relationnelle procure donc le cadre théorique d'une compréhension des contextes tant collaboratifs que d'inégale puissance qui constituent la trame diversifiée des relations au sein des réseaux de production transnationaux. Cependant, bien que la théorie relationnelle des contrats fournisse un cadre justifiant l'analyse des inégalités de puissance économique, elle ne met pas à la disposition du juriste les instruments analytiques nécessaires à la théorisation de la puissance économique. Certes, Ian R. Macneil souligne le fait que la puissance n'est pas exclusivement d'origine juridique mais aussi sociale et économique[105]. Malgré cette affirmation, seule la puissance d'origine juridique[106], soit le pouvoir juridique proprement dit[107], est théorisée par Ian R. Macneil. Or une compréhension fine des facteurs économiques de puissance est indispensable pour analyser les contrats de production au sein des réseaux transnationaux. Nous verrons plus loin[108] que la théorie économique des dernières années fournit des pistes intéressantes pour penser la puissance au sein des relations économiques. Ces recherches viennent formaliser la notion de puissance et préciser les facteurs de puissance tant internes à la relation de production qu'externes à celle-ci. L'utilisation de ces recherches permettrait d'analyser les inégalités de puissance économique entre les différentes firmes composant les réseaux et faciliterait l'adoption de la théorie relationnelle des contrats.

---

101. I.R. Macneil, préc., note 59, 1061.
102. *Id.*, 1060. Pour l'esquisse d'un tel usage, voir I.R. Macneil, préc., note 97, 436.
103. Voir *supra*, note 64 et le texte correspondant.
104. Sergio Gamonal C. et César F. Rosado Marzan, « Protecting Workers as a Matter Principle : A Latin American View of U.S. Work Law », (2014) 13 *Washington University Global Studies Law Review* 605 ; Pnina Alon-Shenker et Guy Davidov, « Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts », (2014) 59 *R.D. McGill* 375.
105. I.R. Macneil, préc., note 100, 1051 et 1052.
106. *Id.*, 1049-1062.
107. Voir : M. Weber, préc., note 17 ; M. Cantin Cumyn, préc., note 17 ; E. Gaillard, préc., note 17.
108. *Infra*, section 3.

Outre ce problème d'ordre analytique, l'adoption de la théorie relationnelle heurte aussi deux présupposés fondamentaux du droit classique contractuel : celui que les contrats librement consentis participent à l'efficience économique de la société dans son ensemble et celui que les relations contractuelles conclues dans un marché sont nécessairement empreintes d'égale autonomie. Ces deux présupposés justifient la primauté du principe de liberté contractuelle et le maintien du formalisme juridique face aux cocontractants. Or nous verrons dans les deux prochaines sections que le bien-fondé de ces deux présupposés est de plus en plus remis en question par des théories économiques issues de la sociologie économique.

2 L'efficience du contrat : un principe remis en question par l'effet de richesse

2.1 Le principe d'efficience et le rôle du droit dans la perspective classique

Dans la perspective de l'analyse économique du droit, le contrat constitue un instrument juridique qui rend possible l'allocation des ressources aux usages les plus valorisés[109]. Les auteurs se réclamant de l'analyse économique du droit soutiennent de plus que ces échanges sont mutuellement bénéfiques même lorsque les contractants ne sont pas égaux économiquement[110]. Cette position s'appuie sur le théorème de Coase.

Dans un article à la base de ce qui est devenu un théorème[111], Coase a démontré que les contrats contribuaient à une allocation efficiente des ressources indépendamment de l'attribution initiale des droits lorsque les participants ont la possibilité de librement négocier l'attribution des droits, sans encourir de coûts de transaction[112]. Coase a de plus établi que, même lorsqu'une activité économique impose à un tiers des effets négatifs (des

109. Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 31 ; Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008, nº 1299 ; Jay M. Feinman, « The Significance of Contract Theory », (1989) 58 *U. Cin. L. Rev.* 1283, 1296.

110. Cento Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 111.

111. Ronald H. Coase, « The Problem of Social Cost », (1960) 3 *Journal of Law & Economics* 1. C'est George J. Stigler, *The Theory of Price*, 3e éd., New York, MacMillan, 1966, p. 113, qui formalisera la pensée de Coase sous forme de théorème.

112. R.H. Coase, préc., note 111, 6. Parmi plusieurs définitions des coûts de transaction qui ont cours, retenons celle-ci qui provient d'E. Mackaay et S. Rousseau, préc., note 109, nº 734, p. 199 : « Coûts qui impliquent que la coordination des actions humaines par l'organisation en question [ou par le marché] n'est pas instantanée, sans friction, et entièrement conforme aux intentions des acteurs ».

externalités), le résultat final maximise la valeur de production indépendamment de l'attribution initiale des droits, à la condition que les droits initiaux soient clairement définis et que les parties puissent négocier entre elles sans coûts de transaction.

Le théorème de Coase fonde le principe d'efficience, en vertu duquel la liberté de négocier, d'implanter et d'assurer le respect des contrats assure la maximisation de la richesse, du moins en ce qui concerne les parties à la négociation[113]. Associé au principe d'efficience, le théorème de Coase permet de réfuter l'idée que les arrangements organisationnels reflètent les inégalités de puissance[114]. Dans cette perspective, la distribution initiale des droits n'importe pas tant que les parties peuvent négocier librement afin de répartir les droits à leur usage le plus productif[115]. Le droit des contrats n'a donc pas à se soucier de l'attribution initiale des ressources ni de l'inégalité du pouvoir de négociation[116]. Le droit n'a qu'à définir clairement des droits de propriété qui soient exclusifs et transférables et les échanges marchands de ces droits donneront lieu à l'atteinte d'une solution efficiente, indépendamment de l'attribution initiale des droits.

Le droit apparaît ici comme neutre une fois les droits de propriété spécifiés et la liberté contractuelle assurée[117]. Dans cette interprétation du théorème de Coase, « law simply becomes a vehicle that, via judicial decree, allows conflicts to be resolved in the manner that disputants would themselves mutually demonstrate that they prefer[118] ». Le rôle du droit qui en découle est celui de procurer les outils nécessaires à la négociation contractuelle entre les individus (droits clairement établis, liberté contractuelle) et, en présence de coûts de transaction trop importants, d'imiter le marché[119] en favorisant l'atteinte de la solution la plus efficiente, celle qui

113. Paul R. Milgrom et John Roberts, *Economics, Organization, and Management*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1992, p. 24 ; Yves-Marie Morissette, « Présentation », dans Ronald H. Coase, *Le coût du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 7, à la page 10.
114. P.R. Milgrom et J. Roberts, préc., note 113, p. 39.
115. R.H. Coase, préc., note 111 ; pour cette formulation, voir Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 6.
116. C. Veljanovski, préc., note 110, p. 152.
117. R.A. Posner, préc., note 115 ; Robert Cooter, « The Cost of Coase », (1982) 11 *J. Legal Stud.* 1, 14.
118. Steven G. Medema, « Symposium on the Coase Theorem. Legal Fiction : The Place of the Coase Theorem in Law and Economics », *Economics and Philosophy*, vol. 15, 1999, p. 209, à la page 222.
119. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4e éd., Boston, Little Brown and Company, 1992, p. 15.

attribue les droits de propriété d'une ressource à la partie qui valorise le plus cette ressource[120].

On constate donc comment le théorème de Coase, en démontrant le peu d'impact des inégalités de puissance sur l'efficience d'un contrat, vient justifier le refus du droit des contrats de tenir compte des inégalités économiques entre les contractants.

Par rapport aux contrats de production au sein des réseaux de production transnationaux, en vertu de l'approche coasienne le droit ne devrait pas s'immiscer dans ces contrats s'ils sont librement consentis. Prenons le cas classique d'une entreprise qui choisit de sous-contracter les produits portant son logo plutôt que de les produire à l'interne[121]. Le fait que chaque sous-contractant accepte de conclure de telles ententes permet de penser que lui aussi s'estime avantagé par un tel contrat, sinon il ne l'aurait pas conclu. En vertu du théorème de Coase, le droit ne devrait pas intervenir si les bénéfices escomptés du contrat de production excèdent les désavantages socioéconomiques qui pourraient être subis[122], notamment par les tiers, tels les travailleurs des sous-contractants qui ne bénéficieront pas d'un contrat d'emploi avec l'entreprise amirale du réseau[123].

Mais l'encadrement des relations de production au moyen de contrats de production conclus entre l'entreprise amirale du réseau et ses fournisseurs plutôt que par l'intégration verticale est-il nécessairement efficient parce que consenti contractuellement ? Même si l'on tient pour acquis que ce type d'organisation constitue l'option la plus valorisée par les parties au contrat, s'agit-il pour autant d'une option qui maximise l'efficience et justifie une appréhension formaliste du contrat ? Nous verrons dans la section suivante que les réponses à ces questions varient en fonction de l'existence ou non d'un effet de richesse.

---

120. S.G. Medema, préc., note 118, aux pages 221 et 222.
121. Voir, par exemple, le cas de Nike inc. qui ne possède aucune usine et ne fait affaire qu'avec des sous-contractants pour la fabrication de ses produits : R.M. Locke, F. Qin et A. Brause, préc., note 89, 8.
122. Coase n'ajoute qu'une seule condition : il ne doit pas y avoir de coûts de transaction empêchant la négociation de chaque option contractuelle. Cette condition est de taille et a fait l'objet de nombreuses études et même donné naissance à l'économie des coûts de transaction dont Oliver Williamson est le chef de file : O.E. Williamson, préc., note 79 ; O.E. Williamson, préc., note 29. Nous n'en traiterons cependant pas ici de manière à mettre en évidence les limites du théorème de Coase même lorsque les coûts de transaction sont nuls.
123. Pour des exemples de tels désavantages, voir l'affaire *Lian* c. *Crew Group Inc. et al.*, préc., note 32.

2.2 La remise en question du principe d'efficience par l'effet de richesse

Les économistes Paul R. Milgrom et John Roberts, dans un ouvrage de référence sur l'organisation économique, soulignent qu'une allocation entre les parties qui maximise la valeur totale des parties ne sera efficiente qu'à la condition que les préférences de ces parties ne soient pas touchées par un effet de richesse, c'est-à-dire qu'elles ne soient pas modifiées si elles venaient à détenir plus de droits ou de biens[124]. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, la situation initiale des parties n'aura pas d'effets sur l'efficience de l'allocation d'un droit ou d'une ressource[125]. Cette situation initiale pourrait avoir un effet sur le partage des coûts et des bénéfices résultant de l'activité économique, mais pas sur la nature efficiente de l'allocation choisie. Toutefois, en présence d'effet de richesse, l'équation entre efficience et maximisation de la valeur totale ne saurait tenir.

La centralité de l'effet de richesse comme condition nécessaire à l'efficience d'une transaction est particulièrement intéressante à nos fins d'études des contrats de production au sein des réseaux. Nous avons déjà remarqué plus haut la diversité des acteurs et de leur situation économique au sein des réseaux de production et l'impact possible de cette diversité sur les relations contractuelles. Or, Paul R. Milgrom et John Roberts ont mis en évidence que c'est uniquement en l'absence d'effet de richesse que l'inégalité économique entre cocontractants n'aura pas d'effet sur l'efficience des clauses contractuelles consenties.

La reconnaissance par la théorie économique d'un impact possible de l'effet de richesse fait apparaître la possibilité qu'un contrat conclu entre des partenaires inégaux ne soit pas efficient socialement. L'atteinte de l'efficience ne justifie donc pas dans ce cas le refus du droit des contrats de prendre en considération les inégalités de puissance entre les contractants. Inversement, toute intervention judiciaire dans les termes d'un contrat conclu entre partenaires inégaux affectés par un effet de richesse ne constituerait pas automatiquement une atteinte à l'efficience. On constate donc que la possibilité d'un effet de richesse mine une des justifications majeures du formalisme du droit des contrats.

L'étude des conditions nécessaires pour écarter l'existence de tout effet de richesse démontre de plus que l'effet de richesse est probablement assez répandu, peut-être même davantage que la situation contraire. Trois conditions doivent en effet être réunies pour qu'il n'y ait pas d'effet

---

124. P.R. Milgrom et J. Roberts, préc., note 113, p. 36. L'effet de richesse vise autant une attribution de droit initiale à un acteur plutôt qu'à un autre (marque de commerce ; accès à un réseau de distribution) qu'une possession de richesse financière.

125. *Id.*, p. 36 et 37.

de richesse[126]. Il faut d'abord que la renonciation à un droit puisse être compensée monétairement. En deuxième lieu, il faut que la situation de richesse n'ait pas d'effet sur le montant de la compensation monétaire qu'une partie est prête à accepter. Enfin, le décideur doit avoir suffisamment d'argent pour pouvoir compenser monétairement le perdant. Nous allons approfondir ces trois conditions tour à tour et voir dans quelle mesure elles pourraient s'appliquer aux contrats de production conclus à l'intérieur d'un réseau de production.

2.2.1 L'importance de la quantification monétaire

En vertu de la première condition, un effet de richesse existe lorsqu'aucun montant compensatoire n'est suffisant pour dédommager un acteur qui a renoncé à un droit[127]. Dans ce contexte, l'effet de richesse signifie qu'un des participants ne peut recevoir de compensation pour sa perte, ou qu'aucun montant ne peut compenser sa perte. Le fait que certains biens ou certaines ressources ne peuvent faire l'objet d'échange monétaire contribue donc à l'existence d'un effet de richesse[128]. Coase reconnaissait d'ailleurs l'importance que tous les biens soient clairement définis, afin qu'ils puissent faire l'objet d'un échange[129].

L'impossibilité de quantifier monétairement un droit peut être liée à la nature particulière de ce droit ou à l'incertitude entourant la valeur de ce droit ou à la difficulté de le définir en raison de l'incomplétude des marchés pour échanger et évaluer la nature d'un droit. Les droits à la vie, à la santé, à la sécurité ou à un environnement sain constituent de tels droits qui résistent à la quantification monétaire[130]. Or de tels droits peuvent être atteints par les termes des contrats de production au sein des réseaux transnationaux. Ainsi, un fournisseur qui a engagé des ressources financières importantes dans l'acquisition de machinerie spécialisée et négocie le renouvellement du contrat de production avec une entreprise transnationale risque non seulement des coûts monétaires mais aussi son insécurité matérielle ainsi que celle de ses travailleurs, un coût potentiel

126. *Id.*, p. 35.
127. *Id.*
128. Ce problème est conceptualisé comme étant celui de l'incomplétude des marchés par Bruce C. Greenwald et Joseph E. Stiglitz, « Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, nº 2, 1986, p. 229. La théorie néoclassique reconnaît l'importance que chaque bien soit échangé dans un marché compétitif pour que l'économie soit en équilibre.
129. R.H. Coase, préc., note 111, 8.
130. Pour une discussion nuancée sur l'inaliénabilité, voir Margaret Jane Radin, « Market-Inalienability », (1987) 100 *Harv. L. Rev.* 1849, 1903 et suiv.

qui n'est pas complètement quantifiable monétairement. Dans la mesure où cette entreprise occupe une place centrale dans sa communauté, les enjeux du renouvellement dépassent ce qui peut être aisément quantifié monétairement tels la vitalité de la communauté et les impacts sociaux du chômage[131].

Dans ce cas, la maximisation de la valeur totale au moyen d'un contrat librement consenti ne constitue pas nécessairement une situation efficiente puisque la perte dont la valeur n'est pas quantifiable ne peut être prise en considération dans le calcul de la valeur totale. Lorsque l'attribution d'un droit à un acteur affecte de façon difficilement monnayable d'autres acteurs, il devient périlleux de se prononcer sur l'efficience d'une telle situation.

2.2.2 L'impact d'une différence dans l'attribution initiale

En vertu du théorème de Coase, l'attribution initiale des droits n'importe pas. Si les parties ont la possibilité de négocier sans coûts de transaction, elles s'entendront sur l'attribution la plus efficiente des droits, indépendamment de leur attribution initiale[132]. Est-ce à dire que tout échange contractuel maximise l'efficience indépendamment de l'attribution initiale des droits ? Pour que cela soit le cas, la valeur accordée à un droit ne doit pas varier en fonction de la situation de richesse des personnes[133]. Dans ce cas, en vertu de la version normative du théorème de Coase[134], le système juridique n'a pas à se soucier de l'attribution initiale des droits afin de favoriser l'efficience, son rôle étant uniquement de déterminer clairement les droits et de favoriser leur échange contractuel.

Cette situation d'invariance de l'attribution initiale des droits pourrait cependant n'être qu'exceptionnelle. En effet, les recherches sur l'effet de dotation ont démontré que l'attribution initiale d'un droit avait un effet

131. Voir la description de l'impact sur une communauté de la perte d'un contrat d'approvisionnement auprès de Walmart par une entreprise locale fabriquant des chandails : N. Lichtenstein, préc., note 37, p. 158 et 159.

132. R.H. Coase, préc., note 111, 8. Il s'agit là du principe d'invariance dérivé du théorème de Coase. Notons que cette interprétation est plus controversée. Pour une discussion approfondie, voir S.G. Medema, préc., note 118, à la page 221.

133. P.R. Milgrom et J. Roberts, préc., note 113, p. 35.

134. R.A. Posner, préc., note 115 ; Ugo Mattéi et Andrea Pradi, « Property Rights. A Comparative Law and Economics Perspective in the Global Era », dans Donatella Porrini et Giovanni Battista Ramello (dir.), *Property Rights Dynamics. A Law and Economics Perspective*, Londres, Routledge, 2007, p. 40, à la page 44. Pour une discussion voir S.G. Medema, préc., note 118, à la page 221. Voir aussi, pour un exposé de l'approche résolument optimiste par rapport à la négociation qui sous-tend le théorème de Coase, R. Cooter, préc., note 117, 17.

non négligeable sur la valeur accordée à un droit par une partie[135]. Une préférence pour le *statu quo* accroît la valeur de la compensation que les acteurs seront prêts à accepter (*willing to accept*) pour se départir d'une ressource ou d'un droit qu'ils possèdent déjà comparativement à ce qu'ils seraient prêts à payer (*willing to pay*) pour acquérir la même ressource. La situation initiale pourrait donc avoir un effet sur l'évaluation d'une ressource et donc sur le transfert de cette ressource parce que les acteurs valorisent davantage une ressource lorsqu'ils la possèdent que lorsqu'ils doivent l'acquérir.

Appliqué à notre exemple, l'impact potentiel de l'attribution initiale des droits pourrait être envisagé de la façon suivante. Le droit reconnaît généralement à l'entrepreneur le droit initial de déterminer la structure de production qu'il entend implanter : intégration, sous-traitance ou recours à un réseau de production. Ce droit découle du droit de propriété que l'entrepreneur détient sur son équipement ou même sur sa marque de commerce. Parallèlement à cela, les travailleurs ne possèdent pas de droit de regard sur l'organisation de la production. En vertu du théorème de Coase, l'attribution du droit de déterminer la structure de production à l'entrepreneur ne devrait pas avoir d'effet sur le contenu de l'entente finale entre l'entrepreneur et les travailleurs portant sur la nature du contrat qui les unirait. Que le droit d'organiser soit attribué à l'entrepreneur ou aux travailleurs, le même résultat serait atteint, celui qui est le plus efficient.

Mais si un effet de dotation existe, cette invariance dans les résultats ne tient plus. On ne peut présumer que l'entente contractuelle conclue est efficiente si la situation initiale des parties n'est pas sans effets. L'organisation de la production en réseaux de sous-traitants ne reflète peut-être que l'attribution initiale des droits aux entrepreneurs et non la solution efficiente privilégiée par les parties. Dans ce cas, l'intervention du droit dans les termes des contrats ne portera pas nécessairement atteinte à l'efficience de la production, peut-être même contribuera-t-elle à l'atteindre.

Un effet de dotation peut-il exister par rapport aux décisions d'organiser la production ? Il est vrai que l'existence d'un effet de dotation a surtout été remarquée empiriquement lorsque les objets avaient une valeur d'usage plutôt qu'une valeur d'échange (échange de tasses plutôt

135. Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch et Richard H. Thaler, « Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem », *Journal of Political Economy*, vol. 98, n° 6, 1990, p. 1325.

que de jetons[136]) et que cet effet semble plus présent chez les individus non commerçants[137] ou ceux transigeant pour leur propre compte plutôt qu'à titre d'agent[138]. On pourrait donc douter qu'un effet de dotation affecte un dirigeant d'entreprise lorsqu'il décide de l'organisation de la production. Mais des études empiriques ont révélé qu'un effet de dotation est aussi présent lorsque la valeur d'un bien ou du *statu quo* n'est pas facilement identifiable : « The more difficult it is for individuals to compare two items in a proposed trade, the larger the endowment effect tends to be[139]. » Cette influence de l'incertitude sur l'effet de dotation pourrait expliquer pourquoi certains chercheurs ont observé un effet de dotation par rapport à des options d'investissement qui n'avaient pas de valeur d'usage[140]. Enfin, même si l'effet de dotation est davantage remarqué lorsque les individus agissent pour leur propre compte plutôt que dans le cadre d'un rôle organisationnel, une expérience a démontré l'existence d'un effet de dotation où les sujets agissaient à titre d'agent, mais où les instructions leur rappelaient qu'ils devaient agir au mieux des intérêts de leur client et que les résultats des contrats conclus serviraient de critère pour déterminer les occasions d'affaires à venir[141]. Considérant particulièrement l'incertitude entourant les bénéfices escomptés dans l'organisation de la production et la possibilité d'un effet de dotation lorsque les individus agissent dans le cadre d'un rôle organisationnel, on ne peut donc complètement évacuer la possibilité qu'un effet de dotation affecte le caractère efficient d'un contrat de production au sein des réseaux transnationaux.

2.2.3 La nécessité des ressources monétaires suffisantes

Explorons enfin la troisième condition nécessaire pour qu'il n'y ait pas d'effet de richesse : celle nécessitant qu'un acteur ait suffisamment d'argent

136. Russell Korobkin, « The Endowment Effect and Legal Analysis », (2003) 97 *Nw. U.L. Rev.* 1227 ; Christine Jolls, Cass R. Sunstein et Richard H. Thaler, « A Behavioral Approach to Law and Economics », dans Cass R. Sunstein (dir.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 13, aux pages 17, 18 et 27.
137. John A. List, « Does Market Experience Eliminate Market Anomalies ? », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, nº 1, 2003, p. 41.
138. James D. Marshall, Jack L. Knetsch et Jack A. Sinden, « Agents' Evaluations and the Disparity in Measures of Economic Loss », *Journal of Economics Behavior and Organization*, vol. 7, 1986, p. 115.
139. R. Korobkin, préc., note 136, 1237.
140. William Samuelson et Richard Zeckhauser, « Status Quo Bias in Decision Making », *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 1, 1988, p. 7.
141. Russell Korobkin, « The Status Quo Bias and Contract Default Rules », (1998) 83 *Cornell L. Rev.* 608, 637-647.

pour défrayer le coût d'un changement vers l'option la plus valorisée[142]. En effet, les seules préférences qui comptent dans un système de maximisation de la valeur sont celles qui sont exprimées monétairement[143]. Pour que les ressources soient attribuées à ceux qui en feront l'usage le plus valorisé, il faut que ceux-ci soient en mesure de fournir une compensation monétaire aux autres contractants. Cette condition est présentée comme plausible dans les situations impliquant des organisations[144], particulièrement si elles sont de taille comparable. Mais lorsque les parties n'ont pas la même capacité financière, lorsqu'une partie est un individu et l'autre, une organisation aux ressources beaucoup plus large, cette hypothèse peut paraître extrêmement restrictive et compromettre l'application du théorème de Coase[145].

En ce qui concerne les participants aux réseaux de production transnationaux, cette condition indique que, avant de présumer l'efficience des différentes ententes contractuelles conclues entre les participants, on doit prendre en considération la capacité des participants de fournir une compensation monétaire pour obtenir les droits désirés. Si une entreprise transnationale aux liquidités imposantes conclut une entente dénuée de clause pénale la protégeant, on pourra penser, sans trop de risque de se tromper, que cette absence reflète probablement le peu de valeur accordée par l'entreprise à une telle protection, puisque autrement elle en aurait défrayé le coût. Par contre, si un producteur ne négocie pas d'être protégé par un contrat d'emploi, ou ne négocie pas une charge de production moindre que celle qu'il peut facilement effectuer[146], un tel manquement peut refléter davantage son incapacité à « payer » (sous forme de salaire moindre) une telle protection que la valeur qu'il lui accorde.

L'examen des trois conditions nécessaires pour exclure tout effet de richesse démontre l'impossibilité de présumer que toute solution contractuelle est nécessairement efficiente indépendamment de la situation de richesse ou de l'attribution initiale des droits des parties. De plus, nous avons exposé comment cette possibilité ne pouvait être écartée dans l'analyse des contrats de production au sein des réseaux transnationaux. Les effets de richesse peuvent de multiples façons entacher les termes de ces contrats. Non seulement ces effets abondent lorsque les personnes physiques sont impliquées et que leurs conditions de vie sont touchées,

142. P.R. Milgrom et J. Roberts, préc., note 113, p. 35.
143. « The only kind of preference that counts in a system of wealth maximization is thus one that is backed up by money ». Richard A. Posner, « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory », (1979) 8 *J. Legal Stud.* 103, 119.
144. P.R. Milgrom et J. Roberts, préc., note 113, p. 39.
145. *Id.*, p. 36.
146. Voir l'affaire *Flomo et al.* v. *Firestone Natural Rubber Co LLC*, préc., note 40.

mais ils peuvent aussi avoir une influence sur les organisations lorsque les montants en jeu sont importants[147].

L'effet possible de la richesse initiale des participants remet en question le principe d'efficience en vertu duquel les contrats librement conclus participent nécessairement à l'efficience. La présomption d'efficience des contrats ne devrait donc pas empêcher la révision judiciaire des termes d'un contrat conclu entre des acteurs économiques d'inégale puissance. Mais un autre obstacle demeure : l'idée que la conclusion des contrats de production dans le marché fournit l'encadrement suffisant pour empêcher tout abus de puissance. La prochaine section traitera de cet obstacle.

3 L'autonomie des contractants : un idéal mis à l'épreuve par l'inégalité de puissance économique

3.1 L'idéal du marché comme lieu d'égale autonomie

Le droit classique des contrats est fondé sur le modèle économique du libre marché[148]. Dans cette section, nous désirons faire ressortir combien cette fondation dans le marché détermine l'appréhension des règles contractuelles nécessaires au bon encadrement de la relation contractuelle. C'est à cause de la conception du marché comme un facteur de protection contre l'abus de puissance que le droit des contrats classique considère ne pas avoir à se soucier de la question de l'inégalité économique. Cette étroite relation entre marché et contrat constitue le contexte implicite et déterminant de la composition des règles contractuelles.

Au moment de l'articulation d'un droit des contrats de production dans les réseaux d'entreprise, il importe de réaliser pleinement la fonction équilibrante de ce contexte marchand afin de mieux saisir la perturbation apportée par la mise en réseau. Les contrats de production entre les acteurs du réseau ne prennent en effet pas place dans le marché mais dans le réseau : ils constituent des contrats d'échanges qui, au lieu d'être situés dans un marché d'acteurs indépendants, s'inscrivent dans le contexte du réseau[149]. Pour que le droit soit en mesure de prendre la pleine mesure

147. P.R. Milgrom et J. Roberts, préc., note 113, p. 36.

148. Jacques Ghestin, *Les obligations. Le contrat : formation*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, nº 35, p. 22 ; M. Tancelin, préc., note 2, nº 55, p. 56 ; M.-Cl. Prémont, préc., note 14, p. 127-131 ; Patrick S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

149. Geoffrey M. Hodgson, « The Legal Nature of the Firm and the Myth of the Firm-Market Hybrid », *International Journal of the Economics of Business*, vol. 9, nº 1, 2002, p. 37, à la page 51 ; B. Baudry, préc., note 50.

de cet impact sur les relations contractuelles, il convient donc de faire ressortir combien le marché participe, dans l'idéal contractuel classique, à la protection de l'égale autonomie des participants.

Dans la perspective de l'économie néoclassique, le marché constitue un lieu d'égale autonomie entre ses participants. Comme l'exprimait l'économiste Frank Knight, « [the perfect market] is the embodiment of complete freedom. There are no power relations, since everyone has a choice among a number of equally good alternatives. The freedom in question centers in the right of each to be the judge of his own values and of the use of his own means to achieve them[150]. »

Dans cette optique, la présence d'un marché compétitif participe à l'autonomie de ses participants, en leur présentant une pluralité d'options. Les différents marchés sont considérés, tant par les économistes néoclassiques que par l'analyse économique du droit qui s'en inspire, comme autant de facteurs d'autonomie de leurs participants. Le marché apporte à l'individu contractant les différentes alternatives qui lui permettent d'exercer son autonomie. Selon l'analyse économique du droit, la situation des contractants dans un marché, en procurant un ensemble d'alternatives, empêche chaque partie d'abuser d'une position de pouvoir[151] : « In the competitive marketplace consumers and firms are price and contract term takers not makers or fixers. In such a marketplace the consumer and firm has no economic power, and the identity of buyer and seller has no importance[152]. »

Tout en constituant un facteur d'égale autonomie, le marché institue aussi un cadre régulatoire qui contraint l'action individuelle des participants. Le marché instaure une discipline qui imprègne la conclusion des contrats et en assure la bonne exécution. À cause de la nécessité d'offrir des termes acceptables à chaque contractant, sous peine qu'il choisisse plutôt de contracter avec un tiers, le marché assure un ajustement pour chaque partie des bénéfices du contrat aux risques encourus. Dans l'ensemble, les différents marchés constituent autant de moyens de contrôle de l'action opportuniste des individus.

Cet encadrement possède de plus le mérite de respecter l'autonomie des participants en fournissant un cadre neutre, sans égard à l'identité des participants et sans leur imposer de principes moraux. L'encadrement

150. Frank H. Knight, « The Role of Principles in Economics and Politics », *American Economic Review*, vol. 41, nº 1, 1951, p. 1, à la page 8.
151. Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2002, p. 428.
152. C. Veljanovski, préc., note 110, p. 112.

marchand s'effectue sans imposer d'exigences normatives qui viendraient limiter l'autonomie morale des participants : « La justice contractuelle est un fait naturel déterminé par la libre concurrence, non une exigence idéale à laquelle les faits doivent se plier[153]. »

L'individu est donc laissé libre de ne rechercher que la satisfaction de ses préférences[154]. Alors que la découverte d'une dimension sociale dans l'échange militera en faveur de l'imposition d'une obligation de solidarité nécessaire à la viabilité de la relation[155], alors que le souci de préserver la justice commutative[156] entraînera le développement de l'obligation de bonne foi[157], aucune obligation semblable n'est nécessaire pour assurer l'équilibre dans un marché compétitif. La contrainte que l'existence de marchés compétitifs impose aux comportements opportunistes justifie l'individu de ne chercher que la satisfaction de ses préférences. Mieux encore, le bon fonctionnement des marchés exige que chacun poursuive la maximisation de ses satisfactions. La poursuite sans mélange de ce qui est désiré par l'individu et la recherche de la maximisation de la satisfaction des préférences individuelles sont encouragées par leur contribution à l'équilibre général[158] :

> It is not by wearing down into uniformity all that is individual in themselves, but by cultivating it and calling it forth, within the limits imposed by the rights and interests of others, that human beings become a noble and beautiful object of contemplation […] In proportion to the development of his individuality, each person becomes more valuable to himself, and is therefore capable of being more valuable to others[159].

En présence de l'égale autonomie que favorise la participation au marché et de l'encadrement normativement neutre procuré par la présence de marchés compétitifs, l'intervention du droit n'apparaît donc ni légitime ni nécessaire. C'est ainsi que, pour l'analyse économique du droit, le droit

153. Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse de doctorat, Dijon, Université de Bourgogne, 1912, p. 44.
154. M.-Cl. Prémont, préc., note 14, p. 130 et 131.
155. Cette idée est à la base du solidarisme contractuel : voir généralement Christophe Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 7, à la page 8.
156. Jacques Ghestin, « L'utile et le juste dans le contrat », (1981) 26 *Ar. philo. dr.* 35.
157. Marie Annik Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 117.
158. Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law & Economics*, 5e éd., Boston, Pearson-Addison Wesley, 2008, p. 17 : « There is a vital connection between maximization and equilibrium in micro-economic theory. »
159. John Stuart Mill, *On Liberty*, New Haven, Yale University Press, 2003, p. 127 et 128.

des contrats est caractérisé par sa redondance face au marché[160]. Ainsi un texte portant sur le fondement juridique des marchés comporte-t-il le sous-titre suivant : « Do free markets need rules[161] ? ». C'est uniquement à cause du caractère non spontané de certains échanges que le droit des contrats est considéré comme nécessaire par les tenants de l'analyse économique du droit[162]. Cette dernière décrit donc comme superflue une intervention protectrice du droit des contrats puisque l'inscription dans un marché compétitif octroie une égale autonomie aux contractants. Seuls sont considérés comme vulnérables les acteurs qui sont privés de cet accès[163].

Que penser du caractère adéquat de cette description ? L'accès au marché constitue-t-il nécessairement un facteur d'égale autonomie entre les participants à la relation de production ? Si cela était vrai, le fait de conserver un accès au marché, comme c'est généralement le cas dans l'organisation en réseaux de production, serait suffisant pour assurer à chaque contractant une autonomie égale. Les théories économiques développant la question de l'inégalité de puissance économique démontrent toutefois que, même au sein du marché, les contractants ne sont pas d'égale puissance.

3.2 L'inégalité de puissance dans les contrats de production

L'organisation en réseaux de production permet aux acteurs économiques de jouer simultanément sur le terrain du marché et de l'organisation hiérarchique, dans le cadre de cet assemblage de coopération/concurrence qui la distingue[164]. Les participants aux réseaux de production, même lorsqu'ils sont intégrés dans un réseau de production, conservent généralement leur prérogative de recourir au marché, contrairement aux participants de l'entreprise qui ne peuvent opérer qu'à l'intérieur de l'organisation. Par exemple, les fournisseurs des grandes marques de vêtements ne dépendent pas d'une seule grande marque, mais peuvent conserver et rechercher des liens avec plusieurs[165].

---

160. C. Veljanovski, préc., note 110, p. 112 et 119.
161. Stephen F. Copp, « The Legal Foundations of Free Markets », dans Stephen F. Copp (dir.), *The Legal Foundations of Free Markets*, London, The Institute of Economic Affairs, 2008, p. 19, à la page 21.
162. R.A. Posner, préc., note 119, p. 93.
163. Tels les actionnaires au sein des sociétés par actions qui sont considérés comme vulnérables par l'analyse économique du droit en raison de leur accès limité au marché : Jonathan R. Macey, « An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties », (1991) 21 *Stetson L. Rev.* 23 ; S.M. Bainbridge, préc., note 151, p. 421-427.
164. Pour une illustration, voir F. Mariotti, préc., note 41, 729 et 730.
165. Voir *infra*, note 42 et le texte correspondant.

Nous avons vu que, dans la perspective de l'analyse économique du droit, le fait que les participants à la production en réseaux transnationaux conservent un accès au marché serait considéré comme un facteur d'égale autonomie et d'efficience. Une telle perspective amènerait à envisager la situation des contractants au sein des réseaux de production transnationaux comme analogue à la situation de producteurs négociant à distance dans le cadre d'un marché compétitif et justifierait que le droit contractuel entoure de la même déférence les contrats de production conclus au sein des réseaux. Mais la flexibilité des relations au sein des réseaux et la possibilité toujours présente de situer les relations sur le marché constituent-elles nécessairement les gages d'une égale autonomie des participants et d'efficience des ententes ? Les frontières poreuses des réseaux de production transnationaux ne devraient-elle pas plutôt être considérées comme autant de facteurs de vulnérabilité pour les participants du réseau dont l'inclusion n'est jamais assurée ? La conclusion de contrats entre acteurs à la taille inégale n'est-elle pas propice à l'imposition des termes par le contractant le plus puissant ?

Toutes ces interrogations nous amènent à aborder de front la difficile question de la puissance dans les contrats de production. Il importe de se pencher sur cette question spécifiquement afin d'éviter que la flexibilité soit perçue uniquement comme une qualité avantageuse de l'organisation en réseaux, un facteur apportant automatiquement efficience et autonomie aux participants[166].

Des théories économiques élaborées au sein de la sociologie économique au cours des 20 dernières années, qui explicitent les conditions nécessaires à la conclusion d'ententes efficientes et identifient les situations de puissance et de vulnérabilité dans les relations de production et dans les marchés, procurent un cadre de réflexion utile à l'élaboration d'une telle analyse. Il est évident qu'une réflexion théorique ne peut à elle seule permettre l'identification des acteurs les plus puissants au sein des réseaux de production. Des études empiriques, menées dans une variété de réseaux de production, sont indispensables pour une compréhension adéquate de la complexité et de la multiplicité des relations de production au sein des réseaux. Mais une élaboration préalable des paramètres théoriques de l'analyse de la puissance au sein des contrats de production n'est pas à négliger. Elle est utile à la fois sur le plan théorique qui est le nôtre, où il s'agit d'élaborer une appréhension juridique adéquate des contrats de production conclus au sein des réseaux transnationaux, et sur le plan

166. Sur l'importance de ne pas idéaliser la flexibilité qui peut être autant une force libératrice qu'une tendance répressive, voir M. Castells, préc., note 28, p. 62.

empirique, afin de guider une analyse qui n'occulte pas la question de la puissance ni ne la présume sans en démontrer l'articulation précise.

Nous avons vu que, dans la perspective de l'analyse économique du droit, l'apport du marché à l'autonomie réside dans le fait que le marché offre une pluralité de possibilités pour l'acteur qui cherche une rémunération en contrepartie de ses actifs. Le marché permet à un acteur de trouver un contractant désirant employer ses actifs dans un processus de production. Toutefois, chaque contractant ne dispose pas nécessairement d'un accès égal au marché. D'un côté, les actifs de certains ne sont pas toujours faciles à redéployer dans une relation de production. D'un autre côté, chaque acteur n'occupe pas une position similaire au sein des marchés. La considération de ces facteurs internes et externes à la relation de production dans les sections suivantes procurera une compréhension fine des éléments de vulnérabilité et de dépendance des participants à la relation de production.

3.2.1 La facilité de redéploiement des actifs comme facteur interne de puissance

Depuis Marx, la théorie économique radicale a attribué la puissance de l'entrepreneur à sa possession des outils de production et la dépendance du travailleur au fait qu'il ne détient que sa propre force de travail[167]. Des économistes néo-institutionnalistes ont raffiné cette analyse en démontrant que la source de vulnérabilité des participants à la relation de production découle plus précisément de la spécificité de leurs actifs.

Les actifs d'une personne ou d'un entrepreneur sont spécifiques lorsqu'ils ont été développés pour répondre précisément aux besoins d'une relation contractuelle[168], qu'il s'agisse du développement d'une compétence

167. Karl Marx, *Le capital. Critique de l'économie politique*, t. 1, traduit Joseph Roy, Moscou, Éditions du Progrès, 1982, p. 679. Voir aussi : Stephen A. Marglin, « What Do Bosses Do ? The Origins and Functions of Hierarchy in Capitalist Production », *Review of Radical Political Economics*, vol. 6, 1974, p. 60. La théorie économique néoclassique, quant à elle, n'a jamais reconnu, encore moins théorisé, l'existence d'une dépendance dans la relation de production. « Remember that in a perfect competitive market it really doesn't matter who hires whom : so have labor hire "capital" » : Paul A. Samuelson, « Wages and Interest : A Modern Dissection of Marxian Economic Models », *American Economic Review*, vol. 47, nº 6, 1957, p. 884, à la page 894.

168. Benjamin Klein, Robert G. Crawford et Armen A. Alchian, « Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process », (1978) 21 *J.L. & Econ.* 297 ; O.E. Williamson, préc., note 79.

particulière ou de la spécialisation dans la production d'un bien précis[169]. La spécificité des actifs peut aussi être causée par le fait que le déploiement de certains actifs est conditionnel à l'accès à d'autres actifs[170], tels les listes de clients, les brevets ou la marque de commerce[171].

La spécificité des actifs d'un participant à la relation de production peut être source de dépendance envers le cocontractant qui détient un actif complémentaire. De plus, la spécificité de certains actifs donne lieu à une possibilité d'action opportuniste de la part de l'autre contractant, qui peut tenter de s'approprier une plus grande partie du surplus généré en menaçant l'autre de ne pas honorer ses engagements[172]. Comme celui qui a investi dans le développement d'actifs spécifiques ne peut les redéployer ailleurs sans renoncer à être rémunéré complètement pour son investissement spécifique, il ne pourra menacer, de manière crédible, de contracter avec un autre acteur[173]. La spécificité des actifs constitue donc une source de vulnérabilité d'un acteur face à l'autre contractant.

La dépendance causée par la spécificité des actifs a d'abord été envisagée par rapport au droit de propriété à l'intérieur de la firme. On doit particulièrement à Oliver Hart d'avoir effectué le lien entre le droit de propriété de l'entrepreneur et sa puissance face aux employés. Olivier Hart a montré comment la propriété des actifs non humains permet de décider des conditions d'accès à ces actifs[174]. Lorsque les employés ont

---

169. C'est ainsi que l'octroi d'un contrat majeur de production d'un modèle précis de chandail a entraîné la complète dépendance d'un manufacturier envers Walmart : N. Lichenstein, préc., note 37, p. 158 et 159.
170. Sanford J. Grossman et Oliver D. Hart, « The Costs and Benefits of Ownership : A Theory of Vertical and Lateral Integration », *Journal of Political Economy*, vol. 94, nº 4, 1986, p. 691 ; Oliver Hart, *Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford, Clarendon Press, 1995. Voir aussi : Raghuram G. Rajan et Luigi Zingales, « Power in a Theory of the Firm », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 113, nº 2, 1998, p. 387 ; Raghuram G. Rajan et Luigi Zingales, « The Firm as a Dedicated Hierarchy : A Theory of the Origins and Growth of Firms », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 116, nº 3, 2001, p. 805.
171. O. Hart, préc., note 170, p. 29 et 56 ; R.G. Rajan et L. Zingales, « Power in a Theory of the Firm », préc., note 170.
172. B. Klein, R.G. Crawford et A.A. Alchian, préc., note 168.
173. Voir, à ce sujet, Samuel Bowles pour qui la puissance réside autant dans la possibilité d'exprimer une menace crédible que dans la possibilité de poser un geste concret puisque la puissance est de faire faire à l'autre ce qu'il n'aurait pas fait autrement : Samuel Bowles, *Microeconomics*, Princeton, Princeton University Press, 2003, p. 344 et 345. La puissance peut donc s'exercer par des gestes, des paroles ou même par la mise en place d'un contexte.
174. O. Hart, préc., note 170, p. 29. Oliver Hart précise que ces actifs comprennent non seulement la machinerie et l'inventaire, mais aussi les listes de clients, les brevets, etc.

des compétences spécifiques de l'entreprise qui les emploie, ils ne peuvent donner la pleine mesure de leur productivité qu'en demeurant dans l'entreprise. Or c'est celui qui détient les moyens de production qui décide de l'accès à son équipement. Pour ceux dont le déploiement des actifs est conditionnel à l'accès aux actifs matériels, leur dépendance est grande par rapport à celui qui a le pouvoir de les exclure.

La spécificité des actifs de production peut cependant être envisagée comme une source de dépendance même lorsque chaque participant est propriétaire de ses outils de production, comme c'est le cas dans beaucoup contrats de production interfirmes conclus au sein des réseaux de production. Les travaux de Räghuram G. Rajan et Luigi Zingales démontrent en effet que ce n'est pas le droit de propriété en tant que tel qui est source de puissance dans une relation de production, c'est le droit de contrôler l'accès aux ressources critiques qui est déterminant, que ce droit s'appuie ou non sur le droit de propriété d'actifs[175].

Cette théorisation économique de la vulnérabilité dans les relations de production se transpose particulièrement bien à l'analyse des relations de production au sein des réseaux transnationaux. Elle permet d'envisager comment la puissance de la firme amirale s'ancre au sein des réseaux de production dans le droit d'accorder l'accès aux ressources critiques aux autres firmes appartenant au réseau. En effet, dans un réseau de production, le droit d'accorder un accès ne découle pas du droit de propriété d'une ressource, mais n'en est pas moins réel[176]. La firme pivot possède le pouvoir de sélectionner les firmes qui seront intégrées dans le réseau[177] et d'allouer les tâches et les commandes entre les firmes appartenant au réseau. D'autre part, les ressources critiques dans les réseaux de production ne sont pas constituées uniquement des moyens de production : elles peuvent comprendre autant une idée, une marque de commerce, une technique de management qu'une relation avec les clients[178].

175. R.G. Rajan et L. Zingales, « Power in a Theory of the Firm », préc., note 170, à la page 388.
176. Bernard Baudry et Virgile Chassagnon, « The Vertical Network Organization as a Specific Governance Structure : What are the Challenges for Incomplete Contract Theories and what are the Theoretical Implications for the Boundaries of the (hub-) Firm ? », *Journal of Management and Governance*, vol. 16, 2012, p. 285, à la page 295.
177. B. Baudry, préc., note 50 ; sur le pouvoir de la firme pivot à travers la sélection des membres du réseau au moyen du processus de certification, voir B. Baudry et V. Chassagnon, préc., note 176, aux pages 290 et 295.
178. B. Baudry, préc., note 50, à la page 266 ; voir N. Lichtenstein, préc., note 37, p. 57-64 sur comment Walmart a pu, grâce à son incroyable base de données électronique, modifier le rapport de force avec ses fournisseurs.

Des travaux empiriques démontrent d'ailleurs que le fonctionnement en réseaux de production exige le développement de nombreux actifs spécifiques[179]. La spécificité des actifs peut prendre différentes formes dans les réseaux de production transnationaux. Il peut s'agir du développement de connaissances spécifiques de la relation de production, d'investissements dans l'achat de matériel spécialisé, le développement d'infrastructures ou l'achat d'un permis d'exploitation[180]. Ainsi, le fabricant qui implante les particularités d'un système d'information utilisé uniquement par la firme donneuse d'ordres investit temps et argent dans le développement d'habiletés qui ne pourront lui servir ailleurs[181].

L'accès aux ressources critiques et la spécificité des actifs constituent donc une source de puissance ou de vulnérabilité pour les participants à la relation de production qu'une analyse relationnelle devrait prendre en considération. Ces deux facteurs de puissance internes remettent en question la présomption d'autonomie au sein du marché. Pour être complète, une telle analyse nécessite cependant la prise en considération des facteurs externes à la relation de production. En effet, comme nous le verrons dans la section suivante, la situation d'un participant dans un marché compétitif pourrait contrebalancer ou, au contraire, accroître la dépendance d'un acteur au sein d'un réseau de production, indépendamment des facteurs internes à la relation. L'appréciation du marché comme facteur d'autonomie d'un contractant doit donc nécessairement inclure l'analyse de sa position dans le marché.

3.2.2 La situation dans le marché comme facteur externe de puissance

La facilité avec laquelle les actifs d'un contractant à la relation de production peuvent être redéployés au sein d'un marché ne dépend pas uniquement de facteurs internes à l'organisation de la production. La situation du contractant au sein du marché constitue aussi un facteur devant être pris en considération. La présence d'un marché compétitif pourrait ainsi rééquilibrer la situation de dépendance qu'un acteur vit au sein d'une relation de production en lui procurant des alternatives. C'est d'ailleurs la position développée par la plupart des économistes néo-institutionnalistes

179. Fabien Mariotti, Thomas Reverdy et Denis Segrestin, *Du gouvernement d'entreprise au gouvernement de réseau*, Grenoble, Université Pierre Mendès-France, 2001, p. 56, 62 et 63.

180. Voir la nomenclature établie par Torger Reve, « The Firm as a Nexus of Internal and External Contracts », dans Masahiko Aoki, Bi Gustafsson, Oliver E. Williamson (dir.), *The Firm as a Nexus of Treaties*, New York, Sage, 1990, p. 133, à la page 140. Voir les exemples donnés par B. Baudry, préc., note 50, aux pages 251 et 252.

181. B. Baudry, préc., note 50.

afin d'exclure l'abus d'autorité dans les relations de productions intra-firmes[182]. Inversement, l'absence de marché, ou le fait de faire face à une offre limitée, constitue une source accrue de vulnérabilité pour les participants au réseau de production. Ce facteur externe de puissance existe même lorsqu'un acteur ne dispose pas d'actifs spécialisés.

L'analyse de l'autonomie relative des participants aux réseaux de production doit prendre en considération la situation respective des participants dans les différents marchés dans lesquels ils se situent afin de déterminer la facilité avec laquelle leurs actifs peuvent être redéployés. Le fait qu'un acteur reçoit une offre limitée peut diminuer son autonomie lorsque son contractant fait face, de son côté, à une demande abondante. Ainsi, une relation de production entre un manufacturier de chaussures de sport et une firme détenant une des grandes marques de chaussures pourra être marquée d'un tel déséquilibre. Le manufacturier se retrouve devant une offre de partenariat limitée à une dizaine de marques internationalement reconnues, alors que la firme pourrait contracter avec un nombre beaucoup plus grand de manufacturiers de chaussures.

Le déséquilibre dans un marché donne au contractant qui fait face à une demande abondante la capacité d'exercer arbitrairement sa puissance, c'est-à-dire d'infliger un coût à l'autre partie sans que cela lui en coûte autant personnellement[183]. Dans notre exemple, la firme détenant la marque de commerce et qui aurait accès au sein d'un réseau de production à plusieurs fournisseurs également qualifiés pourrait, à peu de coûts, ne pas octroyer de commandes à un des fournisseurs sans encourir un coût aussi élevé que celui du fournisseur privé de contrats.

On peut donc envisager, dans ce cas, que la présence d'un marché compétitif, mais dont l'équilibre est partiel entre les acteurs, ne constitue pas une barrière suffisante à l'abus de puissance entre participants. Que cet abus prenne la forme d'une privation de commandes, d'une diminution

182. Ainsi, c'est notamment à cause de l'existence du marché de l'emploi aux côtés de l'entreprise hiérarchique que O.E. Williamson, préc., note 79, chap. 9 et 10, estime que la relation de travail n'est pas caractérisée par l'abus d'autorité. Pour une critique de cette approche, voir Paul Marginson, « Power and Efficiency in the Firm : Understanding the Employment Relationship », dans Christos Pitelis (dir.), *Transaction Costs, Markets and Hierarchies*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 133. Notons finalement la conclusion plus nuancée d'Oliver E. Williamson, « The New Institutional Economics : Taking Stock, Looking Ahead », *Journal of Economic Literature*, vol. 38, nº 3, 2000, p. 595, à la page 611, qui sera formulée des années plus tard : « power issues refuse to go away ».

183. Voir la démonstration dans Samuel Bowles et Herbert Gintis, « Power », dans Steven N. Durlauf et Lawrence E. Blume (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2e éd., Londres, Palgrave Macmillan, 2008.

du volume de commandes ou d'une exigence supplémentaire quant à la production, rien dans le fonctionnement d'un tel marché ne garantit que l'organisation de la production sera structurée uniquement par la recherche d'efficience, sans abus de puissance.

La conception de la puissance dans un marché comme le fait d'être situé du côté d'une offre limitée face à une demande abondante a été élaborée par les économistes Samuel Bowles et Herbert Gintis[184]. Elle possède l'avantage d'attirer l'attention sur le fait que la structure du marché peut engendrer une situation de puissance d'un acteur par rapport à un autre, indépendamment de la structure de leur relation.

Cette conceptualisation de la puissance nous permet d'envisager l'impact de la mobilité sur la vulnérabilité ou la puissance d'un acteur. La mobilité d'un acteur lui permet de faire face à un marché plus vaste que lorsqu'il est limité à un marché régional. Un acteur qui a accès à un marché national ou international est donc dans une position de puissance face à un acteur qui ne peut déployer ses actifs qu'à un niveau local. On conçoit ainsi comment la mondialisation des marchés peut engendrer un accroissement des inégalités de puissance en raison de son asymétrie : les marchés des capitaux sont beaucoup plus libéralisés que les marchés de la main-d'œuvre, les détenteurs de capitaux peuvent menacer de manière crédible les entreprises locales et leurs travailleurs de redéployer leurs actifs ailleurs[185]. C'est pour cette raison que Samuel Bowles et Herbert Gintis concluent que la puissance descend en cascade du prêteur à l'entrepreneur, et de l'entrepreneur à l'employé[186].

L'immobilité de certains facteurs de production constitue de ce fait un facteur de vulnérabilité[187]. L'importance de ce facteur est particulièrement marquée en ce qui concerne l'organisation en réseaux de production transnationaux. En effet, la propriété distincte des réseaux, la source de leur avantage compétitif et, en quelque sorte, leur raison d'être résident

184. *Id.*

185. Cet argument est tiré de Joseph E. Stiglitz, « Multinational Corporations : Balancing Rights and Responsibilities », (2007) 101 *Proceedings of the Annual Meeting. American Society of International Law* 3, 16. Voir aussi, sur ce sujet, Katherine Van Wezel Stone, « Labor and the Global Economy : Four Approaches to Transnational Labor Regulation », (1995) 16 *Mich. J. Int'l L.* 987, 991 : « the level of a union's bargaining power is a function of the ease by which companies can in fact relocate production to low wage areas. As business relocation costs go down and as relocation possibilities increase, union bargaining clout diminishes. »

186. S. Bowles et H. Gintis, préc., note 183.

187. Pour un argument en ce sens, voir Suzanne Konzelmann et Frank Wilkinson, « The Conflicting Logic of Markets and the Management of Production », dans P. Zumbansen et C.A. Williams (dir.), préc., note 26, p. 318, à la page 330.

dans leur connectivité[188]. L'arrangement en réseaux de production est recherché en raison de la possibilité offerte de tisser des liens collaboratifs plus ou moins étroits avec un grand nombre d'acteurs. Les acteurs qui jouissent du plus grand avantage comparatif à l'ère des réseaux sont ceux qui réussissent le mieux à exploiter l'avantage conféré par la connectivité. À l'inverse, les acteurs qui sont le moins en mesure de tirer avantage de la connectivité sont ceux qui sont les moins mobiles. C'est ce qui fait dire à Luc Boltanski et Ève Chiappello que l'exploitation au sein des réseaux se définit par le fait pour un contractant de tirer profit de la mobilité moindre de l'autre partie[189].

3.3 Vers une appréhension relationnelle des contrats de production

Ainsi, l'étude des facteurs de puissance dans les contrats de production permet de réfuter l'idée du marché comme garant d'une égale autonomie entre les contractants et de démontrer l'utilité d'une approche contractuelle relationnelle prenant en considération les inégalités de puissance entre les contractants. Une telle étude des facteurs économiques de puissance procure de plus un cadre analytique pour théoriser les facteurs de puissance dans les contrats de production afin de faciliter l'utilisation de la théorie relationnelle. Nous avons souligné plus haut que la théorie relationnelle des contrats de Ian R. Macneil ne fournissait pas un tel cadre d'analyse de la puissance économique. Nous esquisserons ici comment la théorisation économique de la puissance comble cette lacune.

L'analyste considérera donc dans un premier temps les facteurs de puissance ou de vulnérabilité internes à la relation, soit l'importance de la spécificité des actifs engagés dans la relation de production et la facilité relative de les redéployer dans une autre relation. Seront donc considérés le fait qu'un contractant a dû développer une compétence particulière, se spécialiser dans la production d'un bien précis afin d'obtenir ou de maintenir un contrat de production ou d'acheter un permis d'exploitation. Sera aussi considérée l'importance pour un contractant de maintenir son accès à des ressources complémentaires détenues par l'autre contractant, tels les listes de clients, les brevets ou les marques de commerce, ou son accès aux biens nécessaires pour l'approvisionnement ou la production. Inversement, seront considérés l'octroi d'un droit de contrôle à un contractant et sa capacité de mettre fin à la relation contractuelle.

Dans un deuxième temps, l'analyse prendra en considération les facteurs externes de puissance ou de vulnérabilité, soit la situation dans le

188. L. Boltanski et E. Chiapello, préc., note 50, p. 438.
189. *Id.*, p. 445.

marché de chaque contractant. L'analyse vérifiera ainsi si chaque contractant fait face à un marché compétitif qui lui offre plusieurs possibilités de contracter ou s'il y a un déséquilibre entre la position respective des contractants. Si un contractant fait face à une demande limitée pour ses produits, alors que, de son côté, l'offre est importante, on pourra conclure qu'il est davantage vulnérable que son contractant. Dans le cadre de cette analyse, on considérera autant la question de la demande et de l'offre respective pour les produits que la capacité d'accéder à un marché. Capacité qui peut être facilitée ou entravée par l'existence d'accords commerciaux, l'accès à un réseau de fournisseurs ou la mobilité des actifs.

Une telle analyse permettra de déterminer dans quels cas les relations de production sont empreintes de vulnérabilité ou d'autonomie pour les acteurs du réseau et seront utiles à l'application d'une analyse relationnelle des contrats de production.

Conclusion

La réticence du droit contractuel à prendre en considération les inégalités de puissance ne date pas d'hier. La mise en place d'un régime contractuel spécifique pour le contrat de travail visait à remédier à la présomption d'égalité des cocontractants qui ne convenait pas à la réalité de la relation d'emploi. Les phénomènes de déformalisation de l'entreprise et le recours à l'organisation de production en réseaux obligent à une reconsidération plus large de la question de l'égalité de puissance et à une appréhension contextuelle des relations contractuelles, comme le préconise la théorie relationnelle des contrats élaborée par Ian R. Macneil.

Un des obstacles à l'adoption de cette théorie réside cependant dans les prémisses de l'analyse économique du droit qui appuient la réticence du droit des contrats à prendre en considération les inégalités de puissance. Le présent texte visait à rendre compte de ces prémisses, à en exposer les fondements de manière à remettre en question leur validité. Nous avons vu à quel point les fondements du postulat d'efficience et d'égale autonomie entourant les contrats sont fragiles et comment, en particulier, leur adéquation est mise à l'épreuve par l'existence d'inégalités de puissance et d'effets de richesse. Nous avons enfin cherché à montrer comment une appréhension relationnelle des inégalités de puissance dans les contrats pouvait être systématisée. Certes, notre entreprise ne se situait qu'à un niveau théorique et nécessitera indubitablement un approfondissement empirique. À n'en pas douter, de nombreux obstacles de nature plus purement juridique se dressent encore sur le chemin d'une acceptation de la théorie relationnelle du contrat. Ces jalons que nous avons posés nous apparaissaient cependant

nécessaires, ne serait-ce que pour identifier les points aveugles des présupposés issus de l'économie néoclassique.

Notre article indique enfin comment le recours aux théories issues de la sociologie économique peut être fécond pour le développement d'une socioéconomie du droit. Somme toute, la sociologie économique permet, en attirant l'attention sur la fragilité des fondements de l'analyse néoclassique, de remettre en question la perception largement diffusée que les réseaux de production sont générés et maintenus par leur plus grande efficience[190]. Il y a là une preuve supplémentaire de la nécessité de développer plus avant une telle démarche interdisciplinaire qui prend en considération la progression de la mondialisation qui se fait à même un assemblage d'ordres normatifs privés développés à travers les ordres normatifs nationaux[191] et d'une inscription croissante des relations sociales dans le système économique[192].

190. Pour une perspective critique de l'association entre efficience et organisation réseaux, voir D. Grimshaw, H. Willmott et J. Rubery, préc., note 85, à la page 39.
191. Saskia Sassen, « Neither Global nor National : Novel Assemblages of Territory, Authority and Rights », *Ethics & Global Politics*, vol. 1, 2008, p. 61, à la page 63.
192. Christian Joerges et Josef Falke, « The Social Embeddedness of Transnational Markets : Introducing and Structuring the Project », dans C. Joerges et J. Falke (dir.), préc., note 27, p. 1, à la page 3.