



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

Les fictions en droit civil

Propos introductifs

Les fictions, réalité incontournable
du droit civil

Arnaud Tellier-Marcil, Shana Chaffai-Parent,
Laura Rizko

Notion et fonctions des fictions

Guillaume Wicker

Les contrats fictifs

Simulation et parénèse :
mauvaises fictions contractuelles?

André Bélanger

Les personnes fictives

Les sociétés contractuelles :
de la fiction de la personnalité juridique au
débat sur le patrimoine d'affectation

Benjamin Lehaire

Les liens parentaux fictifs

Les liens parentaux en droit québécois :
quelle place pour la fiction biologique à l'aube
d'une réforme du droit de la famille?

Michelle Giroux, Clémence Bensa, Vanessa Gruben

Les preuves fictives

La présomption de vérité découlant d'une
décision antérieure : réalité ou fiction?

Guillaume Laganère

L'erreur (manifeste et déterminante)
est humaine

Shana Chaffai-Parent

Le langage fictif

Faire du Code civil une loi à la portée de tous :
une question de mots?

Mélanie Samson

Langage, langage du droit et traduction :
matières à fiction?

Jean-Claude Gémar

Simulation et parénèse : mauvaises fictions contractuelles ?

*André BÉLANGER**

Simulation, Parenesis and Contracts

Simulación y parénesis: ¿malas ficciones contractuales?

Simulação e parénese: más ficções contratuais?

虚伪和劝导：合同的错误拟制？

Résumé

Ce texte porte sur l'idée générale de *fiction* en matière de contrat. Il propose que dans le contexte de surcontractualisation qui est le nôtre, le véritable contrat fictif n'est pas celui qui découle de la simulation prévue au Code civil. Ce dernier, au contraire, est sans doute la forme la plus pure et la plus aboutie du contrat contemporain, au sens des principes de formation des contrats réaffirmés par le législateur et mis en application par la jurisprudence. À l'inverse, le contrat au sens strict revêt, quant à lui, bien plus certainement des atours normatifs fictifs, et surtout trompeurs. En fin de compte, entre fiction revendiquée et fiction dissimulée, selon des volontés de dissimulation plus ou moins affirmées et assumées des contractants et des juristes, la morale contractuelle perd en puissance normative, si ce n'est en crédibilité. Somme toute, la fiction qu'est

Abstract

The following text explores the general subject of fiction in matters of contract. It suggests that in our current context of over-contractualization, the true fictive contract is not the one that results from the simulation provided for by the Civil Code. Rather, the aforementioned agreement is likely the purest and most accomplished form of the contemporary contract, according to the principles of contract formation reaffirmed by the legislator, and implemented by case-law. Conversely, the contract, in its strictest sense, has normative aspects that are clearly fictive, and above all, misleading. In the end, between asserted fiction and concealed fiction, molded by intentions of concealment more or less affirmed and acknowledged by contractors and jurists, contractual morality loses in normative power, if not in credibility. Overall, the fiction of the

* Professeur à la Faculté de droit, Université d'Ottawa (section de droit civil).

la simulation s'est imposée dans le réel, devenant le parfait archétype contractuel contemporain.

simulation has imposed itself in reality, becoming the ideal contemporary contractual archetype.

Resumen

Este texto trata sobre la idea general de la *fiction* en materia de contratos. Propone que en el contexto de sobrecontractualización que es el nuestro, el verdadero contrato ficticio no es el que resulta de la simulación prevista en el Código Civil. Este último, por el contrario, es sin duda la forma más pura y mejor lograda del contrato contemporáneo, en el sentido de los principios de formación del contrato reafirmados por el legislador y aplicados en la jurisprudencia. Por el contrario, el contrato en sentido estricto reviste por su parte, en mayor medida, unos aspectos normativos ficticios y, sobre todo, engañosos. A fin de cuentas, entre la ficción reivindicada y la ficción disimulada, según las voluntades de disimulación más o menos afirmadas y asumidas de contratantes y juristas, la moral contractual pierde en poder normativo, si no en credibilidad. Con todo, la ficción que es la simulación se ha impuesto en la realidad, convirtiéndose en el perfecto arquetipo contractual contemporáneo.

Resumo

Esse texto trata da ideia geral de *ficção* em matéria de contrato. Ele propõe que, no contexto de sobrecontratualização, que é o nosso, o verdadeiro contrato fictício não é aquele que decorre da simulação prevista no Código Civil. Este último, ao contrário, é sem dúvida a forma mais pura e a mais bem-sucedida do contrato contemporâneo, no sentido dos princípios de formação dos contratos reafirmados pelo legislador e aplicados pela jurisprudência. Ao contrário, contrato em senso estrito tem aspectos normativos que são claramente fictícios, e sobretudo, enganosos. No final das contas, entre ficção reivindicada e ficção dissimulada, segundo as vontades de dissimulação mais ou menos afirmadas e assumidas dos contratantes e juristas, a moral contratual perde em capacidade normativa, se não o faz em credibilidade. Em suma, a ficção da simulação se impôs na realidade, tornando-se o perfeito arquetipo contratual contemporâneo.

摘要

本文考查关于合同法中的拟制 (fiction) 问题。本文提出, 在我们过度合同化的背景下, 真正的虚伪 (simulation) 合同并不是基于《民法典》规定的虚伪行为的合同。相反, 从立法者反复确认的合同订立原则以及判例的适用来看, 《民法典》规定的虚伪行为的合同很有可能是当代合同中最纯粹、最成功的一种形式。而严格意义上的合同, 则具有明确拟制的规范性甚至是误导性成分。总之, 在声称的拟制和掩盖的拟制之间, 根据立约人和法律工作者或多或少肯定和承认的掩盖意图, 合同道德丧失了规范力, 如果说谈不上可信性的话。总之, 虚伪行为, 或者说拟制, 在现实中必然存在, 并已成为当代合同的恰好典型。

Plan de l'article

Introduction : éluder la fiction ?	655
I. La simulation comme nouvelle fiction du contrat ?.....	660
II. Le simulacre contemporain du contrat comme fiction d'une simulation ?	669
Conclusion : assumer la fiction pour affronter la réalité	678

*Hanté par le désir de voir, obsédé par le besoin de tout faire voir, tout de suite «immédiatement», ce nouveau «siècle des Lumières» ne préluderait-il qu'à une nouvelle période d'obscurantisme? Entre le hasard et la nécessité, la cécité ferait-elle décidément loi?*¹

Une évidence d'abord, mais néanmoins fondamentale : l'idée générale de fiction est à la base du rapport contractuel. Le lien juridique créé entre les parties est, depuis le droit romain, purement *fictif*². Il est essentiel de définir les parties au contrat comme des fictions³, chacune n'étant qu'un « socle pour un patrimoine »⁴. Cela afin que l'idée de contrat juridique demeure souhaitable et donc possible. Toutefois, de la fiction des « personnes » à titre de contractants à celle de la fiction du contrat, il semble y avoir un important manque de cohérence, tant théorique que normative. Trop loin du *réel* – et bien que fiction par nature toujours –, la justification légale du contrat de droit civil ne nous aide plus à raisonner et à nous inscrire pleinement comme sujets de droit au sein de cette norme privée que prétend toujours être le contrat juridique. Les acteurs figent sur la scène juridique, ils cafouillent et cherchent désespérément des yeux le souffleur-juriste. Mais ce dernier est parti assister à la représentation de l'historiette qu'est le « contrat intelligent » et paraît subjugué par l'avenir juridique trans-humaniste qu'il annonce, laissant les contractants sans voix, perdus et trop

¹ Jacques MONNIER-RABALL, *Simuler, dissimuler : Essai sur les simulacres de masse*, Paris, Payot, 1979, p. 3.

² Peggy LARRIEU, *Mythes grecs et droit, Retour sur la fonction anthropologique du droit*, coll. Dikè, Québec, Presses de l'Université Laval, 2017, p. 111 : « La distinction entre la personne humaine, être vivant, et la personnalité juridique remonte au droit romain, lorsque les juristes ont accompli ce tour de force de créer un double juridique pour en faire un point d'imputation du droit des obligations. La fabrique de l'*homo juridicus*, distinct de l'homme concret, a réalisé une véritable révolution intellectuelle. »

³ *Id.*, p. 112 : « Ainsi, lorsqu'on envisage la personne d'un point de vue juridique, ce n'est pas de l'homme en tant que tel dont il est question. Il s'agit d'une pure fiction, d'un masque, permettant d'attribuer un statut à l'homme concret. »

⁴ *Id.*, p. 111. L'autrice écrit : « Sur le plan de la technique juridique, la personne est une catégorie abstraite, qui permet aux individus d'exister et d'agir sur la scène du droit. Elle se définit comme l'aptitude à être sujets de droit. Elle désigne un statut, un socle pour un patrimoine. Elle implique la capacité d'avoir possession et propriété, de passer des contrats, et d'une façon plus générale, de prendre des engagements. Il s'agit d'un concept intellectuel purement conventionnel et opératoire, un pur artefact : il n'a pas à être vrai – au sens d'adéquat au réel – mais il doit nous aider à raisonner, nous permettre “des opérations sur les phénomènes singuliers”. »

souvent désemparés. Cette mauvaise fiction, cette fiction manquée qu'est en passe de devenir le contrat civiliste, elle semble pourtant s'éclairer, reprendre du dynamisme, lorsque l'analyse se fait par son simulacre légal qu'est la simulation prévue à l'article 1451 C.c.Q.

Or, aborder la notion de *fiction* en droit civil sous l'angle de la simulation contractuelle peut donner l'impression d'une certaine facilité, si ce n'est d'une redite inutile. En effet, la professeure Louise Rolland a déjà étudié avec finesse la simulation dans la perspective du « faux en droit »⁵, et il est par conséquent justifié de se demander si tout n'a pas été dit sur le sujet. Sans compter que les distinctions entre *fiction légale* et simulation ont aussi été étudiées il y a de cela 50 ans⁶. Pour reprendre les mots de Pineau alors qu'il commentait la « nouvelle » norme relative à la simulation applicable en vertu du *Code civil du Québec*, devons-nous considérer qu'« il n'y a rien à ajouter à ce qui a déjà pu être dit sur le droit antérieur en cette matière »⁷? Faudrait-il se contenter de ce qu'on « la dénonce comme immorale, ou [qu']on s'en accommode, le plus souvent, au nom de sa double efficacité de la liberté contractuelle entre les parties et de la sécurité juridique à l'égard des tiers »⁸? Le débat devrait-il vraiment se clore sur la question – au demeurant fort pertinente – de Marie-Claude Prémont, à savoir s'il faut « redouter que la promotion de la simulation ne devienne davantage écran, outil de fraude que marqueur d'écart, outil de progrès »⁹?

⁵ Louise ROLLAND, « La simulation dans le droit civil des obligations : le mensonge révélateur », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 93.

⁶ « Ce qui [...] caractérise la simulation par rapport aux notions voisines avec lesquelles il est souvent malaisé de la distinguer, c'est à la fois un élément psychologique, l'intention de tromper ou de cacher, c'est-à-dire l'absence de volonté réelle de passer l'acte apparent et, un élément matériel, la contradiction entre cet acte apparent et l'acte caché réellement voulu par les parties. C'est la présence combinée de ces deux éléments qui fait l'originalité de la simulation. L'absence de l'un ou l'autre d'entre eux devrait obliger à conclure qu'on est en face d'une situation autre que la simulation, c'est-à-dire soit d'un acte fictif, soit d'un acte incorrectement interprété ou qualifié, soit d'un acte indirect ou fiduciaire ou bien frauduleux. », Maurice TANCELIN, « Simulation et crédit mobilier sans dépossession au Québec », (1974) 26-2 *Revue internationale de droit comparé* 317, 319.

⁷ Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans LE BARREAU DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 105.

⁸ Marie-Claude PRÉMONT, « Note de synthèse », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 181, à la p. 190.

⁹ *Id.*, p. 191.

Mais qu'est-ce d'ailleurs qu'un *nouveau discours* en matière contractuelle et, face à l'impossibilité de faire consensus sur cette question, faudrait-il que les juristes se taisent et cessent de douter, de s'interroger et de remettre en question? Hésiter à rappeler, encore et encore, les décalages entre l'*esprit* libéral du *Code civil du Québec* en matière contractuelle et la tendance liberticide et réifiante¹⁰ de la contractualisation de la vie sociale ne revient-il pas à circonscrire le rôle des juristes de droit privé à sa définition la plus limitative et conservatrice? Alors que la parénèse autour du contrat de droit civil – et, de plus en plus, de celui de common law¹¹ – se déploie¹² et s'impose comme le feuilleton juridique de cette ère contractuelle troublée et qu'à l'inverse, l'usage généralisé du contrat dans la société est peu contesté malgré ses conséquences inquiétantes (surendettement, concentration des richesses, financiarisation de la vie sociale, surexploitation des ressources), il me paraît justifié de percevoir ce thème qu'est la fiction dans le contrat comme une invitation à élargir ici quelque peu la réflexion usuelle relative à la simulation, qui se limite à son effet par rapport aux tiers. Fiction pour fiction, disons que le sujet est la simulation contractuelle entendue au sens large et que les tiers sont les justiciables dans leur ensemble. Le script sera le Code civil, tandis que la scène sera la vie sociale.

À cette fin, et bien que la réflexion proposée dans le cadre de cette série de conférences porte sur le paradoxe relatif au fait que le droit ait recours à des fictions pour rendre compte de certaines réalités, je me permettrai de renverser l'approche. J'aimerais m'attarder à la simulation qui, à titre de pratique contractuelle dont le propre est d'être une fiction pour les tiers, met elle-même en exergue une autre fiction, plus globale, matricielle, soit celle de sa propre justification qu'est le contrat. Par l'intermédiaire des notions de dissimulation et de simulacres, de fiction et d'imposture, je proposerai qu'il est possible de mieux faire ressortir la teneur fallacieuse des justifications contractuelles civilistes contemporaines que ne le font les prétentions – trompeuses justement – de gré généralisé des parties et de moralité du processus¹³.

¹⁰ André BÉLANGER, « Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties », (2011) 56-2 *R.D. McGill* 317.

¹¹ Rosalie JUKIER, « Good Faith in Contract: A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec », (2019) 1-1 *Journal of Commonwealth Law* 1.

¹² Laurent CRÉPEAU, « La bonne foi comme limite à l'exécution en nature », (2019) 53-2 *R.J.T.U.M.*, 323.

¹³ Pour s'en convaincre, une lecture des *Consultations générales sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* est pour le moins révélatrice

Il faut bien admettre, dans cette perspective globale, qu'il est absurde de soutenir que les algorithmes, qui sont de plus en plus en contrôle du processus contractuel¹⁴, trouvent application et produisent leurs effets en *faisant montre* de bonne ou de mauvaise foi. Dans un tel contexte technologique en développement, la question de la justice des conséquences devrait me sembler-t-il être rapidement réappropriée par les juristes. Mais, justement, la question semble être écartée de facto par le recours généralisé à la bonne foi. Ce discours moralisant en cours depuis plus de 30 ans freine l'élaboration d'un cadre théorique clair qui, lui, favoriserait le débat sur ce qui demeure le cœur du droit des contrats : la justice contractuelle¹⁵. Évidemment, encore faudrait-il accepter de prendre le temps nécessaire pour s'arrêter sur le sens et la teneur de cette notion¹⁶.

de l'attachement des acteurs principaux aux valeurs néo-libérales. Voir : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Consultations générales sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 2^e session, 33^e légis., octobre-novembre 1988. On lira de plus avec intérêt Julie PAQUIN, « La soif de certitude et la peur du chaos dans la réforme du droit des contrats : une analyse rhétorique du discours du Barreau et de la Chambre des notaires du Québec », (2014) 55-2 *C. de D.* 385.

¹⁴ À titre d'exemple : Lauren SCHOLZ, « Algorithmic Contracts », (2017) 20 *Stan Tech L Rev* 128.

¹⁵ En ce sens, voir par exemple Guido SMORTO, « La justice contractuelle », (2008) 60-3 *R.I.D.C.* 583.

¹⁶ Il peut être bienvenu de relire Ewald à cet égard. Voir François EWALD, *L'État providence*, Paris, Bernard Grasset, 1986, p. 433 : « Il règne aujourd'hui la plus grande confusion sur le droit, sur ce qu'est le droit, sur ce qui peut être ou ne pas être le droit, sur le point de savoir si le droit, instrument caractéristique d'oppression d'une classe sur une autre, doit faire l'objet d'une critique permanente, ou s'il est au contraire désirable comme moyen de lutter contre les dominations abusives... Il semble, en particulier, que nous ayons complètement perdu l'idée que la question de "vouloir le droit", qui pourtant commande toute politique du droit, pouvait être une question difficile, complexe, problématique. Signes de cette confusion : le fait, par exemple, que les traités de droit semblent avoir renoncé à une définition introductive de leur objet : l'étudiant fera du droit sans qu'il ait à se demander ce qu'est le droit. Et ne parlons pas de la notion de justice, dont l'absence ne se remarque même plus. [...] Tout cela a maintenant disparu : le droit se confond avec le droit positif ; à l'exercice classique de délimitation du droit s'est substitué une étude des sources du droit. Est de droit ce qui est énoncé par qui de droit. Formalisme qui implique qu'au contrôle de la loi par le droit se substitue celui d'un contrôle de constitutionnalité des lois et qui interdit au juriste toute attitude critique au nom du droit. À l'égard de l'énoncé de la loi, les juristes deviennent des techniciens, des praticiens d'un droit qui devient lui-même de plus en plus technique. Ils s'attachent à mettre de l'ordre dans la prolifération indéfinie d'un arsenal législatif et réglementaire de plus en plus complexe. Mais ce n'est plus à eux que l'on peut demander

Et c'est à tout cela que la fiction que représente la simulation peut nous être utile. Lorsqu'on s'y attarde, une forme d'intuition apparaît puis s'impose comme une vérité épistémologique : entre la simulation et le contrat, la *fiction* juridique ne se trouve peut-être pas du côté où nous l'attendons. Ainsi, je tenterai d'expliquer pourquoi, dans le contexte de surcontractualisation qui est le nôtre, la *fiction* en matière de contrat n'est pas la simulation. Cette dernière, au contraire, est sans doute la forme la plus pure, aboutie et réelle du contrat contemporain, au sens des principes de formation des contrats réaffirmés au Code civil. À l'inverse, le contrat au sens strict revêt quant à lui bien plus certainement des atours normatifs fictifs, mais surtout trompeurs.

C'est donc la définition même que donne le Code civil du contrat fictif qu'est la simulation qui structurera mon propos. Cette définition réfère à la *volonté réelle* des parties, ce que j'aimerais analyser dans la seconde moitié de ce texte (2). Et bien que l'article 1451 C.c.Q. passe sous silence (dissimule?) la *volonté de dissimulation* des parties, il énonce l'idée d'un *contrat secret* (la contre-lettre). De même, la définition de la contre-lettre donnée par le *Dictionnaire de droit privé* paraît sans équivoque : « Acte passé *secrètement* entre les parties, qui modifie ou supprime les effets d'un acte apparent conclu pour *dissimuler* leur convention »¹⁷. Ce même ouvrage définit par ailleurs la simulation comme l'« [o]pération par laquelle les parties conviennent de *dissimuler* leur volonté véritable »¹⁸. C'est avec cette contradiction assumée par rapport à la moralisation mise de l'avant en matière contractuelle – bonne foi, transparence et nouvelle moralité – que je souhaite entamer cette réflexion (1). En gardant en tête, bien sûr, que selon Demogue, la fiction est un « instrument de découverte »¹⁹.

de nous orienter quant à la définition d'une politique du droit. Ils ne sont plus les gardiens du droit.»

¹⁷ CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 90 (mes soulignements).

¹⁸ *Id.*, p. 309 (mes soulignements).

¹⁹ Cité par Guillaume WICKER, « V^o Fiction », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, p. 716, à la p. 720.

I. La simulation comme nouvelle fiction du contrat ?

*Dans la contre-lettre, toutes les parties sont d'accord comme larrons en foire.*²⁰

Les fictions, à titre « d'artifice de technique juridique »²¹, sont nombreuses en droit civil des obligations contractuelles et elles n'impliquent aucunement, a priori, la recherche de dissimulation. Dans cette perspective, le contrat apparent n'est pas une fiction au strict sens juridique du terme. Cependant, par rapport aux tiers, ce contrat est fictif puisqu'il est l'expression claire d'une volonté de dissimulation. Cette recherche de dissimulation bien réelle s'avère toutefois moins importante, sur le plan quantitatif, que ce qu'on peut désormais observer dans l'ensemble du processus contractuel. Si l'on pense à la multiplication des clauses plus ou moins abusives, claires et imposées ou encore aux divers moyens dont usent les rédacteurs de contrats pour faciliter l'adhésion de parties de plus en plus crédules ou désabusées²², il faut bien reconnaître que lorsque l'on considère la simulation à titre d'*exception* contractuelle, l'hypocrisie et le désir de camoufler n'est pas principalement là où l'on soutient qu'ils se trouvent.

C'est peu dire que l'article 1451 C.c.Q. nécessite pour les parties à la simulation de s'investir pleinement à collaborer, alors que le contrat *standard*, qui est désormais rarement de gré à gré²³, est devenu une forme de passe d'armes assumée²⁴. D'où ce recours paradoxal à la morale contrac-

²⁰ Pierre-Paul TURGEON, « Contre-lettre et simulation », (1953) 56 *R. du N.* 178, 187.

²¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 392.

²² À titre d'exemple, voir *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570, par. 39, de même que Charlaïne BOUCHARD et Marc LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 *R.G.D.* 373 et Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2004) 106 *R. du N.* 617.

²³ Je me permets de relever ici un élément qui n'est sans doute pas de l'ordre de l'anecdote : lors du passage de l'article 1423 de l'avant-projet de loi qui définissait le contrat (gré à gré et d'adhésion) à l'actuel article 1379 C.c.Q., l'ordre a été inversé ; alors que le contrat d'adhésion était défini après le contrat de gré à gré, il est désormais, comme on le sait, présenté comme la *norme* dans notre Code civil.

²⁴ Selon une autrice, « peut-on même parler encore de contrat lorsque les volontés ne se croisent plus comme deux lames mais s'écoulent ainsi angéliquement vers le même horizon d'un intérêt commun ? », Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Volonté et obligation », (2000) 44 *Arch Philo Droit* 129, 137.

tuelle, morale que l'on tend à invoquer justement parce qu'elle se dissipe²⁵. C'est dans ce contexte *moral* ambivalent que la simulation, légale puisque reconnue au Code civil²⁶, prendra la forme d'un acte fictif, d'un acte déguisé ou d'une interposition de personne (ou convention de prête-nom)²⁷ et sera « assez souvent utilisée dans le dessein de commettre une fraude à la loi, c'est-à-dire d'éviter une prohibition légale ou de faire indirectement ce que la loi ne permet pas de faire directement »²⁸. À titre d'*outil* du droit des obligations faisant partie de « l'arsenal juridique »²⁹, on comprend aisément que la simulation est de longue date source de suspicion en raison des liens francs qu'elle entretient avec la fraude et la tromperie³⁰.

Baudouin, Jobin et Vézina réfèrent à la volonté de *duper* de la part des parties et précisent que « [l]a simulation est une tromperie au sens large du terme, tromperie qui, cependant, n'est pas nécessairement sanctionnée par l'annulation de l'acte »³¹. De même, Dagot soulignait que la simulation

²⁵ De manière intéressante – ou cynique? –, un auteur soulignait que la bonne foi « a été magnifiée et mise au pinacle peut-être à mesure que dans les faits elle disparaissait peu ou prou; c'est, en effet, pendant cette même période que l'amoralisme a commencé à dominer le monde des affaires, c'est-à-dire les contrats », Philippe LeTourneau, *Encyclopédie Dalloz droit civil*, V^o Bonne foi. En ce sens, je considère que la représentation parfaite de cette proposition est le jugement de la majorité dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46.

²⁶ Lluelles et Moore précisent que « [s]ans cautionner cette pratique, le droit intervient, afin de concilier les intérêts qui s'opposent », Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, par. 1756, p. 992.

²⁷ Pour la distinction entre ces trois formes de simulation, voir Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 493-495, p. 590 et 591.

²⁸ *Id.*, p. 590; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, par. 1763-1765, p. 995 et 996.

²⁹ M. TANCELIN, préc., note 6, p. 317: « L'institution de la simulation, que la doctrine a élaborée à partir de la contre-lettre, ne s'est jamais complètement débarrassé de l'équivoque qui a entouré sa naissance. Les auteurs classiques approuvaient le respect de la bonne foi qu'elle implique, tout en déplorant le caractère suspect et peu recommandable d'une institution qui n'est que trop souvent au service de la fraude. Mais aujourd'hui on peut considérer que la simulation fait partie de l'arsenal juridique des droits occidentaux et il n'y a pas d'auteurs qui ne lui fasse sa place dans l'étude des effets des contrats. »

³⁰ Un auteur se faisait d'ailleurs insistant sur ce point en 1953. P.-P. TURGEON, préc., note 20, p. 185: « Il faut s'arrêter un temps à la théorie de la simulation. Y a-t-il simulation ou dissimulation? Y a-t-il mensonge ou camouflage, fausseté ou discrétion, hypocrisie ou réticence. Telle est la question que pose le problème de la contre-lettre. »

³¹ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 27, par. 491.

« a pour but et pour effet la création d'une apparence trompeuse »³². Non seulement une *apparence*, ce qui en soi est un simulacre, mais une apparence *trompeuse*. Quant aux auteurs Pineau, Burman et Gaudet, ils précisent que « [1]a simulation consiste à créer une apparence qui ne reflète pas la vérité; on cherche à cacher derrière un acte ostensible une situation juridique véritable »³³, tout en rappelant que si elle se rencontre fréquemment, le « but de ces opérations n'est pas toujours louable »³⁴. Ce que confirment Baudouin, Jobin et Vézina qui expliquent que la « technique de l'acte fictif est souvent utilisée comme moyen de tromper ses créanciers »³⁵. Et je peux – dois? – continuer à noircir le tableau! Selon Carbonnier, la simulation « a l'air de démentir l'exigence de sincérité »³⁶, tandis que pour Bénabent, en matière de simulation, « c'est l'existence même du contrat qui est fallacieuse »³⁷. Avec un tel florilège, on ne peut que donner raison à Cornu, pour qui la dissimulation s'avère exclusivement *négative* et qui la décrit comme le fait « de cacher ce que l'on doit révéler, comportement qui peut être constitutif de dol, de fraude, de recel, de complicité, etc. »³⁸.

Je crois la démonstration faite: bien que la simulation de l'article 1451 C.c.Q. se doive d'être *a priori* légale³⁹, il n'en demeure pas moins que la référence récurrente à cette notion de dissimulation des parties sous-entend une approche peu compatible avec l'idée générale de bonne foi des contractants. Mais si cette volonté de *tromper* est revendiquée et est partie prenante de la simulation, la nature plus ou moins frauduleuse de cette tromperie est moins clairement assumée par les juristes. Comme le soulignait un auteur:

L'on dissocierait donc la contre-lettre du mensonge pour l'assimiler à une vertueuse discrétion ou du moins à une prudente et légitime réticence. La discrétion n'est pas défendue! L'on peut certes se lier en secret en vertu du principe

³² Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 17.

³³ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 565.

³⁴ *Id.*, p. 567.

³⁵ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 27, par. 493, p. 590.

³⁶ Jean CARBONNIER, *Droit civil: Les biens. Les obligations*, 1^{re} éd., t. 2, coll. Quadrige, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, n° 997.

³⁷ Alain BÉNABENT, *Droit civil: Les obligations*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1995, p. 162.

³⁸ G. CORNU, préc., note 21, p. 306 (mes soulignements).

³⁹ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 27, par. 491, p. 589.

de la liberté des conventions. Qu'on le veuille ou non, la contre-lettre est un élément de duplicité.⁴⁰

Dans le même ordre d'idées, nous pouvons considérer les propos de Lluellas et Moore qui précisent, à juste titre, que de la coexistence contradictoire de la contre-lettre et de l'acte apparent « doit se détacher une intention des cocontractants de tromper les tiers, sans que cette intention soit nécessairement frauduleuse »⁴¹. Ce qui, toutefois, n'empêche pas les mêmes auteurs de souligner le rôle peu noble de la simulation lorsqu'ils affirment que « le plus souvent, ce "mensonge" a pour but de contourner la loi ou de nuire aux intérêts d'autrui »⁴².

Mais la reconnaissance au Code civil de cette pratique qui *le plus souvent* sert à contourner la loi, voire la culture contractuelle juridique contemporaine elle-même qui est loin de s'avérer *morale*, incite-t-elle les parties à planifier leurs ententes en fonction de leurs intérêts stricts? La question de l'atteinte à l'ordre public se pose par conséquent inévitablement puisque la simulation est *de facto* une fraude dans les relations privées⁴³. Ce qui ne fait que nous ramener à cette grande question posée, déjà, par Turgeon, mais qui demeure sans réponse :

Devons-nous enfin accepter cette opposition subtile entre contre-lettre et fraude ou mauvaise foi en ce sens que la contre-lettre ne viserait aucun enrichissement injuste, aucun dommage pour personne, aucune violation de loi prohibitive... mais seulement la cachette de la réalité? La subtilité de cette

⁴⁰ P.-P. TURGEON, préc., note 20, 185. Il ajoutait (résigné?): « La doctrine et la jurisprudence françaises admettent sans sourciller ces jongleries de simulateurs et ces jeux de pactes secrets pourvu qu'aucun tiers n'en souffre. Le droit canadien et la jurisprudence canadienne suivent la solution française. » (p. 192); et que dire de ce *cri du cœur* qui suivait dans le texte: « En notre siècle de civilisation ne craignons pas de nous inspirer des anciens juristes, endossons la sagesse de ceux qui évaluaient justement l'honneur et la probité au-dessus de la casuistique dialectique et du sophisme. » (p. 193)

⁴¹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, par. 1759, p. 994.

⁴² *Id.*, par. 1758, p. 993.

⁴³ *Id.*, par. 1775, p. 1000: « [...] même si la simulation n'a pas nécessairement pour objet la fraude à la loi, elle est tout de même répréhensible, car "elle constitue toujours une fraude dans les relations privées" (références omises). La nullité du contrat, fondée sur le seul motif de simulation, suppose la reconnaissance d'un devoir de sincérité des contractants face aux tiers, sanctionnant même le mensonge non frauduleux, ce que propose d'ailleurs le doyen Carbonnier. Mais, cette façon de traiter la simulation, qui exigerait une modification importante du droit positif, ne fait pas l'unanimité, certains auteurs relevant la difficulté d'une condamnation de l'ensemble de la simulation ».

distinction dépend précisément de l'intention des parties à la contre-lettre. C'est la nuance entre dissimulation et simulation.⁴⁴

Ainsi, la solution de l'article 1452 du *Code civil du Québec* est *conci-liante* en ce que, « [l]oin de cautionner légalement ou moralement le mensonge, une telle approche tend plutôt à dissuader les parties de procéder à une simulation qui fragilise leurs intérêts face aux tiers »⁴⁵. S'agirait-il d'hypocrisie dans la parénèse ou plutôt du summum d'un libéralisme contractuel revendiqué? Il n'empêche que cette approche en vertu de laquelle on ne cautionne ni ne condamne, mais par laquelle on soutient en responsabilisant les parties quant à la protection de leurs intérêts, cadre fort mal avec cette nouvelle moralité contractuelle célébrée depuis 30 ans⁴⁶. Cette tension – contradiction? – entre le respect du volontarisme contractuel et le recours au baume de la bonne foi des parties s'exprime d'ailleurs clairement sous la plume de Carbonnier :

Serait-ce un moralisme plus insupportable que d'autres que celui qui érige-rait en principe l'interdiction de la simulation, en généralisant [...] la nullité aussi bien de la contre-lettre que de l'acte apparent? Sans se faire trop d'illusions, on peut penser que l'insécurité juridique qui en résulterait aurait quelque effet dissuasif. Au demeurant, le problème n'est pas de savoir si l'on pourra jamais empêcher, en fait, la simulation, mais si le droit doit la reconnaître.⁴⁷

Tout cela n'est évidemment pas sans suivre un certain développement historique⁴⁸ et s'inscrit directement dans l'évolution et la transformation

⁴⁴ P.-P. TURGEON, préc., note 20, 185.

⁴⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, par. 1777, p. 1001.

⁴⁶ Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 903, 916: « Les codificateurs, comme en font foi les commentaires du Ministre, n'ont en effet pas caché leur intention d'implanter une nouvelle moralité, une plus grande justice contractuelle ». Voir aussi: « Dans ce sens, c'est le devoir général de bonne foi qui doit servir de point d'ancrage aux régimes particuliers. Sous ce principe fédérateur, c'est alors d'intégration qu'il s'agit dans le droit fil d'une plus grande moralité contractuelle. » (p. 918) Et: « La liberté et la moralité contractuelles s'interpénètrent, interagissent, et nous préférons les saisir dans leur relation dynamique plutôt que forger une frontière imaginaire qui ne répondrait pas à la structure du droit commun. » (p. 919)

⁴⁷ J. CARBONNIER, préc., note 36, n° 1002, p. 2068; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, par. 1758, p. 993, ajoutent quant à eux: « C'est là une certaine forme de mensonge de la part des contractants. »

⁴⁸ J. CARBONNIER, préc., note 36, n° 1002, p. 2067: « Dans son formalisme initial, le Droit romain ne pouvait avoir égard à la volonté interne des parties: seul l'acte apparent

du volontarisme. À ce titre, le lien avec cette notion de *dissimulation* me paraît particulièrement significatif⁴⁹. Que la simulation s'écarte de la *morale* contractuelle ne constitue pas une difficulté sur le plan justificatif ou du point de vue de la théorie des obligations tant il est admis que les principes généraux du droit «sont composés de normes dont la validité dépend ou ne dépend pas de leur conformité à la morale»⁵⁰. Ce qui est davantage enrichissant sur le plan de la réflexion juridique – pour qui s'intéresse au contrat contemporain à tout le moins – est que l'angle d'analyse du processus contractuel de droit civil par l'intermédiaire de la simulation et de son *amoralité* – si ce n'est de son *immoralité* – vient pleinement contredire le principe même de la bonne foi des articles 7 et 1375 du C.c.Q., principe moral cher au législateur et aux juristes. Ce paradoxe est riche et stimulant puisque l'exception est ici si manifeste, si importante, qu'il semble ardu d'affirmer, contrairement à l'adage, qu'elle permet de confirmer la règle. Cette contradiction morale était annoncée par Turgeon en son temps :

devait compter. On en vint plus tard à annuler certains contrats simulés en se fondant sur des raisons tirées de leur réglementation propre (ex. les ventes déguisant des donations furent annulées pour défaut de prix sérieux). Enfin, au Bas-Empire, l'importance attribuée aux éléments psychologiques fit apparaître le principe nouveau que le contrat voulu et caché doit l'emporter sur le contrat extérieur et fictif. Du Bas-Empire, en tout cas, datent les maximes qui, jusqu'à nous, ont continué à alimenter la théorie: *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur* (rubrique du C. Just. 4, 22); *plus actum quam scriptum valet* (C. Just. 4, 22, 4; cf. C. Just. 4, 38, 3). Elles ont contribué à porter le problème sur le terrain de l'autonomie de la volonté (Cf. Dumont-Kislickofe, *La simulation en droit romain*, 1971). Le Moyen Age romaniste, au contraire, avait, d'une façon plus réaliste, envisagé la simulation en liaison avec la fraude à la loi, et il objectivait les deux notions par un système de présomption (la simulation frauduleuse s'induisait de circonstances cataloguées). Pothier (*Vente*, nos 37 s.) est encore sévère pour la simulation, sans doute par la profondeur de son hostilité à l'usure, car l'usure se déguisait. Mais, déjà, autour de lui, le volontarisme a partie gagnée; et dans le C.C., la simulation ne paraît poser d'autre problème que d'une limite apportée à la force obligatoire des contrats au regard des tiers.»

⁴⁹ Sans même devoir faire un détour par Thomas D'Aquin... Voir P.-P. TURGEON, préc., note 20, p. 194: «Et la doctrine des juristes enseigne que la contre-lettre relève de la simulation. Or, S. Thomas affirme que la simulation est “un mensonge en action” (références omises). On simule quand on se montre tel que l'on n'est pas, mais non quand on ne se montre pas tel que l'on est. Le terme “simulation” cher aux juristes aurait-il le sens philosophique de “dissimulation”?».

⁵⁰ Michel TROPÉR, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 2.

Voilà pourquoi nous osons soutenir que la théorie de la contre-lettre devrait disparaître avant même de consulter la morale. Mais pourquoi ne pas lancer un jet du réflecteur de la morale sur ce document sombre et secret qu'est la contre-lettre? Le mensonge n'est jamais permis parce qu'il est un acte dérogoire à l'ordre de la nature.⁵¹

Autre temps, autres mœurs; désormais les *contrats intelligents* n'ont que faire de l'ordre de la nature. Quoi qu'il en soit, pourrait-on vraiment retirer la simulation du Code civil sous prétexte d'immoralité contractuelle? Car la simulation, légèrement dissimulée derrière ce voile de moralité contractuelle qui nous couvre, elle, comme une grande fiction dans le contexte contemporain qui est largement contractualisé⁵², demeure « un des plus beaux fleurons du droit libéral et individualiste des obligations »⁵³. Ce qui semble devoir nous mener à un paradoxe⁵⁴ intéressant⁵⁵ voulant que la simulation s'avère dans les faits l'un des rares processus contractuels contemporains reposant sur ce que le *Code civil du Québec* (si ce n'est l'ensemble du Droit civil) présente encore et toujours comme un accord de volonté (art. 1378 C.c.Q.) qui se manifeste par un échange de consentement (art. 1385 C.c.Q.) libre et éclairé (art. 1399 C.c.Q.). Fiction pour fiction, et sur ces bases, il est tentant de soutenir que la simulation, pour les contractants, est le seul contrat *sincère* possible⁵⁶. Du reste, outre ce que

⁵¹ P.-P. TURGEON, préc., note 20, 193.

⁵² Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007.

⁵³ Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, par. 478, p. 338.

⁵⁴ Dans un contexte semblable à la raison d'être de ce texte (les fictions en droit), alors qu'elle présentait la simulation dans le cadre d'une réflexion sur « le droit et le faux », Louise Rolland soulignait: « Tout paradoxe attire, subjectivement par le scandale moral ou l'échec logique qu'il soutient, objectivement par l'énigme qu'il suscite et qu'il reste à résoudre. Tout paradoxe suppose en effet deux termes qui cohabitent dans l'opposition: opinion singulière qui va à l'encontre de l'opinion communément admise; être, chose ou fait qui heurte le bon sens; proposition à la fois vraie et fausse. La logique commanderait la hiérarchie – la dissolution de l'un au profit de l'autre terme – mais l'organisation sociojuridique répond-elle de la logique? », L. ROLLAND, préc., note 5, à la p. 95.

⁵⁵ Je l'écris ici sans cynisme, du point de vue juridique à tout le moins, car je ne suis absolument pas convaincu que sur le plan socio-politique, nous devrions nous en réjouir.

⁵⁶ En ce sens, Carbonnier écrivait: « Ce n'est donc pas de la sincérité que le droit civil (libéral) a fait la théorie, mais de son contraire, la *simulation*, le mensonge concerté entre les contractants (par opposition à la réserve mentale ou au dol, qui est la réticence

permet de cacher aux tiers la simulation, que peuvent encore cacher les cocontractants? Certainement pas la défense de leurs intérêts ou la maximisation de leur profit. En formulant cette interrogation je ne fais par ailleurs qu'un simple retour historique, tant il est vrai que la simulation et la chrématistique sont liées dans la transformation du discours juridique⁵⁷. J'ai en tête ce que soulignait Carbonnier voulant que Pothier ait été « sévère pour la simulation, sans doute par la profondeur de son hostilité à l'usure, car l'usure se déguisait »⁵⁸. Or, nul doute que l'objet du contrat, que sa prolifération dans nos existences qui participe directement à la mauvaise circulation des richesses et à la concentration du pouvoir économique⁵⁹, n'est pas étranger à cette perspective. Et s'il fallait qualifier cette dernière, je serais embêté : être *récalcitrant*⁶⁰ à la recherche exacerbée de profit par l'intermédiaire du contrat, est-ce adopter une attitude dépassée, naïve, *morale*? Mais alors, à la morale de qui doit-on référer?

Se pose, comme on le perçoit aisément, la question d'établir ce qui, du consentement ou de l'ordre public, doit être privilégié. Ici encore, Carbonnier est perspicace lorsqu'il souligne qu'un tel « renversement de présentation, il est vrai, supposerait un renversement de conception, et que l'on

ou le mensonge d'un seul) », J. CARBONNIER, préc., note 36, n° 999, p. 2064 (mes soulignements).

⁵⁷ Voir L. ROLLAND, préc., note 5, aux p.118-120. L'autrice précise avec raison : « La simulation devient non seulement un moyen de tourner l'obstacle juridique et d'atteindre autrement des effets illicites, mais elle est cognitivement un indice de permutations systémiques beaucoup plus globales : quand la clôture hermétique d'un système atteint le seuil de rupture communicationnelle, l'harmonie sociale se fracture. », p. 120.

⁵⁸ J. CARBONNIER, préc., note 36, n° 1002, p. 2067 (références omises).

⁵⁹ Ce qui nous mènerait à une autre grande (importante?) interrogation : peut-on, doit-on, veut-on moraliser le *profit*? Est-ce que poser une telle question revient à faire du droit fictif? Sur le plan historique, il est pertinent de se rappeler que l'usure a été « acceptée » et officialisée en raison de la force de la volonté contractuelle, mais qu'en est-il aujourd'hui, alors que l'usure est une fin en soi et que la volonté des parties s'efface? Ici également, l'argumentaire de la majorité dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46 me paraît particulièrement significatif.

⁶⁰ Je réfère à l'idée de *récalcitrance* qu'utilise la juriste Antoinette Rouvroy, pour la distinguer de l'*opposition* qui n'est pas possible en la matière puisqu'il n'y a pas de tyran ou d'ennemi concret auquel s'opposer par rapport au phénomène contractuel... S'il est impossible de s'opposer à l'univers contractuel contemporain, il est toutefois possible (nécessaire?) d'y être récalcitrant à titre de juriste. Voir Antoinette ROUVROY et Thomas BERNIS, « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation, Le disparate comme condition d'individuation par la relation? », (2013) 177-1 *Réseaux* 163.

cessât de faire de la simulation licite le principe, de l'illicite l'exception »⁶¹. Mais peut-être qu'il ne s'agit pas d'opposer, comme le fait Carbonnier, « simulation » et « transparence », ce qui revient à abuser des extrêmes et à courir le risque de la caricature. Ne pas être parfaitement « transparent » en matière de contrat – et c'est d'ailleurs l'idée même de la cause du contrat de l'article 1410 C.c.Q.⁶² – n'implique aucunement une volonté de simulation, au sens de l'institution consacrée à l'article 1451C.c.Q.

Et pour être parfaitement honnête – transparent? –, je me dois de rappeler que ce n'est pas cette simulation au sens strict qui m'interpelle, mais bien ce qu'elle permet de mettre en évidence par rapport au processus contractuel dans son ensemble. J'utilise la simulation à titre de grille d'analyse, comme un filtre, un outil d'observation qui peut me semble-t-il permettre aux juristes de poser un regard en biais sur notre manière de présenter et de justifier le contrat en droit civil. Et à ce titre, ce thème général de la « fiction » en droit civil, apposé à celui de la simulation contractuelle, force les parallèles avec les notions de sincérité et, inévitablement, de bonne foi et de moralité contractuelle. Somme toute, il s'agit de « faire tomber les masques »⁶³. Avec plus ou moins de bonne volonté? Ce qui nous mène à l'autre grand pan structurel du contrat civiliste.

⁶¹ J. CARBONNIER, préc., note 36, n° 1002, p. 2068. L'auteur ne manque d'ailleurs pas de pousser la logique vers une autre question fort pertinente qu'il serait sans doute important de développer avant longtemps: « La facilité avec laquelle peuvent se constituer les personnes morales explique assez qu'elles soient devenues, dans le monde des affaires, des instruments efficaces de non-transparence et de simulation. Les sociétés fictives pourraient être analysées comme des simulations par interposition de personnes (morales). »

⁶² Tancelin souligne qu'à titre de contrat, la simulation est soumise aux conditions générales de validité du contrat – dont celle de la cause – et que cette « exigence élémentaire est capitale, car la simulation est légale en elle-même, à condition que l'opération simulée soit conforme au droit », M. TANCELIN, préc., note 53, par. 475, p. 334. Il faudrait également prendre en considération le lien entre la simulation et la cause subjective de l'article 1411 C.c.Q., cette dernière étant elle-même l'expression du rôle central de la volonté des parties au contrat. Voir André BÉLANGER et Éric FOKOU, « La cause et la volonté des parties au contrat : par-delà l'ordre public, une révolution? », dans Arnaud TELLIER-MARCIL, Shana CHAFFAI-PARENT, Marc-Antoine PICOTTE et Kevin LAFRENIÈRE (dir.), *Les prochains défis de la pensée civiliste : les conceptions classiques soumises à l'épreuve du temps*, Montréal, Éditions Thémis, 2020, p. 53.

⁶³ À ce titre, Carbonnier écrivait: « Sous cette rubrique [de sincérité contractuelle], d'où l'on pourrait conclure à une pénétration incisive de la morale dans le droit, deux théories sont réunies, la *transparence* et la *simulation*, dont la seconde contredit nommément la première et même, plus généralement, a l'air de démentir l'exigence de sincérité.

II. Le simulacre contemporain du contrat comme fiction d'une simulation ?

En d'autres termes, le discours juridique produit ici les propriétés qui lui servent d'arguments. Sans doute, tous les discours ne doivent-ils pas être pris à la lettre et ils peuvent aussi servir à dissimuler : prétendre que l'on découvre un sens déjà là dans le texte applicable, c'est masquer son pouvoir de création, mais ce pouvoir se découvre par l'analyse d'un autre discours, celui par lequel on justifie l'application d'un texte tel qu'il a été interprété par une première autorité, quel que soit le contenu de cette interprétation et en raison seulement de l'autorité dont elle émane.⁶⁴

Cette citation en exergue de Michel Troper introduit le propos de ma seconde partie selon laquelle la simulation de l'article 1451 C.c.Q., servant à interpréter le texte de l'article 1378 C.c.Q., ne fait que dissimuler ce que nous savons toutes et tous à titre de juriste : la volonté contractuelle est fiction, son rôle fictif et sa recherche au moment de l'interprétation d'un contrat, tout aussi fictive⁶⁵. Mais aussi fictive, voire utopique, soit-elle, elle demeure la seule source de la liberté de chacun des contractants. Car sans liberté de consentir, le contrat (re)devient *statut* au sens où l'entendait Maine⁶⁶. Certes, le décalage entre la théorie du volontarisme et la réalité contractuelle est souligné de longue date, tout comme la paradoxale qualification du contrat d'adhésion ; j'avance ici en terrain bien balisé. Toutefois, est-ce une raison pour passer outre ces incohérences qui perdurent dans le temps ? Il est par ailleurs utile de préciser que « [r]estaurer la place de la volonté dans le contrat ne signifie en aucun cas défendre l'autonomie de la volonté comme fondement de sa force obligatoire »⁶⁷. Toutefois, et la

Mais, en réalité, ici aussi bien que là, il y a un effort du droit pour faire tomber les masques, partant pour moraliser le contrat. Dans la transparence, c'est l'un des contractants qui oblige l'autre à la sincérité. Dans la simulation, ceux qui simulent, d'ailleurs sincères entre eux, seront ramenés à l'être également envers les tiers.», J. CARBONNIER, préc., note 36, n° 997, p. 2060.

⁶⁴ M. TROPER, préc., note 50, p. 3.

⁶⁵ Voir à ce sujet Vincent CARON, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, Montréal, Éditions Thémis, 2016.

⁶⁶ Henry MAINE, *Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London, John Murray, 1861, p. 170.

⁶⁷ Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 781.

chose n'est pas sans intérêt, par la référence à « la volonté, c'est la liberté des contractants qui est restaurée »⁶⁸.

Or, les liens entre la simulation – qui est d'abord un contrat, ne n'oublions pas – et le volontarisme sont constamment rappelés par la doctrine. Ainsi, selon Tancelin, « [l]a validité de la simulation entre les parties est fondée par la jurisprudence sur la doctrine de l'autonomie de la volonté, sur la liberté quasi illimitée des conventions entre les parties contractantes »⁶⁹. De même, pour Lluelles et Moore, la simulation est admise en raison du principe du volontarisme (« autonomie de la volonté »)⁷⁰. En ce sens, la simulation est bel et bien la preuve (par l'absurde?) du rôle prépondérant de la volonté dans le contrat.

Et il faudrait même compléter les attributs de cet *über*-contrat volontariste que devient la simulation en ajoutant que ce n'est pas d'un seul « accord de volonté » qu'il est question ici, mais bien d'un double accord. Entre les simulateurs se créent effectivement « deux accords de volonté nés en même temps et qui se recouvrent : l'un ostensible, mais mensonger (c'est l'acte *apparent*, l'acte *simulé*) ; l'autre sincère, mais secret (c'est la *contre-lettre*, [...] l'écrit qui en contredit un autre, l'acte *dissimulé*) »⁷¹. Sans compter que les parties devront littéralement *y réfléchir à deux fois* en raison de la règle de 1452 C.c.Q. qui permet aux tiers de bonne foi d'invoquer le contrat apparent *ou* la contre-lettre ; les conséquences seront donc soit celles de l'un, soit celles de l'autre. Dans le même ordre d'idées, Lluelles et Moore énoncent qu'avec « la simulation, le conflit entre les volontés est voulu par les parties et oppose en fait deux volontés déclarées, l'une fictive, l'autre réelle »⁷². Rolland l'exprime quant à elle très clairement en ces termes : « La volonté créatrice joue un double jeu : elle exprime ostensiblement une intention velléitaire pour occulter ou déguiser l'intention juridiquement efficiente, licite ou pas »⁷³. Par conséquent, débarrassée des considérations mensongères ou potentiellement frauduleuses, et considérée sous l'angle du volontarisme, c'est ni plus ni moins d'une forme de pureté contractuelle qu'il est question. Tout n'est que volonté en matière de simulation. Volonté, réflexion, préparation : un processus contractuel idéalisé ! Ainsi, « [la] *véri-*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ M. TANCELIN, préc., note 53, par. 478, p. 336.

⁷⁰ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, par. 1756, 1771 et 1784.

⁷¹ J. CARBONNIER, préc., note 36, n° 999, p. 2064.

⁷² D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, par. 1771, p. 999.

⁷³ L. ROLLAND, préc., note 5, à la p. 97.

table intention des parties contractantes se trouve dans la convention tenue secrète; il est, dès lors, normal que celles-ci soient liées par cette convention secrète et non point par la convention apparente qui est seulement destinée à camoufler, à l'égard des tiers, leur *volonté réelle*»⁷⁴.

Mais paradoxe *dans* le paradoxe, si la simulation se justifie a-morale-ment par le volontarisme⁷⁵, elle en est devenue la principale *représentante*. Tandis que le rôle de la volonté semble devoir se rétrécir comme peau de chagrin dans le processus contractuel contemporain, et alors que l'on aurait pu de ce fait s'attendre à ce que cet « accessoire » au volontarisme qu'est la simulation disparaisse avec le principe général, il paraît bien au contraire en devenir le ferment. De l'affaiblissement du modèle est apparue une forme de contrat supérieure au sens classique. Serions-nous vraiment condamnés à un cadre théorique et justificatif du contrat qui irait d'un mensonge volontaire à un autre ?

À ce titre, il est tentant de reprendre la définition donnée par Pineau, Burman et Gaudet afin de mettre en exergue la fiction contractuelle contemporaine: «le contrat apparent n'est que l'expression d'une *apparence de volontés*, alors que l'intention véritable des parties est exprimée dans le contrat tenu secret»⁷⁶. Sans trop jouer sur les mots, le sens de la notion de *contrat apparent*, dans le contexte de cette réflexion sur la fiction qu'est de plus en plus le contrat, me semble fortement significatif. Devons-nous désormais *simuler pour mieux contracter*? Il y a un sens métaphorique à l'affirmation selon laquelle, en matière contractuelle, «l'apparence est l'écran qu'il faut percer pour accéder à l'intention et du même souffle à la volonté réelle, à la vérité»⁷⁷.

Ce que cette *fiction* qu'est la simulation permet surtout, c'est de démontrer que le contrat contemporain est devenu l'ombre de la lumière de la véritable entente qu'est aujourd'hui la simulation. En jouant cette fois sur les lettres, je dirai que sans *f(r)iction* entre les parties, sans négociations véritables, il ne peut y avoir de *fiction* contractuelle. Et que la simulation

⁷⁴ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 33, p. 568 (mes soulignements).

⁷⁵ Carbonnier rappelle d'ailleurs: «Mais, déjà, autour de lui [c.-à-d. Pothier], le volontarisme a partie gagnée; et dans le C.C., la simulation ne paraîtra poser d'autre problème que d'une limite apportée à la force obligatoire des contrats au regard des tiers.», J. CARBONNIER, préc., note 36, n° 1002, p. 2067.

⁷⁶ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 33, p. 567 (mes soulignements).

⁷⁷ L. ROLLAND, préc., note 5, à la p. 101.

est désormais l'un des rares cadres permettant l'existence de cette friction essentielle à la naissance d'un contrat. Au sens civiliste du terme, elle est, ni plus ni moins, l'une des seules formes contemporaines de contrat de gré à gré. Pour le reste, c'est-à-dire en ce qui a trait au contrat en général, on ne pourrait donc que rappeler (en attendant d'affronter de face la contradiction?) que «l'on ne peut y maintenir que par une accumulation de fictions le schème abstrait de l'accord des volontés considéré comme fondement créateur exclusif de l'obligation contractuelle»⁷⁸.

Il me faut insister sur cette idée de friction entre les parties, puisqu'en dehors de ce contexte fictionnel, le processus contractuel n'en a plus que pour l'adhésion, l'efficacité et la fluidité du processus. Peut-on vraiment parler de contrat en l'absence même de *volonté de négociation*? Je ne réfère pas ici aux cas justifiés où l'absence de négociation est souhaitable aux yeux des deux parties, mais bien de l'évitement de la phase d'entente essentielle à l'élaboration du cadre obligationnel émanant d'un contrat. Y aurait-il là trop de rapports humains et de *relationnel* pour notre époque? Ainsi, l'encadrement des effets de la simulation au Code civil serait le sursaut de vie du contrat noyé dans un univers (dé)moralisant. Si, évidemment, «tout n'est pas contractuel dans le contrat»⁷⁹, rien n'y est simple non plus sur le plan juridique. Le rapport entre le rôle de la volonté – l'autonomie de l'*acteur* juridique – et la loi est contradictoire, mais il se doit d'en être ainsi. En ce sens :

C'est dire que l'être humain n'accède à l'autonomie qu'à travers l'hétéronomie de la loi. Voilà ce que l'on oublie lorsqu'on s'en tient aux discours faisant l'apologie du contractualisme. Le contractualisme, censé permettre la poursuite de ses intérêts par un agent rationnel, donne au sujet souverain l'illusion de s'engager sans pour autant se départir de sa maîtrise. Or, sans hétéronomie, l'autonomie n'est qu'un leurre.⁸⁰

Encore faut-il, toutefois, que cette hétéronomie demeure possible. Or, le rôle de la volonté *des deux parties* est a priori négligé, en raison de l'hégémonie des contrats imposés et des contrats d'adhésion. Autre obstacle :

⁷⁸ Joannes BARMANN, «*Pacta sunt servanda*. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel», (1961) 13-1 R.I.D.C. 18, 48.

⁷⁹ Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

⁸⁰ P. LARRIEU, préc., note 2, p. 141.

le rôle de la loi contractuelle est lui-même de plus en plus souvent écarté⁸¹ par des parties soucieuses de jouir d'une plus grande autonomie – je n'en suis pas à un paradoxe près, j'en conviens! Sans compter que de manière plus globale, la pertinence épistémologique de l'idée même d'une autonomie de l'individu, si chère à nos sociétés libérales (ne sont-elles qu'historiques?), ne cesse d'être remise en cause⁸². Si tout cela est bien connu, le thème de ce cycle de conférences m'incite à insister et à reprendre *in extenso* les propos de Larrieu :

Dès le début du XX^e siècle, la théorie du libre vouloir avait subi un sérieux démenti de la part de la psychanalyse. Il existe dans tout sujet, une part de lui-même qu'il ne maîtrise pas, qui lui échappe, et qui lui est même en grande partie inconnue. La découverte de l'inconscient n'a toutefois eu aucune incidence en droit privé. Plus récemment, l'existence du libre-arbitre, qui fonde l'autonomie de la volonté, a été mise en question par les sciences du cerveau. En effet, les neurosciences semblent apporter la preuve que nous sommes déterminés par des mécanismes cérébraux inconscients. Ces avancées scientifiques semblent heurter de front la figure traditionnelle du sujet de droit, qui sert de base à nos institutions. L'individu libre et éclairé tiendrait de la fiction méthodologique.⁸³

Ainsi perdrais-je mon temps – et bien plus grave, je vous ferais perdre le vôtre! – avec ce texte tentant de mettre en exergue l'importance du rôle

⁸¹ Jean-Guy BELLEY, « Sans foi ni loi : l'indépendance contractuelle », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 203; Jean-Guy BELLEY, « Les "obligations ajuridiques" : des oubliées du Code civil? », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et Jérémie TORRES-CEYTE (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 143.

⁸² P. LARRIEU, préc., note 2, p. 142 : « À l'heure actuelle, on se trouve cependant devant une situation assez paradoxale : l'autonomie individuelle n'a jamais autant été valorisée dans les discours du droit et sur le droit. Le culte de la liberté contractuelle, celui de l'individu libre et autonome, n'ont jamais été aussi prégnants. Mais dans le même temps, jamais cette soi-disant autonomie n'a subi autant de démentis de la part d'autres disciplines. La figure anthropologique de l'individu doué de libre-arbitre, sur laquelle repose tout notre droit, se trouve aujourd'hui concurrencée par d'autres modèles de comportement, issus des sciences de la pensée, qui font place aux lois de nécessité naturelle et de causalité déterminante. À la fiction juridique d'un individu capable de faire des choix en toute connaissance de cause et de s'engager librement, s'oppose sur bien des points le sujet des lois scientifiques, qui est plus ou moins déterminé par sa biologie. »

⁸³ P. LARRIEU, préc., note 2, p. 142.

de la volonté des parties au contrat? Ce serait nier l'hétéronomie intrinsèque au processus. Et céder trop rapidement aux chants des sirènes de l'automatisation des contrats⁸⁴. Ici aussi, la simulation nous permet de prendre une distance réflexive sur la part de liberté et de servitude dans le processus contractuel. À ce titre, toujours selon Larrieu :

Il n'en demeure pas moins que le droit continue de s'attacher à cette fiction, et cela, parce qu'elle est constitutive de l'humain. À aucun moment cependant, il n'en est fait une vérité absolue. Car, le libre-arbitre, la liberté du vouloir, relèvent sans doute plus de l'acquis que du donné. Reconnaître l'existence et la puissance de certains déterminants est probablement le seul moyen de s'en libérer. À l'inverse, la négation de cette part résiduelle, de cette non-volonté en lui, livrent entièrement l'individu aux caprices de l'irrationnel, sous couvert d'une pseudo-liberté. De là, peut provenir l'illusion : croire que la liberté est totale et donnée *a priori*, alors qu'elle demande en réalité un important travail de libération. De là, résulte aussi l'effet pervers : une liberté qui se prend elle-même pour fin ultime ne fait rien d'autre que s'aliéner jusqu'à se détruire, et se renverser en son contraire : la servitude. La religion de la liberté est tout simplement asservissante, parce qu'en refusant de se reconnaître liée, elle participe à la négation de ce qui fait la noblesse de l'esprit humain, à savoir la lucidité. Dès lors, le paradoxe actuel est celui d'une société qui fait l'apologie de l'autonomie, alors que l'individu ne peut être autonome sans hétéronomie.⁸⁵

C'est donc cette hétéronomie que la simulation peut contribuer à faire ressortir, cette *confrontation* sous forme de négociation contractuelle et de contraintes légales. Car à défaut d'apprécier la joute créatrice d'un tel rapport de dissimulation face aux tiers – cette fiction qu'est la simulation –, c'est le danger de l'ignorance du rôle de la volonté qui pointe et qui porte le potentiel d'une servitude contractuelle généralisée. Et tout cela est sans doute à mettre en lien avec la délitation des rapports contractuels, si ce n'est des rapports sociaux. Ce sombre tableau d'une réalité contractuelle se dresse alors que la fiction de la moralité des rapports contractuels s'impose comme un divertissement théorique qui nous est pourtant présenté comme garant de la valeur de nos rapports juridiques. La bienséance contractuelle veille et nous protège de l'asservissement sournois d'un cocon-

⁸⁴ Michal S. GAL et Niva ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309.

⁸⁵ P. LARRIEU, préc., note 2, p. 143.

tractant tout puissant. Mais comme tout divertissement, ce moralisme nous détourne⁸⁶ de l'essentiel :

Le mythe de la libre volonté asservit l'homme aveuglé par l'illusion de l'indépendance. C'est la grosse erreur de notre société moderne qui confond liberté et responsabilité avec absence d'entrave et de réalisation de soi. On ressasse des discours sur la liberté, l'autonomie, mais partout, on ne voit que servitude. L'homme véritablement libre ne nie pas l'interdépendance, il ne prétend pas éliminer le discours de l'*autre*, ce qui est de tout façon impossible. Car, l'autonomie n'est concevable que comme un problème et un rapport social.⁸⁷

Et la simulation permet également d'éclairer la scène sur laquelle la nuance entre le libre-arbitre (illusoire), la volonté contractuelle (mise à mal) et la liberté (surfaite) est complexe, mais fondamentale. Comme le soulignait Simone Goyard-Fabre, à titre de juristes, il est sans doute possible de nous en tirer en nous appuyant exclusivement sur le droit en vigueur, toutefois « l'illusion positiviste est en cela énorme : elle enfonce contradictoirement la pensée du droit dans un anti-juridisme totalement "désenchanté", dont l'indigence, notamment aux yeux d'un philosophe, est consternante. »⁸⁸

Il nous faut donc tenter de moduler, constamment⁸⁹, l'importance des rôles de la volonté et de la liberté contractuelle. Questionner, ajuster et pondérer signifient le contraire de *négliger*, voire écarter. S'interroger sur la pertinence de rappeler le fondement volontariste du contrat implique la reconnaissance de ce dernier. Tout comme Hannah Arendt soulignait qu'il n'y avait d'inhumain que l'humain⁹⁰, il faut sans doute souligner que le non-contrat qu'est la simulation n'existe que parce que le contrat est possible. Ou que l'a-volontarisme à l'intérieur duquel le contrat tend à se déployer

⁸⁶ Au sens étymologique premier – *divertere* – de « détourner », « se séparer ».

⁸⁷ P. LARRIEU, préc., note 2, p. 146.

⁸⁸ Simone GOYARD-FABRE, *La textualité du droit, Étude formelle et enquête transcendante*, Paris, Cerf, 2012, p. 303.

⁸⁹ *Id.*, p. 309. Selon Goyard-Fabre, encore : « Le droit s'appuie nécessairement, en toutes ses manifestations, fût-ce dans le non-dit, sur les exigences d'une philosophie : elles lui sont immanentes ; elles inspirent les décisions institutionnelles ; elles orientent sa textualisation ; elles sont le support de sa mise en œuvre. Elles sont l'indication, en tous ses domaines, de la capacité d'ouverture et d'espérance qui le caractérise. Les certitudes du positivisme, en leur stricte prétention scientifique, balayent toute possibilité de questionnement. Elles enferment le droit dans une impasse où l'interrogation – dont nous avons vu qu'elle commande, dans le jeu sans cesse recommencé de questions et de réponses qui soulèvent d'autres questions – ne trouve jamais place. »

⁹⁰ Hannah ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, 1963.

– contractualisme via l'adhésion contractuelle oblige – n'a de sens qu'en raison même de la reconnaissance du rôle de la volonté dans le contrat. À titre de *fiction dans la fiction*, la simulation est très révélatrice: n'existant que par une forte rencontre de volontés, volontés émanant de parties peu soucieuses de *sincérité*, elle devient une caricature du lien contractuel de droit civil contemporain⁹¹.

L'apparence qu'est le mensonge des parties à la simulation – le *contrat fictif* des simulateurs – se distingue de la fiction du contrat en général dans la mesure où « [c]ontrairement à l'apparence, il faut bien voir qu'en pareil cas la fiction contrevient moins à la réalité matérielle qu'à la réalité juridique car elle a pour objet premier une application volontairement fautive de la règle de droit; ce qui revient à dire qu'elle emporte violation de la réalité juridique »⁹². Ainsi en est-il du contrat au sens large, qui serait une fiction car ne répondant qu'exceptionnellement à la règle juridique d'une rencontre de volonté exprimée par des consentements libres et éclairés de la part des deux parties, et de la simulation qui est une fiction au sens de l'apparence. Le contrat apparaît aujourd'hui plus que jamais telle une fiction au sens également où « un concept est mis en œuvre alors que fait défaut un élément nécessaire à son application »⁹³. C'est d'ailleurs ce que ne manquait pas de souligner avec finesse Louise Rolland :

Quand l'on juge que les règles de droit, celles qui déterminent impérativement les rapports privés ne répondent plus aux besoins, ne reflètent plus les valeurs sociales dominantes, l'on pousse le droit à se transformer: par messages directs d'abord et en cas d'échec par voies détournées, dont la simulation.⁹⁴

Le contrat contemporain est donc indubitablement une fiction, cette dernière se caractérisant « toujours par une dénégation ou une dénatura-tion de la réalité: constitue une fiction toute solution de droit contraire à la réalité »⁹⁵. Le contrat dépourvu de la cause subjective, le droit déshumanisé

⁹¹ À moins qu'il ne s'agisse aussi d'une transposition de la transgression que faisait Sade et que Simone de Beauvoir décrivait ainsi: « il faut situer Sade dans la grande famille de ceux qui, par-delà la banalité de la vie quotidienne, veulent conquérir une vérité immanente à ce monde. Dans cette perspective, le crime lui apparaît comme un devoir: dans une société criminelle, il faut être criminel. », SIMONE DE BEAUVOIR, *Faut-il brûler Sade?*, Paris, Gallimard, 2011.

⁹² G. WICKER, préc., note 19, à la p. 718.

⁹³ *Id.*, à la p. 719.

⁹⁴ L. ROLLAND, préc., note 5, à la p. 111.

⁹⁵ G. WICKER, préc., note 19, à la p. 717.

par la prolifération des personnes morales, l'engagement a-volontariste, font que le contrat est devenu une *valeur-signe*. Et selon cette perspective, la simulation, loin elle d'être une fiction, serait une *hyperréalité* au sens de Baudrillard, entendue donc comme la simulation de quelque chose qui n'a jamais, ou si peu, réellement existé. Un *faux véritable*? La simulation est le contrat plus contractuel que le contrat lui-même, puisque « la copie et la reproduction excipent du “contrat mimétique”, que le “contrat mimétique” implique la ressemblance, et que la ressemblance suppose la reconduction d'un modèle »⁹⁶. Ainsi, dans une perspective *lacanienne*, la simulation de l'article 1451 C.c.Q. nous ramène à la force du symbole négligé de la volonté contractuelle⁹⁷ pour cette fiction que demeure (doit demeurer?) le contrat de droit civil.

Ce texte n'est pas le premier à mettre ce décalage en évidence (à moins qu'il ne s'agisse plutôt de mettre une évidence en décalage...?). Alors qu'elle s'intéressait déjà au sujet, Louise Rolland indiquait il y a plus de 20 ans :

Dans le monde contractuel, le droit a une double mission : d'imposer et de proposer des normes, donc d'encadrer les comportements qu'il jugerait déviants et de répondre aux attentes légitimes de la communauté. [...] On le fait, au nom de la sécurité mais au prix de contorsions, voire de fictions et de mythes, au prix d'irréalismes sclérosants. De tels moyens dénie la fin.⁹⁸

Ne reste, il va sans dire, qu'à établir ce que sont les comportements « déviants » et les « attentes légitimes de la communauté ». Je crois que c'est en bonne partie à cela que l'étude des institutions comme la simulation est utile aux juristes : elle a pour fonction intrinsèque, à titre d'exception confirmant ou déformant la règle, de forcer la remise en question de cette dernière.

*
* * *

⁹⁶ J. MONNIER-RABALL, préc., note 1, p. 366.

⁹⁷ Emmanuel JEULAND, *Théorie relationniste du droit, De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 93 : « Une fiction qui est faite sous la forme d'une série de signifiants montre, plus clairement qu'une non-fiction, la nécessité du symbolique ».

⁹⁸ L. ROLLAND, préc., note 46, 951.

*Bref, si la nature du contrat ne fait pas de doute, c'est son espèce qui suscite bien plus qu'une simple suspicion. Semblable marché doit faire une dupe au moins : celui qui entre dans le contrat comme on entre en religion, et qui croit dur comme fer à l'or étalon, et dont la foi est telle qu'il se trouve dans l'incapacité de mesurer l'étendue du sacrifice qu'il consent à un partenaire, qui n'en consent point. Les dés sont pipés, car le partenaire, en l'occurrence, est bien plus qu'un individu, bien plus qu'un parti, bien plus que l'État et la société tout entière... ce partenaire insidieux, c'est le système lui-même, invisible, caché, dissimulé, puisqu'il est dans sa nature même d'être, mieux qu'une machine, mieux encore qu'un rôle ou une fonction, un état plus ou moins visqueux, une sorte de lubrifiant qui baigne tous les rouages...*⁹⁹

Entre le contrat fictif qu'est la simulation et la fiction juridique que devient le contrat, le lien serait-il à rechercher dans la sécurité des transactions? Louise Rolland énonce qu'en « droit privé, les fictions, assimilées à la simulation, ont plus souvent servi la sécurité des rapports juridiques en favorisant l'exécution des obligations »¹⁰⁰. Ainsi, et en définitive, la simulation, cette fiction « qui transforme l'apparence en réalité – le mensonge en vérité – , se justifie tant par la protection des tiers de bonne foi que par la stabilité contractuelle »¹⁰¹. Stabilité contractuelle qui n'a sans doute pas en réalité l'importance que lui accorde la rhétorique juridique, à tout le moins pour celles et ceux qui *adhèrent* à la majorité des contrats. Il nous faudrait par ailleurs nous demander si cette stabilité n'est pas elle-même de l'ordre du mythe – ou de la fiction. Alors que les exceptions se multiplient¹⁰² dans notre société néolibérale occidentale, elles sont tout autant nombreuses dans des civilisations qui ne perçoivent pas avec la même évidence cette idée de stabilité des contrats et qui ne lui accordent pas la même importance¹⁰³.

Qui plus est, je dois reconnaître que ce texte ne cherche pas à valoriser cette *stabilité*. Au contraire, que d'incertitudes, que de questions sans réponse

⁹⁹ J. MONNIER-RABALL, préc., note 1, p. 29.

¹⁰⁰ L. ROLLAND, préc., note 5, à la p. 115.

¹⁰¹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, par. 1793, p. 1008.

¹⁰² À commencer par la résiliation en matière de contrat de service ou d'entreprise de l'article 2125 C.c.Q.

¹⁰³ Voir Éric FOKOU et André BÉLANGER, « Dialogue entre le droit civil des contrats et un droit traditionnel africain : Essai sur le Nsountee dans la communauté Ngombale de l'Ouest-Cameroun » (à paraître).

et de vagues propos, ne manqueront pas de me reprocher les juristes sérieux. Je répondrai – esquivrai – ainsi : « L'inconfort de l'incertain n'est-il pas justement le prix à payer de la liberté humaine ? »¹⁰⁴ En tout état de cause, assumer le constat d'une fiction généralisée qu'est plus que jamais le contrat contemporain nous permettrait d'affronter cette réalité, d'y réfléchir et de déterminer en pleine conscience juridique s'il faut ou non intervenir pour ajuster notre discours, nos enseignements et nos services professionnels. À moins de poursuivre dans l'indifférence et notre confort épistémologique de manière à nous contenter de déceler dans le contrat, à titre de fiction, ce qui « manifeste les limites de la rationalité dans la conception et l'application du droit »¹⁰⁵.

En termes de politique économique, l'opposition entre la simulation de l'article 1451 C.c.Q. et la théorie générale du contrat volontariste réaffirmée aux articles 1378, 1385 et 1398 C.c.Q., se résume sans doute à celle existant entre ce qui était le nouveau libéralisme, ce qu'est le néolibéralisme¹⁰⁶ et ce que deviendra le libéralisme contractuel. Plus précisément, le *détour* vers l'institution néolibérale qu'est la simulation (laisser-faire, libre négociation entre égaux, force du marché) tend à nous ramener vers celle d'un contrat ancré dans un nouveau libéralisme, plus sensible aux bénéfices du contrôle des échanges et davantage prompt à reconnaître l'inégalité intrinsèque au processus contractuel généralisé. Ce détour vers cette fiction dans la fiction qu'est la simulation signifie :

que l'étude des fictions doit être conçue comme le moyen d'un approfondissement de l'analyse juridique en vue de leur intégration dans la construction du droit. Dans cette perspective, [...] elles impliquent un renouvellement de

¹⁰⁴ P. LARRIEU, préc., note 2, p. 183.

¹⁰⁵ G. WICKER, préc., note 19, à la p. 716.

¹⁰⁶ Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *La nouvelle raison du monde, Essai sur la société néolibérale*, Paris, La Découverte, 2010, p. 153 : « La distinction des noms, “nouveau libéralisme” et “néolibéralisme”, aussi discrète soit-elle en apparence, traduit une opposition qui n'est pas aperçue d'un coup, parfois même pour ceux qui ont été des acteurs de ces formes de rénovation de l'art du gouvernement. Le “nouveau libéralisme”, dont l'une des expressions tardives et les plus élaborées sur le plan de la théorie économique a été celle de J.M. Keynes, a consisté à réexaminer l'ensemble des moyens juridiques, moraux, politiques, économiques, sociaux permettant de réaliser une “société de liberté individuelle” profitant à tous. [...] Le “néolibéralisme” vient plus tard. Il apparaît à certains égards comme une décantation du “nouveau libéralisme” et à d'autres comme une alternative aux types d'intervention économique et du réformisme social prônés par le “nouveau libéralisme”. »

la systématisation du droit et des concepts qui y concourent; et ce renouvellement peut déboucher soit sur la redéfinition, totale ou partielle, d'un concept ou des relations qui l'unissent à d'autres, soit sur l'introduction de concepts nouveaux.¹⁰⁷

Par la fiction, le droit relie l'avenir au passé¹⁰⁸. Est-ce à dire que le législateur, à l'aide de la simulation comme simulacre reconnu et légitimé dans cette boucle juridique ne pouvant avoir ni début ni fin tant l'idée même d'un « contrat » est universelle et intemporelle, nous ramène, obsédés que nous sommes par cet avenir technologique qui nous sidère, à cette force libertaire qu'est la volonté partagée? Est-ce rêver que d'y croire? Est-ce fictif? À tout le moins, on me pardonnera de ne pas dissimuler mon plaisir juridique de l'envisager. Simulacre premier et dernier tout à la fois: la preuve de la réalité du contrat par la contre-lettre de la simulation.

¹⁰⁷ G. WICKER, préc., note 19, à la p. 720.

¹⁰⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil: Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le Couple*, 1^{re} éd., t. 1, coll. Quadrige, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, n° 25.