

Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles

Élise Charpentier

Volume 45, Number 1, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043784ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043784ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

From the viewpoint of an historical analysis, this paper surveys how the role played by the equilibrium of contractual obligations has evolved considerably over the centuries. Under the successive influences of classical natural law, voluntarism, and the theory of the autonomy of the will, the role played by the equilibrium of obligations has become decreasingly important.

From the stance of classical natural law, the contract was conceived as being an "exchange" of things of equal value. The equilibrium of obligations then played an essential role because it formed a part of the very essence of the contract. Driven by voluntarism, the contract is seen as a legal act resulting from the meeting of the minds. The will then replaces the equilibrium of obligations as the essential element in the contract and the equilibrium henceforth is to be found in consent, where an absence of equilibrium is deemed to be the sign of a vitiated consent. Lastly, under the influence of the basic premise stating the equality of parties brought to the fore by the theory of the autonomy of the will, the sanction of this vitiated consent becomes exceptional.

Cite this article

Charpentier, É. (2004). Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles. *Les Cahiers de droit*, 45(1), 69–91. <https://doi.org/10.7202/043784ar>

Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles

Élise CHARPENTIER*

L'analyse historique révèle que le rôle de l'équilibre des prestations contractuelles a beaucoup évolué au cours des siècles. Cette évolution est intimement liée à la conception que l'on s'est fait du contrat. Sous l'influence successive du droit naturel classique, du volontarisme, puis de la théorie de l'autonomie de la volonté, le rôle de l'équilibre des prestations est devenu de moins en moins important.

Dans la perspective du droit naturel classique, le contrat était conçu comme un « échange » de choses de même valeur. L'équilibre des prestations jouait alors un rôle essentiel, puisqu'il faisait partie de l'essence du contrat. Avec le volontarisme, le contrat est conçu comme un acte juridique résultant d'un accord de volontés. La volonté remplace l'équilibre des prestations comme élément essentiel du contrat et l'équilibre se manifeste dorénavant à travers le consentement, le déséquilibre étant la marque d'un vice du consentement. Enfin, sous l'influence du postulat de l'égalité des parties mis de l'avant par la théorie de l'autonomie de la volonté, la sanction de ce vice du consentement devient exceptionnelle.

From the viewpoint of an historical analysis, this paper surveys how the role played by the equilibrium of contractual obligations has evolved considerably over the centuries. Under the successive influences of clas-

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteure remercie les professeurs Paul-André Crépeau et Michel Morin pour leurs commentaires et suggestions.

sical natural law, voluntarism, and the theory of the autonomy of the will, the role played by the equilibrium of obligations has become decreasingly important.

From the stance of classical natural law, the contract was conceived as being an “exchange” of things of equal value. The equilibrium of obligations then played an essential role because it formed a part of the very essence of the contract. Driven by voluntarism, the contract is seen as a legal act resulting from the meeting of the minds. The will then replaces the equilibrium of obligations as the essential element in the contract and the equilibrium henceforth is to be found in consent, where an absence of equilibrium is deemed to be the sign of a vitiated consent. Lastly, under the influence of the basic premise stating the equality of parties brought to the fore by the theory of the autonomy of the will, the sanction of this vitiated consent becomes exceptional.

	<i>Pages</i>
1 Le contrat conçu objectivement et l'équilibre des prestations	71
1.1 L'influence de la justice commutative	72
1.2 L'apport de l'École du droit naturel moderne	76
2 Le contrat conçu subjectivement et l'équilibre des prestations	79
2.1 Le déséquilibre comme symptôme d'un vice du consentement	80
2.2 Le rétrécissement du rôle de l'équilibre des prestations	86
Conclusion	90

Les auteurs qui s'intéressent à la lésion décrivent parfois l'évolution qu'elle a subie au cours des siècles. Il est toutefois possible d'aller un peu plus loin et de tenter d'expliquer cette évolution par une analyse des différentes conceptions du contrat qui ont marqué les systèmes de tradition romano-germanique¹. L'évolution du rôle de l'équilibre des prestations au cours des siècles est en effet intimement liée à la conception que l'on s'est faite du contrat.

1. Tout au long de ce texte, nous utiliserons généralement l'expression « équilibre des prestations », car cette expression n'est pas technique et elle peut englober des notions comme la lésion, l'égalité, le juste prix qui jouent toutes un rôle dans l'atteinte d'une certaine justice contractuelle.

Traditionnellement, l'équilibre des prestations était une notion qui faisait partie de la définition même du contrat : ce dernier était conçu comme un acte juridique permettant un « échange » de choses de même valeur. De l'Antiquité au Moyen-Âge, plusieurs penseurs ont adopté une conception du contrat où le respect de l'équilibre dépendait uniquement de l'évaluation des prestations, de l'examen d'un « objet », soit le contrat lui-même. Cette conception du contrat peut être qualifiée d'objective dans la mesure où le contrat est défini à partir de sa fonction et non à partir des volontés qui lui ont donné naissance.

Puis avec le volontarisme, on observe une redéfinition de la conception du contrat : celui-ci est dorénavant conçu comme un acte juridique résultant d'un accord de volontés. Cette conception du contrat peut être qualifiée de subjective, car elle est fondée sur l'événement qui donne naissance au contrat, c'est-à-dire la rencontre des volontés. L'équilibre des prestations se manifeste alors essentiellement à travers la notion de lésion. La notion d'équilibre, devenue la lésion, est un élément subjectif du contrat dans la mesure où elle est rattachée au consentement. Dans ce contexte, la volonté — le consentement — prend une importance considérable, tandis que l'équilibre des prestations est relégué au second plan : le déséquilibre n'est plus un vice du contrat, mais devient la marque d'un vice du consentement. Le caractère subjectif renvoie ici à l'idée que ce ne sont pas les prestations du contrat qui sont d'abord évaluées, mais bien le sujet, le consentement de la personne qui a contracté.

Ces conceptions du contrat sont bien différentes, mais l'une et l'autre reflètent une certaine conception de la justice contractuelle. Ainsi, les conceptions objective et subjective du contrat peuvent, toutes deux, fonder la sanction du déséquilibre des prestations contractuelles. Le droit peut, en effet, poser l'exigence de l'équilibre des prestations et sanctionner les déséquilibres en fondant cette sanction sur l'idée qu'un contrat doit nécessairement être équilibré (1) ou sur l'idée que le déséquilibre est le résultat d'un consentement vicié (2).

1 Le contrat conçu objectivement et l'équilibre des prestations

S'appuyant sur les idées développées par Aristote, le contrat a d'abord été conçu comme un acte de bienfaisance ou un acte de justice commutative². Les actes de bienfaisance avaient pour finalité d'enrichir l'une des parties : l'équilibre n'y jouait donc aucun rôle. En revanche, les actes de

2. Voir : J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

justice commutative avaient pour finalité l'échange de choses qui devaient, en principe, avoir la même valeur³. L'équilibre des prestations tenait donc un rôle essentiel dans les actes de justice commutative puisqu'il était une condition de la validité du contrat, celui-ci devant respecter sa finalité pour exister (1.1). Jusque-là, l'exigence d'équilibre participait à la définition même du contrat : un contrat déséquilibré n'était pas un contrat ou, inversement, un contrat était nécessairement équilibré, l'équilibre faisant en quelque sorte partie de l'essence du contrat.

Cette conception, inspirée des travaux d'Aristote, a marqué les penseurs de l'Antiquité et du Moyen-Âge. Ce n'est qu'au XVII^e siècle que l'École du droit naturel moderne a jeté les bases d'une nouvelle conception du contrat. Le caractère volontariste de cette conception inaugure alors une redéfinition du contrat et, conséquemment, une transformation du rôle de l'équilibre des prestations (1.2).

1.1 L'influence de la justice commutative

C'est dans l'*Étique de Nicomaque* que se trouve la doctrine aristotélienne de la justice. Pour la comprendre, il faut en saisir la première idée, à savoir que la justice se manifeste dans les rapports de l'homme à autrui : « La justice [...] est une vertu complète, non en soi, mais par rapport à autrui. Aussi, souvent, la justice semble-t-elle la plus importante des vertus et plus admirable même que l'étoile du soir et que celle du matin⁴. » Cette vertu est l'âme et l'essence du droit : elle s'accomplit par le respect de la loi et de l'égalité⁵. Elle inspire ce qu'Aristote nomme la « justice particulière », celle d'où découle le droit⁶. La justice particulière comporte deux aspects complémentaires : la justice distributive et la justice commutative.

C'est le second aspect de la justice qui retient le plus notre attention ici, mais nous ne saurions passer sous silence la notion de justice distributive, qui joue un rôle fondamental dans la conception qu'Aristote se faisait de la justice. La justice commutative suppose en effet la justice distributive. Elle ne peut donc pas être comprise indépendamment de la justice distributive, « dont elle n'était à l'origine qu'un prolongement⁷ ». La justice

3. Voir : ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, Livre V, ch. IV, n° 15, p. 146. Dans cette perspective, les contrats que nous qualifions aujourd'hui d'onéreux seraient considérés comme des actes de justice commutative.

4. *Id.*, n° 15, p. 125.

5. *Id.*, n° 8, p. 124 ; M. VILLEY, « Abrégé du droit naturel classique », dans M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 109, à la page 116.

6. Voir : ARISTOTE, *op. cit.*, note 3, n° 12, p. 128.

7. M. VILLEY, *loc. cit.*, note 5, 120.

distributive, pour sa part, s'attache à la répartition des richesses, des honneurs et des charges en fonction d'une égalité dite proportionnelle : « elle cherche donc à déterminer un *rapport*, le rapport convenable entre des *choses* distribuées entre des *personnes*⁸ ». La justice commutative, quant à elle, a pour fonction de préserver la distribution harmonieuse des biens obtenue conformément aux principes de l'égalité proportionnelle de la justice distributive. Lorsque l'égalité proportionnelle est bouleversée, elle doit être rétablie. Ces bouleversements résultent des déplacements de biens (*synallagma*)⁹. Enfin, la justice commutative veille à ce que ces déplacements s'accomplissent dans le respect de l'équilibre¹⁰. En cas de déséquilibre, il s'agit, à partir d'une égalité arithmétique, de rétablir la consistance des patrimoines : il faut remettre à celui qui a été destitué la valeur de ce qu'il a perdu.

L'objet de la justice commutative est donc le respect de l'équilibre dans les *synallagma*. Ces derniers peuvent être involontaires ou volontaires¹¹. Aristote donne les exemples suivants de *synallagma* volontaires : la vente, l'achat, le prêt à intérêt, la caution, la location, le dépôt et le salaire¹². Ces *synallagma* sont qualifiés de volontaires « parce que leur principe est librement consenti¹³ ». Ayant d'abord pour objet de réaliser un échange, le contrat est soumis au respect de la justice commutative, d'un certain équilibre : « le juste dans les contrats consiste en une certaine égalité, l'injuste en une certaine inégalité¹⁴ ». C'est pourquoi il est possible de dire du contrat qu'il sert à échanger des choses de même valeur¹⁵.

Les notions de justice distributive et de justice commutative ont été reprises par Thomas d'Aquin qui les a décrites en des termes analogues à

8. *Id.*, 119.

9. Bien que dans sa traduction d'Aristote, *op. cit.*, note 3, J. Voliquin emploie le terme « contrat », nous lui préférons « synallagma », puisque ce concept n'a pas le caractère technique du terme « contrat » et qu'il semble mieux correspondre à la notion développée par Aristote, selon M. VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », (1968) 13 *A.P.D.* 1.

10. Voir : M. VILLEY, *loc. cit.*, note 9, 6.

11. Par exemple, le vol et la diffamation sont des *synallagma* involontaires ; voir : ARISTOTE, *op. cit.*, note 3, n° 13, p. 128.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.* Il ne faudrait pas, toutefois, surestimer l'importance de la volonté dans ces *synallagma*, puisqu'Aristote « mentionne à peine leur origine volontaire, comme en passant, pour expliquer leur qualificatif de « volontaires » » : C. DESPOTOPOULOS, « La notion de synallagma chez Aristote », (1968) 13 *A.P.D.* 115, 122.

14. ARISTOTE, *op. cit.*, note 3, n° 3, p. 130.

15. Voir : M. VILLEY, *Philosophie du droit*, t. 1, Paris, Dalloz, 1986, p. 72.

ceux qui se trouvent chez Aristote¹⁶. Thomas d'Aquin — comme ses successeurs — définissait les échanges à partir de l'idée de justice, mais il précisait que « si la chose est transférée à titre gratuit, comme dans la donation, cette transmission n'est pas un acte de justice, mais un acte de libéralité¹⁷ ». La distinction entre les actes de justice commutative et les libéralités ne semble pas, à première vue, porteuse de conséquences. Son intérêt est pourtant considérable puisqu'elle a inspiré une classification des contrats qui opère en fonction de leur finalité particulière : les actes de bienfaisance destinés à enrichir l'une des parties et les actes de justice commutative permettant les échanges dans le respect d'un certain équilibre¹⁸. L'idée selon laquelle l'égalité de l'échange doit être préservée s'appuie sur cette distinction, le défaut d'égalité dans un acte de justice commutative ne pouvant pas être assimilé à une libéralité. Les actes de justice commutative existent dans l'intérêt commun, afin que puissent être échangées les choses. Or, comme le soulignait Thomas d'Aquin, « ce qui est institué pour l'intérêt commun ne doit pas être plus onéreux à l'un qu'à l'autre¹⁹ ».

Les penseurs qui ont affirmé le rôle de l'équilibre dans le contrat se sont également appliqués à illustrer quelles pouvaient être les situations où l'équilibre faisait défaut, particulièrement à l'aide de la notion de juste prix²⁰. Ainsi, les observations de Thomas d'Aquin sur le juste prix s'inspirent de la notion de justice commutative développée par Aristote²¹. Le juste

16. Voir : THOMAS D'AQUIN (SAINT), *Somme théologique*, t. 1 ; « La justice », traduction de M.S. Gillet, Paris, Société Saint Jean l'Évangéliste, 1948, quest. 58, p. 30 et suiv., quest 61, p. 128 et suiv. Voir aussi : J. GORDLEY, *op. cit.*, note 2.

17. THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, note 16, quest. 61, a. 3, p. 143.

18. *Id.*, quest. 61, a. 3, p. 144 : « In omnibus autem hujusmodi actionibus, sive voluntariis sive involuntariis, est eadem ratio accipiendi medium secundum aequalitatem recompensationis. Et ideo omnes istae actiones ad unam speciem justitiae pertinent, scilicet ad commutativam » (« Dans tous les actes de cette sorte, volontaires ou involontaires, le juste milieu se détermine de la même manière : l'égalité de la compensation ; c'est pourquoi toutes ces actions relèvent d'une seule sorte de justice : la justice commutative »). Voir aussi : J. GORDLEY, *op. cit.*, note 2, p. 13.

19. THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, note 16, quest. 77, a. 1, p. 182.

20. À ce sujet, les références sont multiples : Platon, Aristote, les Pères de l'Église et Thomas d'Aquin ont tous souligné l'importance du respect du juste prix ; voir : S.T. LOWRY, *The Archaeology of Economic Ideas : The Classical Greek Tradition*, Durham, Duke University Press, 1987.

21. Thomas d'Aquin aborde les péchés de l'injustice, plus particulièrement de la fraude commerciale, lorsqu'il décrit les péchés commis dans les échanges volontaires, particulièrement l'usure dans les prêts et la fraude dans les achats et les ventes, dont les principales manifestations étaient la vente à un prix injuste et celle d'une chose viciée. À ce sujet, voir : M. GRICE-HUTCHINSON, *Early Economic Thought in Spain 1177-1740*, Londres,

prix a pour objet l'égalité arithmétique que la justice commutative veut faire respecter. Dans cet esprit, il est inconcevable que l'exploitation de son prochain par l'imposition d'un prix injuste, par exemple, soit admissible.

Pour comprendre la notion de juste prix, il convient de mettre en rapport avec celle de justice distributive, où la valeur d'une chose est objective dans la mesure où elle ne dépend pas des préférences individuelles ou subjectives. Elle exprime plutôt « des rapports que les hommes entretiennent avec les objets qu'ils vont échanger et non en fonction des caractéristiques intrinsèques de ceux-ci, éventuellement rapportées les unes aux autres²² ». Thomas d'Aquin précisait en effet que « la valeur est objective, attachée à l'objet lui-même, indépendante de la volonté de l'acheteur ou du vendeur ; par la suite il y a un prix juste qu'il sera possible de déterminer avec plus ou moins de précision pour chaque objet²³ ». Les choses ont donc une valeur objective qui existe en dehors des goûts, des penchants et des passions humaines. Notons que l'idée de préférence subjective est absente de tous les critères proposés, ceux-ci devant tous correspondre à « une norme sociale dont la validité fait l'objet d'un consensus, et qui traduit au niveau de tous les biens échangeables les exigences de la société dans son ensemble — la félicité publique et non le bonheur individuel²⁴ ».

Les penseurs de la Scolastique espagnole²⁵ ont articulé une autre conception du juste prix. Pour eux, celui-ci est déterminé en tenant aussi compte d'un nouvel élément : le nombre d'acheteurs et de vendeurs, on

Allen & Unwin, 1978 ; J.A. WIDOW, « The Economic Teachings of Spanish Scholastics », Kevin White (dir.), *Studies in Philosophy and the History of Philosophy*, t. 29 : « Hispanic Philosophy in the Age of Discovery », Washington, The Catholic University of America Press, 1997, p. 130 ; L. COULAZOU, *L'injustice usuraire en face du droit canonique et du droit séculier*, Montpellier, Imprimerie Firmin et Montagne, 1920 ; B.W. DEMPSEY, *Interest and Usury*, Londres, D. Dobson, 1948 ; M. LE GOFF, *Du Moulin et le prêt à intérêt, Le légiste, Son influence*, Genève, Mégariotis Reprints, 1905 ; B. SCHNAPPER, « La répression de l'usure et l'évolution économique (XII-XVIème siècles) », (1969) 37 *R.H.D.* 47.

22. A. BÉRAUD et G. FACCARELLO (dir.), *Nouvelle histoire de la pensée économique*, t. 1 : « Des scolastiques aux classiques », Paris, La Découverte, 1992, p. 33.

23. THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, note 16, notes explicatives, quest. 77, a. 3, p. 323.

24. A. BÉRAUD et G. FACCARELLO, *op. cit.*, note 22, p. 34.

25. La seconde Scolastique, ou la Scolastique espagnole, désigne habituellement un mouvement lancé à Bologne au XVII^e siècle par des penseurs comme Soto, Suarez, Molina, Lessius ; sur son rôle dans la formation du droit privé moderne, voir : P. GROSSI (dir.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè Editore, 1972.

dirait aujourd'hui « l'offre et la demande », ou le marché²⁶. Si l'idée qu'il existe un juste prix pour les choses demeure présente, l'évaluation de celui-ci reflète toutefois un changement remarquable d'orientation. Il s'agit dorénavant d'établir le juste prix sans pour autant reconnaître une valeur intrinsèque aux choses, mais plutôt en tenant donc compte du « marché » et, conséquemment, du désir que les hommes peuvent en avoir.

La notion de juste prix illustre l'importance accordée à l'équilibre des prestations qui demeurera un sujet de préoccupation constante même chez les jus naturalistes modernes, bien que son expression ait été transformée par les idées proposées par ces derniers.

1.2 L'apport de l'École du droit naturel moderne

Les travaux des principaux auteurs généralement associés à l'École du droit naturel moderne présentent des conceptions du contrat qui découlent, à quelques détails près, d'une même vision. La présentation de la pensée de Grotius permet d'illustrer cette conception. Le choix de cet auteur procède de deux constatations. D'abord, d'un point de vue chronologique, Grotius est l'un des premiers penseurs associés à l'École du droit naturel moderne ; certains disent même parfois de lui qu'il en est le « fondateur ». Ensuite, sur le plan théorique, l'œuvre de Grotius permet de mettre en évidence l'originalité des principes du droit naturel moderne²⁷.

26. Pour un commentaire et des extraits du texte de SOTO, *De just. et jure*, livre VI, quest. II, art. III, et de MOLINA, *De contractibus*, disp. 348, voir : H. GARNIER, *L'idée du juste prix chez les théologiens et canonistes du Moyen Âge*, thèse, Paris, 1900 [réimpr. : New York, Lenox Hill Pub. (Burt Franklin), 1973], p. 101 et suiv.

27. Nos commentaires ne portent que sur *De jure belli ac pacis*, qui a été publié en 1625. Nous utilisons la traduction de J. Barbeyrac : H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Amsterdam, Chez Pierre de Coup, 1625 [réimpr. : Caen, Publications de l'Université de Caen — Centre de philosophie politique et juridique, 1984]. *Le droit de la guerre et de la paix* n'est pas une œuvre consacrée aux règles de droit privé que Grotius connaissait très bien, tel que le montre son introduction au droit hollandais (*Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, traduction de R.W. LEE : *The Jurisprudence of Holland*, Oxford, Clarendon Press, 1926). Avec *Le droit de la guerre et de la paix*, Grotius élabore des règles destinées à régir les rapports entre les peuples. Il trouve le fondement de ces règles dans la nature, les lois divines, les coutumes et les conventions tacites. Les rapports harmonieux entre les peuples reposent en partie sur le respect des traités auxquels Grotius tente de donner un caractère obligatoire. Pour ce faire, il a recours à la notion de contrat, à l'obligation de tenir ses promesses dont il fait le « nœud de son système » (cette expression est de G. AUGÉ, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », (1968) 13 *A.P.D.* 99, 108). C'est ce qui explique que, bien qu'il soit d'abord consacré au droit international, *Le droit de la guerre et de la paix* comporte d'importants développements relatifs au contrat. Le chapitre consacré au contrat fournit des

Grotius se distingue de ses prédécesseurs en inaugurant une nouvelle conception du contrat fondée sur la volonté des contractants²⁸. La reconnaissance du rôle de la volonté n'impliquait cependant pas la disparition des idées d'équilibre des prestations et de juste prix. Elle marque, néanmoins, une transformation du rôle de ces idées dans la mesure où celles-ci ne participent pas, chez Grotius, à la définition même du contrat, mais contribuent à l'articulation de règles servant à déterminer la validité du contrat. Les penseurs ayant précédé Grotius définissaient le contrat comme un acte commutatif devant respecter un certain équilibre. Contrairement à ceux-ci, Grotius n'a pas recours à la notion d'équilibre entre la valeur des choses et des services que le contrat permet d'échanger. Il définit simplement le contrat comme « tout acte par lequel on procure à autrui quelque utilité ; à la réserve de ceux qui sont purement gratuits²⁹ ». Grotius pose néanmoins l'égalité comme une exigence que le contrat doit respecter. Dans cette perspective, l'équilibre des prestations a un rôle différent de celui qu'il jouait auparavant.

En raison de sa façon d'aborder le sujet, Grotius est amené à préciser la portée de l'exigence d'égalité. Il a alors recours à la notion d'égalité relativement à la chose, qu'il nomme aussi « l'égalité dans l'acte principal du contrat », pour décrire le respect d'un équilibre objectif dans le contrat. Les parties ne doivent, selon le droit naturel, « rien demander au-delà de ce qui est juste et raisonnable³⁰ ». L'égalité doit être respectée dans les contrats qui ont pour objet la réalisation d'un échange de choses ou de services, l'idée d'échange excluant ici toute idée de donation en faveur de l'une des parties. Or, si l'égalité n'est pas respectée scrupuleusement, l'une des parties jouit en quelque sorte d'une donation puisqu'elle reçoit plus que l'exact équivalent de ce qu'elle a donné³¹. Grotius fait reposer cette exigence sur l'idée même qu'il se fait de la justice³².

précisions sur le rôle de l'égalité en matière contractuelle. À la suite de la description des contrats, Grotius s'intéresse aux exigences du droit naturel en matière contractuelle, dont, principalement, l'exigence d'égalité et la restitution pour cause de lésion (H. GROTIUS, précité, II.XII.VIII.1, p. 421).

28. Après avoir rappelé que le droit romain avait prévu que la promesse n'était obligatoire que si elle revêtait une forme particulière, H. GROTIUS, *op. cit.*, note 27, II.XI.IV.3, p. 403, souligne que les exigences du droit naturel sont différentes. Il précise (III.XIX.I.3, p. 932) que le devoir de tenir ses promesses repose sur une communauté de raison entre les hommes.

29. *Id.*, II.XII.VII, p. 421. Remarquons ici que Grotius ne conçoit pas le contrat en termes consensualistes abstraits.

30. *Id.*, II.XII.XI.1, p. 424.

31. *Id.*, II.XII.XI.3, p. 424.

32. *Id.*, II.XII.XI.3, p. 424.

Dans cette perspective, il n'y a aucune limite au respect de l'égalité. Au contraire, cela oblige même les parties à rétablir l'équilibre s'il devait apparaître à la suite de la formation du contrat que celui-ci comporte une inégalité³³. Grotius précise que les prescriptions du droit romain ne sont pas aussi strictes, car les lois civiles ne se préoccupent pas des choses de peu d'importance, d'autant plus que cela pourrait entraîner un trop grand nombre de litiges. La lésion doit alors excéder la moitié du juste prix pour être sanctionnée. Les considérations pratiques ayant entraîné la réduction des exigences de la loi civile sont certes compréhensibles, mais le respect de l'égalité demeure le principe qui, selon Grotius, devrait gouverner la conduite des parties.

L'égalité, même si elle ne fait pas partie de la définition du contrat, se voit donc accorder une importance indéniable. Chez Grotius, comme chez les auteurs qui l'ont précédé, l'existence de contrats consensuels n'avait pas remis en cause la place de l'équilibre dans le contrat, comme le soulignaient Ourliac et de Malafosse, « La promesse ne peut jamais être un « lien d'inéquité » ; le respect des promesses n'est jamais justifié par l'idée que la volonté est une source du droit, mais par l'idée supérieure de bien commun ou de bonne foi³⁴ ».

L'œuvre de Grotius marque un moment important de la transformation de la conception du contrat. Elle comprend à la fois l'affirmation de l'exigence du respect de l'équilibre et l'affirmation du pouvoir de la volonté. Le principe de la force obligatoire des promesses et celui du respect de l'égalité peuvent être conciliés. Ainsi, il est possible de poser le principe selon lequel les promesses doivent être exécutées, mais qu'elles doivent l'être tout en respectant l'égalité ; les parties sont donc tenues à l'exécution, celle-ci ne coïncidant toutefois pas nécessairement avec ce qui avait été promis initialement.

Grotius a néanmoins jeté les bases de la conception volontariste du contrat. Ce n'est, en effet, qu'à partir du moment où le contrat a été conçu comme un acte résultant d'un accord de volontés que l'équilibre va pouvoir cesser de jouer un rôle central dans la conception même du contrat. Cette idée est importante dans la mesure où elle a nourri une conception du contrat où la place de l'équilibre des prestations et celle de la volonté seront inversées : les exigences relatives à l'équilibre tendant à être reléguées sur le plan moral ou dans le domaine non obligatoire du droit naturel, tandis que les principes du droit civil seront construits à partir de la volonté.

33. *Id.*, II.XII.XII.1, p. 424 et 425.

34. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. 1 : « Les obligations », Paris, Thémis, 1961, p. 111.

En limitant son intervention à la lésion d'outre-moitié, le droit civil n'impose pas de manière absolue le respect du juste prix. Toutefois, comme le soulignent les auteurs jusqu'à la Scolastique espagnole, aucun écart n'est toléré par la justice divine, car celui qui profite ainsi de l'autre pêche. De même, l'exigence d'égalité est considérée comme un précepte de droit naturel sur lequel la loi civile n'a aucune influence. Pour le droit naturel classique ou moderne, le respect de l'équilibre demeurerait un principe fondamental et l'exigence d'une lésion d'outre-moitié n'avait été posée qu'en raison de considérations pratiques.

Cette conception du rôle de l'équilibre des prestations ne permet pas d'expliquer les solutions retenues par le droit positif actuel, car la théorie de l'autonomie de la volonté a changé la manière de concevoir le contrat et, conséquemment, le sort réservé aux contrats déséquilibrés.

2 Le contrat conçu subjectivement et l'équilibre des prestations

Depuis au moins un siècle, la conception objective du contrat a cédé la place à une conception subjective du contrat. Ainsi, les fondements du contrat ont été transformés par l'influence conjuguée du volontarisme et de la théorie de l'autonomie de la volonté.

Avec le volontarisme et la théorie de l'autonomie de la volonté, la volonté est la notion à laquelle est accordée la plus grande importance, ce qui a réduit dramatiquement le rôle de l'équilibre des prestations : l'équilibre n'est plus une notion servant à définir le contrat. La principale manifestation de l'importance de l'équilibre se fait à partir de la notion de lésion qui est désormais conçue comme un vice du consentement (2.1)³⁵. D'autres notions — comme la cause, l'objet ou l'ordre public — auraient pu servir à fonder des interventions législatives destinées à faire régner un certain équilibre des prestations. Des auteurs ont d'ailleurs proposé un cadre théorique

35. Certains auteurs estiment toutefois que la reconnaissance de l'erreur, du dol ou de la violence suffisent à assurer l'équilibre des prestations (voir par exemple : P. CHAUVEL, « Erreur substantielle, cause et équilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques », (1990) 12 *Droits* 93 ; F. MAGNIN, « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques, l'abus de situation », *J.C.P.* 1976, I, 2780 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 2^e éd., Paris, Auguste Durand libraire, 1870, p. 180) ou que la lésion est simplement la marque matérielle d'un de ces vices (voir : F. HAYEM, *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris, CERF, 1899, p. 94 ; H. MAZEAUD, « La lésion dans les contrats », *Travaux de l'association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1945, 181, p. 188 ; M.-A. PÉROT-MOREL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris, Dalloz, 1961).

différent où la notion de cause, par exemple, servait de fondement à une théorie du contrat affirmant l'importance du respect de l'équilibre des prestations³⁶. Toutefois, les tentatives en ce sens n'ont eu que peu de succès, la doctrine majoritaire demeurant imprégnée de la théorie de l'autonomie de la volonté. Ainsi, la plupart des auteurs considèrent la lésion comme un vice du consentement et ceux qui proposent de fonder la sanction de la lésion sur autre chose que le consentement font néanmoins le lien entre la lésion et les vices du consentement³⁷.

Postulant l'égalité des parties au contrat, les tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté vont plus loin : ils n'admettent la sanction de la lésion qu'à titre exceptionnel (2.2). Les situations dans lesquelles ils estiment que le législateur doit intervenir sont, en effet, peu nombreuses.

2.1 Le déséquilibre comme symptôme d'un vice du consentement

Avec le volontarisme, les règles relatives au contrat ne sont plus articulées en fonction de l'idée que le contrat est un outil d'échange soumis au respect de certaines exigences relatives à l'équilibre des prestations, mais à partir de la volonté des contractants. La conception subjective du contrat fait de la volonté l'élément central autour duquel s'articulent les règles rela-

36. Voir : P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, Paris, Sirey, 1918 ; J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Paris, Jouve et cie. éditeurs, 1920. Selon Pierre Louis-Lucas, le contrat est fondé sur trois notions essentielles : la volonté, la cause et l'ordre public. La cause dont il est ici question ne correspond pas à la notion de cause qu'on trouve en droit positif, en ce que la cause doit non seulement exister, mais elle doit aussi être suffisante, c'est-à-dire que « le montant de la cause doit être sensiblement égal au montant de l'obligation » (P. Louis Lucas, précité., p. 141). Dans le cas de la lésion et dans celui de l'usure, la cause est donc insuffisante puisque l'obligation est exagérée par rapport à la cause. Cette thèse affirme la nécessité de l'équilibre dans le contrat, mais ses fondements sont directement contredits par le droit positif. L'intérêt de cette thèse est pourtant indéniable, car elle montre que la cause, conçue autrement, aurait pu contribuer à assurer l'équilibre des prestations.

37. Ainsi, le professeur Ghestin traite de la lésion alors qu'il aborde la question de la valeur de l'objet. Il constate toutefois que, en matière de mandat, les tribunaux refusent d'intervenir lorsque la preuve ne révèle pas l'existence d'un vice du consentement. Voir : J. GHESTIN, *Les obligations — Le contrat : formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, nos 566 et suiv., p. 646 et suiv. Voir aussi : J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, Paris, A. Colin, 1988, nos 242 et suiv., p. 192 et suiv. Le professeur Carbonnier considère que la lésion relève de l'ordre public en traitant dans un chapitre consacré à la conformité du contrat avec les exigences sociales, mais il reconnaît aussi qu'elle est un vice du consentement. Voir : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Paris, PUF, 1990, p. 246 et suiv. Voir aussi : G. FARJAT, *L'ordre publique économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, nos 301 et suiv., p. 243 et suiv.

tives au contrat. Les interventions législatives ayant pour objet de rétablir l'équilibre sont fondées sur l'idée qu'un contrat très déséquilibré ne peut pas avoir été réellement voulu. La lésion ne remet pas alors en cause le principe selon lequel le contrat repose sur le consentement des parties : elle est plutôt conçue comme un vice du consentement.

La redéfinition du rôle de l'équilibre des prestations n'est pas un phénomène spontané. Domat et Pothier, de même que le *Code civil* français, se situent à la frontière des conceptions objective et subjective du contrat. Notons que l'expression « vice du consentement » n'est pas employée par Domat ni par Pothier. Ainsi, dans une section intitulée « Des conventions qui sont nulles dans leur origine », Domat traite de la crainte et de l'erreur, de la lésion du mineur et de la violence, puis à la section « De la résolution des conventions qui n'étaient pas nulles », il aborde le dol et la simple lésion (sans dol)³⁸, tandis que Pothier regroupe ses observations relatives à l'erreur, à la violence, au dol et à la lésion sous un seul article intitulé « Des différents vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats³⁹ ». De même, le *Code civil* français n'utilise pas la notion de vice du consentement, mais traite de l'erreur, du dol, de la violence et de la lésion dans la section consacrée au consentement. La seule référence à un vice se trouve à l'article 1118, où il est précisé que la lésion « vicie la convention », non le consentement. Le *Code civil du Bas Canada* présentait un schéma similaire, l'expression « vice du consentement » ne s'y trouvant pas. L'article 988 précisait toutefois ceci : « Le consentement est ou exprès ou implicite. Il est invalidé par les causes énoncées dans la section deuxième de ce chapitre. » Cette section, intitulée « Des causes de nullité des contrats », portait sur l'erreur, le dol, la violence et la lésion. Ainsi, l'expression « vice du consentement » semble bien être l'œuvre de la doctrine postérieure à la codification. Quoi qu'il en soit, avec les codifications, la lésion prend une coloration résolument subjective puisqu'elle est liée au consentement.

38. Voir : J. DOMAT, « Traité des lois », dans J. Rémy (dir.) *Œuvres complètes de J. Domat*, t. 1, Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835, livre I : « Des engagements volontaires et mutuels par les conventions », titre I : « Des conventions en général », sec. V, p. 147-151 et sec. VI, p. 152-154.

39. Voir : R.-J. POTHIER, « Traité des obligations », dans M. BUGNET (dir.), *Œuvres de Pothier*, t. 2, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, première partie : « De ce qui appartient à l'essence des obligations, et de leurs effets », chapitre premier : « De ce qui appartient à l'essence des obligations », section première : « Des contrats », art. III, p. 13.

Suivant en cela le plan proposé par les codes, la majorité des auteurs, tant français⁴⁰ que québécois⁴¹, abordent la lésion à partir d'une conception subjective du contrat, puisqu'ils en traitent au chapitre des vices du consentement, et non dans le contexte de la définition même de ce qu'est un contrat.

Le traitement que reçoit la lésion dans le *Code civil* français a toutefois inspiré des positions doctrinales divergentes chez les auteurs français. Les tenants d'une conception subjective du contrat s'appuient sur la place où figure la règle générale⁴², c'est-à-dire dans la section traitant du consentement, alors que les tenants de la conception objective fondent leur position sur les termes des articles sanctionnant la lésion, où la question du consentement est écartée au profit d'une évaluation de l'équilibre des prestations⁴³. Il ne fait pas de doute que la condition de la sanction de la lésion, en droit français, est objective, mais, comme l'ont souligné les « subjecti-

40. Voir : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, les obligations*, t. 1, t. 2, Paris, Sirey, 1962, nos 155 et suiv., p. 142 et suiv. ; H. MAZEAUD et autres, *Leçons de droit civil*, 7^e éd., t. 2, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1985, p. 197 et suiv. ; A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil, les obligations*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1986, nos 197 et suiv., p. 206 et suiv. Tout en traitant de la lésion dans le contexte des vices du consentement, le professeur MALAURIE précise que la lésion n'est pas un vice, mais une cause de nullité pour certains contrats (voir : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil, Les obligations*, 6^e éd., t. 6, Paris, Cujas, 1995, nos 423 et suiv., p. 246). Voir aussi : P. LOUIS-LUCAS, *Lésion et contrat*, Paris, Sirey, 1926. Dans cet ouvrage, l'auteur revient sur la théorie qu'il avait développée dans sa thèse, où il soutenait que la non-équivalence des prestations équivalait à l'absence de cause. Il expose plutôt ici que la lésion comporte nécessairement un élément subjectif et la rattache aux vices du consentement.

41. Voir : L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 687 et suiv. ; D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit québécois des obligations*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 423 et suiv. ; P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théoret, 1901, p. 242 et suiv. ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 161 et suiv. ; M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 96 et suiv. ; G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 227 et suiv. et p. 246 et suiv. Voir aussi : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 263, p. 239, qui, abordant la question de la lésion dans le contexte des vices du consentement, précisent néanmoins qu'elle « n'est pas un vice du consentement au sens traditionnel du terme. Elle appartient autant à l'étude de la capacité juridique, de la cause des contrats ou de l'objet des contrats. »

42. Art. 1118 du Code civil français (ci-après : C.c.fr.).

43. Art. 887 et 1674 C.c. fr. Voir notamment : M.J. DALEM, *L'extension de la notion de lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaine*, Paris, Les Presses modernes, 1937, p. 170 et suiv. ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 222 et suiv. ; P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, note 40,

vistes », l'intervention demeure fondée sur l'idée que la partie lésée n'a pas véritablement consenti. L'absence de consentement explique d'ailleurs, selon ceux-ci, le déséquilibre contractuel.

Au Québec, la question de la nature de la lésion n'a pas soulevé de polémiques comparables à celles qui ont eu cours en France. Les auteurs, suivant en cela le plan adopté dans le *Code civil du Bas Canada*, l'ont généralement rattachée au consentement. Le Code n'offrait, par ailleurs, pas de véritable occasion à la doctrine de se pencher sur la question, puisque aucune disposition ne prévoyait la sanction de la lésion entre majeurs. Avec l'adoption, en 1964, de la section relative à l'équité dans certains contrats, deux conceptions de l'exigence d'équilibre auraient pourtant pu émerger⁴⁴. L'article 1040c du *Code civil du Bas Canada* aurait pu être interprété, dans le contexte d'une conception objective du contrat, comme une disposition posant l'exigence de l'équilibre des prestations et ayant pour objet de rétablir cet équilibre sans égard à la question de l'intégrité du consentement⁴⁵. À l'opposé, les critères d'application de l'article 1040c auraient très bien pu servir à démontrer que c'est en raison de l'imperfection, de la faiblesse de la volonté du contractant que le législateur avait fondé son intervention⁴⁶. Malheureusement, la doctrine ne s'est pas beaucoup intéressée à cette disposition. Outre une étude particulièrement éclairante⁴⁷, les textes se bornent le plus souvent à analyser, en termes techniques, des questions pratiques entourant son application⁴⁸.

p. 141 ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 203 et suiv. ; M. KLUYSKENS, « La lésion dans les contrats », *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, op. cit., note 35, p. 204.

44. *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, L.Q. 1964, c. 67.

45. L'article 1040c *Code civil du Bas Canada* se lisait comme suit : « Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante. À cette fin, le tribunal doit apprécier toutes les obligations découlant du prêt en regard de la somme effectivement avancée par le prêteur ».

46. C'est surtout en raison de la référence au caractère abusif de l'opération et aux circonstances l'entourant qu'une conception subjective de l'équilibre aurait pu être articulée.

47. Voir : A. MAYRAND, « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », *Lois nouvelles*, Montréal, PUM, 1965, p. 51.

48. Voir, par exemple : P.-É. BLAIN, « Commentaires sur les articles 1040A-1040E du Code civil », (1969) *Meredith Mem. Lec.* 73 ; M. GUY, « De la justice dans les contrats », (1968-1969) 71 *R. du N.* 463 ; A. LAVALLÉE, « En marge du bill 48 », (1963-1964) 66 *R. du N.* 483 ; W.G. MORRIS, « De l'équité dans certains contrats », (1965) 25 *R. du B.* 65.

Par la suite, les travaux de l'Office de révision du Code civil ont été l'occasion de confirmer la tendance subjectiviste. C'est, en effet, dans le contexte des vices du consentement que la question de la lésion y a été abordée. La lésion, telle qu'elle est définie dans le *Projet de Code civil* de l'Office de révision du Code civil et dans le *Code civil du Québec*, repose sur une conception subjective du contrat, mais celle-ci ne s'inscrit pas dans la conception traditionnelle des vices du consentement⁴⁹. En effet, selon l'article 1406 du *Code civil du Québec*, la « lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. » : l'équilibre est donc préservé sur la base de l'exploitation⁵⁰. L'intégration de l'idée d'exploitation dans le concept de lésion transforme celui-ci. Le fondement de la lésion n'est plus alors une simple « présomption » d'absence de consentement qui se manifeste par le déséquilibre des prestations puisque ce déséquilibre est le fait de l'autre contractant, mais la lésion résulte du fait qu'il a exploité son cocontractant⁵¹. Il s'agit dorénavant de sanctionner le comportement de celui à qui profite le contrat et, du coup, de protéger celui qui en souffre. La conception mixte révèle avant tout une idée profondément morale, soit le refus de l'exploitation. En ce sens, la lésion participe davantage de l'idée d'équité que de celle de vice du consentement. C'est bien l'équité, en effet, qui permet au juge de « corriger les conséquences des inéquités les plus graves dans les contrats⁵² ».

Les conceptions objective et subjective du contrat ont toutes deux marqué la conception de la lésion que présente le droit positif québécois : l'organisation du régime contractuel n'est pas fondée exclusivement sur

49. Voir : G. MASSOL, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989. M. Massol, après avoir étudié la place de la lésion dans les vices du consentement, remarquait que, en raison des difficultés liées à cette approche (p. 29), « si la lésion doit prendre en considération un élément subjectif de la personne lésée, cette recherche doit s'effectuer en dehors des cadres traditionnels des vices du consentement » (voir aussi p. 65).

50. L'exploitation, bien qu'elle soit présumée, est en effet le fondement de cette conception de la lésion.

51. Selon le professeur Ghestin, l'exploitation permet « de prendre en considération certaines altérations du consentement qui s'intègrent difficilement dans la définition technique des vices du consentement traditionnels » : J. GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982, p. 291.

52. *Aselford Martin Shopping Centres Ltd. c. A.L. Raymond Ltée*, [1990] R.J.Q. 1971, 1976 (C.S.).

l'une ou l'autre⁵³. D'une part, elle est définie avec les vices du consentement⁵⁴. D'autre part, « on peut prétendre qu'il est contraire à la morale de permettre qu'une personne ait la possibilité, dans une relation contractuelle, de retirer des avantages excessifs, au détriment d'une autre, qui, n'ayant pas su ou pas pu se défendre, a consenti beaucoup pour obtenir peu. [...] La lésion, considérée dans cette optique, repose sur une considération de justice commutative qui doit avoir préséance sur le principe de l'autonomie de la volonté : ce qui a été voulu n'est pas nécessairement juste⁵⁵ ». On peut aussi dire qu'elle s'appuie sur la nécessité de « réprimer les abus de la liberté contractuelle⁵⁶ ». La notion d'exploitation a d'ailleurs amené certains auteurs à considérer que la lésion était fondée sur la faute morale de celui qui exploite ou sur le respect de l'ordre public⁵⁷. Une chose est sûre : tout en demeurant le symbole de la défaillance du consentement, la lésion « [...] se rattache à un principe plus fondamental dont elle n'est qu'une des formes d'expression : la moralité contractuelle⁵⁸ ». Cette idée n'est pas nouvelle. Jusqu'à Pothier, en effet, il n'était que très peu question de l'intégrité du consentement de la personne lésée, mais plutôt de faire

-
53. La dualité de fondements de la sanction du déséquilibre se manifeste également en common law. Dans l'affaire *Norberg c. Wynrib*, le juge Sopinka de la Cour suprême du Canada a souligné que l'iniquité n'est pas nécessairement liée à la question du consentement. « Cet examen de la jurisprudence sur le sujet de l'iniquité ne se veut pas exhaustif. J'ai tout simplement voulu démontrer, premièrement, que le principe de l'iniquité et le principe connexe de l'inégalité du pouvoir de négociation évoluent et ne constituent pas encore un domaine du droit des contrats entièrement établi et, deuxièmement, qu'il existe de nombreuses opinions judiciaires qui établissent expressément une distinction entre l'iniquité et la question du consentement ou qui analysent l'opération contestée d'une manière qui détourne l'attention de la question de savoir si une partie a effectivement convenu ou consenti à une modalité particulière » : *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, 309. Voir aussi : M. CUMYN, « La formation du contrat sous l'éclairage du droit comparé : vers une remise en question de la notion de « vice du consentement » », (1998-1999) *Meredith Mem. Lec.* 289.
54. L'article 1406 C.c.Q. fait partie du livre 5 : « Des obligations », titre 1 : « Des obligations en général », chapitre 2 : — « Du contrat », section III : « De la formation du contrat », §1 : « Des conditions de formation du contrat », II : « Du consentement », 3 : « Des qualités et des vices du consentement ».
55. J. PINEAU et D. BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 120.
56. P.-A. CRÉPEAU, « Les principes directeurs de la réforme du louage de choses », (1974) *Meredith Mem. Lec.* 9, 18.
57. Voir : G. MASSOL, *op. cit.*, note 49, p. 130 et suiv. ; É. DEMONTÈS, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse, Paris, Université de Paris, 1924 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949.
58. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 41, n° 263, p. 239, et n° 267, p. 243.

respecter l'équité ou de sanctionner la faute de celui qui profitait du contrat lésionnaire. Il s'agissait de poser un jugement de valeur imprégné d'un sentiment moral, non pas directement sur la conduite du contractant mais sur le résultat de celle-ci. La lésion est néanmoins articulée en fonction d'une conception subjective du contrat, puisqu'elle est définie comme l'imperfection du consentement de la personne qui la subit.

Bien qu'une nouvelle définition de la lésion, la lésion mixte, soit apparue en réaction aux effets de la théorie de l'autonomie de la volonté, l'influence de celle-ci demeure néanmoins importante. C'est pourquoi la lésion conçue comme un vice du consentement n'est pas, en principe, sanctionnée par le droit positif⁵⁹. Pour bien comprendre pourquoi la sanction de la lésion mixte n'est pas un principe du droit québécois, il faut étudier les motifs soulevés par ses opposants.

2.2 Le rétrécissement du rôle de l'équilibre des prestations

La théorie de l'autonomie de la volonté joue un rôle central dans la structure du régime juridique applicable au contrat. Elle a donné lieu à une conception du contrat — fondée sur le postulat de l'égalité des parties — qui a contribué à transformer le rôle de l'équilibre des prestations et qui a influé sur le sort réservé aux contrats déséquilibrés. La sanction de la lésion se fondait, au moins depuis le XIX^e siècle, sur l'idée qu'un contrat très déséquilibré ne pouvait pas avoir été réellement voulu. Cette idée n'était pas nécessairement en contradiction avec la théorie de l'autonomie de la volonté. Il était possible de l'accepter sans pour autant remettre en cause l'un des postulats de cette théorie — le pouvoir de la volonté —, puisqu'il s'agissait d'assurer la réalisation du principe selon lequel le contrat repose sur un accord de volontés. Cette conception du contrat, qui peut être qualifiée de subjective dans la mesure où elle se fonde d'abord sur une appréciation de la situation des parties et non sur une évaluation objective du contrat, aurait pu conduire « à reconnaître à la lésion une portée générale, calquée sur les vices du consentement. Mais la doctrine libérale, qui soutient le principe de l'autonomie de la volonté, incite au contraire à limiter l'intervention du juge⁶⁰. » Outre les oppositions techniques fondées sur la

59. L'article 1405 du *Code civil du Québec* prévoit ainsi que, outre les cas expressément prévus par la loi, « la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés ». Les principales exceptions sont : le prêt d'argent (art. 2332 C.c.Q.), la renonciation au partage du patrimoine familial (art. 424 C.c.Q.), la renonciation aux acquêts (art. 472 C.c.Q.) et le contrat soumis à la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 (art. 8).

60. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 37, p. 649. Voir aussi : J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 37, p. 647.

difficulté d'évaluer les prestations contractuelles ou sur l'insécurité juridique qu'entraînerait la sanction de la lésion, l'une des principales idées ayant servi à combattre la sanction de la lésion — le postulat de l'égalité des contractants — est fondamentale quant à la théorie de l'autonomie de la volonté.

La théorie de l'autonomie de la volonté a été décrite par Gounot⁶¹, qui s'était donné pour tâche de combattre ses effets. Lorsqu'il a entrepris son travail, la théorie juridique de l'autonomie de la volonté n'avait, toutefois, pas été formulée clairement. C'est donc lui qui, en la dénonçant, a contribué à son articulation. La théorie de l'autonomie de la volonté qu'il a présentée a eu une très grande influence. Gounot a posé une série de principes qui découleraient de la liberté et de l'égalité des contractants dont les suivants : la volonté crée le contrat ; le contrat est la loi des parties ; le contrat est nécessairement juste puisqu'il a été voulu. L'acceptation sans réserve de cette théorie exclut inévitablement la sanction des ententes lésionnaires au sens classique du terme, puisque, l'égalité empirique des parties étant supposée, l'accord est présumé résulter de concessions réciproques et il est, forcément juste. L'égalité des parties implique aussi que celles-ci soient les mieux placées pour évaluer les obligations contractuelles, d'où leur liberté de déterminer le contenu du contrat. En conséquence, les interventions extérieures destinées à rééquilibrer le contrat n'ont aucune légitimité, sauf dans la mesure où elles servent à préserver l'ordre public. Une obligation conforme à l'ordre public ne saurait donc être remise en question, car elle est l'expression de la volonté⁶².

Malgré l'importance accordée à l'idée que le contrat résulte de concessions réciproques, les tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté admettent que ces concessions doivent être réelles. Il leur paraît donc essentiel de s'assurer de l'existence de la volonté de contracter : en l'absence de volonté, ils reconnaissent qu'il n'y a pas de contrat valide. Ils admettent ainsi l'existence de vices du consentement, mais ne reconnaissent pas la lésion, même lorsque celle-ci est définie comme le résultat de l'exploitation. L'égalité des parties postulée par la théorie de l'autonomie de la volonté laisse en effet peu de place à l'idée que l'une des parties puisse

61. Voir : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé — Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, éd., 1912.

62. Le succès de la théorie de l'autonomie de la volonté explique également que la notion d'ordre public soit conçue de façon étroite. Les tenants de cette théorie critiquent, en effet, les interventions législative et judiciaire ayant pour objet de limiter ou d'encadrer la liberté contractuelle.

exploiter l'autre. Dans la perspective où les contractants sont égaux, il est, en effet, quasiment inconcevable qu'un majeur capable soit lésé par un contrat auquel il a consenti sans crainte ou par erreur. Aussi, même lorsque la lésion est conçue comme une sanction de l'exploitation, comme c'est le cas en droit positif actuel, elle ne peut être admise qu'exceptionnellement entre majeurs⁶³.

L'autonomie de la volonté a eu un impact déterminant sur les règles adoptées par le législateur lors de la réforme du *Code civil du Bas Canada*. À cet égard, il est intéressant de signaler que les représentants des groupes de pression semblent avoir dicté les règles au législateur⁶⁴. Le mémoire préparé par le Barreau du Québec à l'occasion des audiences de la Sous-commission des institutions relatives à l'*Avant-projet de loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des obligations* en témoigne éloquemment⁶⁵. Dans le même esprit, lors de la présentation du mémoire à la Sous-commission, le bâtonnier, M^e Gilbert, a affiché une farouche opposition au principe de la sanction de la lésion, fondée en partie sur l'idée de l'égalité des contractants. Il s'est exprimé ainsi :

Un autre aspect du projet nous frappe, c'est que nous institutionnalisons, dans ce traité des obligations, le régime de ce que j'appellerai, entre guillemets, l'infantilisme juridique. Le législateur vient prendre par la main tous ses concitoyens en leur disant : Ne vous inquiétez pas. Si un jour vous vous êtes embarqués, entre guillemets, on verra à ce que ce soit corrigé. Encore là, qu'est-ce que c'est que ce régime qui vient infantiliser les citoyens et leur donner à tous vents, au plan de l'institution la plus fondamentale de la société, c'est-à-dire le traité des obligations, le droit de défaire ce que des adultes ont intelligemment voulu faire, soit dans un rapport contractuel ou dans d'autres régimes⁶⁶.

63. Voir l'article 1406 du C.c.Q. Au sujet du caractère exceptionnel de la sanction de la lésion, voir notamment : L. ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 903 ; É. CHARPENTIER, « L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans P.-C. LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 509. Le législateur accorde tout de même une certaine importance à l'équilibre des prestations, comme le montrent ces exceptions de même que d'autres mesures ponctuelles (par exemple, l'article 1437 C.c.Q. ayant pour objet le contrôle des clauses abusives).

64. Voir à ce sujet : P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 78 et suiv.

65. BARREAU DU QUÉBEC, *Droit des obligations (avant-projet)*, octobre 1988, p. xii.

66. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, « Consultation générale sur l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* », *Journal des débats : commissions parlementaires*, 25 octobre au 8 novembre 1988, p. sci-257 et suiv.

Prenant la parole, également au nom du Barreau, M^e Nadeau, faisait pour sa part référence au caractère contestable de la règle au regard de l'égalité des contractants :

L'avant-projet de loi [...] aborde la théorie générale des obligations avec une philosophie nouvelle dominée par un désir de protection des faibles ou du plus faible des deux contractants, en faisant fi de la volonté même des parties. On veut imposer, même à ceux qui n'en ont pas besoin ou qui n'en veulent pas, des conditions ou des clauses, des recours, des vices, des atténuations, des réductions d'obligations qui font croire que, dorénavant, le législateur entend s'immiscer dans tous les contrats et entend surveiller de près toutes les transactions entre tous les citoyens, même si c'est contre leur volonté. Tout cela, nous dit-on, dans le but de trouver et d'instaurer un nouvel équilibre de forces entre les parties. Nous croyons que ce choix politique est inopportun, du moins, en ce qui concerne notre loi fondamentale⁶⁷.

La Chambre des notaires du Québec a adopté une position tout à fait comparable à celle qui était défendue par le Barreau.⁶⁸ Ainsi, selon la Chambre, adopter le principe de la sanction de la lésion équivalait à rompre avec le libéralisme économique⁶⁹.

La doctrine québécoise fonde elle aussi le contrat sur l'échange des volontés, mais elle intègre à sa conception du contrat des valeurs qui permettent d'atténuer la rigueur des effets de la théorie de l'autonomie de la volonté. Admettant que l'égalité postulée par cette théorie est une égalité abstraite, qui ne correspond pas à une égalité des parties dans les faits, la doctrine est plutôt favorable aux interventions législatives destinées à rétablir cet équilibre, et ce, même si elles ont pour effet d'annuler des conventions autrement valablement formées⁷⁰.

67. *Id.*, note 66, p. sci-260.

68. Voir : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur « L'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations »*, Montréal, octobre 1988, p. 22.

69. *Id.*, p. 22 et suiv. Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *op. cit.*, note 66, p. sci-292.

70. Voir notamment : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 41, p. 161 et suiv. ; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 41, p. 513 ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 41, p. 96 et suiv. ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 41, n° 263, p. 239 et 240. La proposition de l'Office de révision du Code civil d'admettre le principe de la sanction de la lésion avait aussi fait l'objet de commentaires favorables ; voir : J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, p. 146 ; P.-G. JOBIN, « Les prochaines dispositions sur l'exploitation », (1979) 10 *R.G.D.* 132 ; P.-G. JOBIN, « La rapide évolution de la lésion en droit québécois », (1977) 29 *R.I.D.C.* 331 ; G. MASSOL, *op. cit.*, note 49, p. 130 et suiv. ; L. PERRET, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537 ; M. TANCELIN, « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », (1978) 30 *R.I.D.C.* 1009 ; voir aussi : G. CORNU,

Ceux qui s'opposent à la sanction de la lésion dénoncent généralement toutes les interventions des tribunaux ayant pour effet d'assurer un certain équilibre des prestations, bien qu'ils reconnaissent que ces interventions sont fondées sur une certaine idée de la justice⁷¹. Cette position a le mérite d'être logique : si on considère que les majeurs capables sont égaux, que les interventions judiciaires entraînent effectivement l'insécurité juridique et que la sécurité juridique est plus importante que la justice, les contrats doivent être respectés puisque rien ne justifie le contrôle de leur contenu⁷².

Conclusion

D'une conception du contrat où l'injustice découlait de l'absence d'équivalence des prestations, on est passé à une conception du contrat où l'égalité des parties leur permet en principe de faire des contrats justes. Faut-il en conclure — comme le faisait le juge Albert Mayrand dans un texte portant sur l'article 1040c du *Code civil du Bas Canada* — que, dans le régime juridique du contrat, « La raison du plus fort est toujours la meilleure »⁷³ ? La primauté accordée à la sécurité juridique plutôt qu'à la justice est une conséquence du postulat d'égalité des parties issu de la

Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, Paris, Les Cours de droit, 1977 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 51. Les réserves émises portaient essentiellement sur la formulation de l'article 37, et non sur le principe de la sanction de la lésion. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 41, p. 1010, estimait que la présomption d'exploitation risquait d'« accroître inutilement les résistances prévisibles à l'adoption de la mesure ». Dans le même esprit, L. PERRET, *loc. cit.*, 543, soulignait que le succès du projet d'assurer une meilleure justice contractuelle allait dépendre de « l'esprit qui animera les règles de droit positif que créeront le législateur ou les tribunaux. Celles-ci seront en fait le reflet des forces et des idées sociales de l'époque. ».

71. Voir, par exemple, D. PICOTTE, « Les mécanismes d'encadrement judiciaire des relations commerciales contractuelles et extracontractuelles : évolution et tendances », (1993) 27 *R.J.T.* 599, 629 et 630 : « D'abord, l'intervention des tribunaux est parfois fondée sur des notions fort subjectives, telles la « bonne foi », l'« équité » et la « justice », qui relèvent davantage de la morale que du droit. Le caractère flou et subjectif du fondement de l'intervention des tribunaux a pour effet d'introduire un élément d'incertitude qui peut, s'il n'est pas circonscrit suffisamment, menacer sérieusement la sécurité des transactions commerciales. [...] la nouvelle approche des tribunaux est parfois troublante à cet égard puisqu'elle représente l'émergence d'une zone d'incertitude dans le droit des contrats constituant un facteur de démotivation à contracter. »
72. Il est important de rappeler ici que l'insécurité juridique est supposée, aucune étude n'ayant démontré le lien entre lésion et insécurité. L'expérience de pays comme l'Allemagne où la lésion joue un rôle important tend d'ailleurs plutôt à montrer l'absence d'impact de la lésion sur la sécurité juridique puisque le commerce ne semble pas y avoir été freiné par l'existence de la sanction de la lésion.
73. Voir : A. MAYRAND, *op. cit.*, note 47.

théorie de l'autonomie de la volonté. Si la théorie concordait avec la réalité, c'est-à-dire si les contractants étaient véritablement égaux, il serait tout à fait admissible que le droit n'intervienne pas dans la « substance du contrat ». La reconnaissance de la lésion comme cause de nullité des contrats n'aurait alors aucune légitimité. Malheureusement, l'égalité postulée ne correspond pas à la réalité : la justice postulée entraîne alors inévitablement l'injustice.