

UNE PHILOSOPHIE NOUVELLE DES CONTRATS FONDÉE SUR L'IDÉE DE JUSTICE CONTRACTUELLE

Louis Perret

Volume 11, Number 2, 1980

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059451ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059451ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Perret, L. (1980). UNE PHILOSOPHIE NOUVELLE DES CONTRATS FONDÉE SUR L'IDÉE DE JUSTICE CONTRACTUELLE. *Revue générale de droit*, 11(2), 537–602.
<https://doi.org/10.7202/1059451ar>

Article abstract

Dans cet article, l'auteur analyse à la lumière de la philosophie nouvelle des contrats dégagée par le professeur J. Ghestin, l'évolution du droit positif québécois en la matière, et en relève les tendances nouvelles. Dans cette perspective, il étudie les changements jurisprudentiels, l'apport de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, ainsi que les orientations futures offertes par le projet de réforme du Code civil. Il souligne ensuite les changements apportés par cette philosophie nouvelle aux règles de la formation des contrats et à leurs sanctions.

UNE PHILOSOPHIE NOUVELLE DES CONTRATS FONDÉE SUR L'IDÉE DE JUSTICE CONTRACTUELLE

par Louis PERRET*

RÉSUMÉ

Dans cet article, l'auteur analyse à la lumière de la philosophie nouvelle des contrats dégagée par le professeur J. Ghestin, l'évolution du droit positif québécois en la matière, et en relève les tendances nouvelles. Dans cette perspective, il étudie les changements jurisprudentiels, l'apport de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, ainsi que les orientations futures offertes par le projet de réforme du Code civil. Il souligne ensuite les changements apportés par cette philosophie nouvelle aux règles de la formation des contrats et à leurs sanctions**.

SOMMAIRE

Introduction

Titre préliminaire: Principes et caractères essentiels

- Les principes d'une philosophie nouvelle dégagée par M. J. Ghestin
- Leur application en droit québécois

Partie I: Les éléments constitutifs du contrat

Titre I: Le consentement

- Les vices du consentement

L'erreur

Le dol

La violence

La lésion

- Les autres modes de protection du consentement

Titre II: L'objet

Titre III: La cause

* Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

** Diverses questions dans cet article sont le résultat de discussions qu'a eues l'auteur avec Me Nicole Archambault et Me André Bourdon de l'Office de la Protection du consommateur ainsi qu'avec le professeur Léo Ducharme, de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. À ces divers interlocuteurs, il tient donc à exprimer toute sa reconnaissance, tout en précisant que les opinions qu'il exprime n'engagent que lui.

Partie II: Les sanctions des conditions de formation des contrats

Titre I: Mise en oeuvre des nullités

- La distinction entre nullité absolue et nullité relative
- La confirmation de l'acte nul

Titre II: les effets de la nullité

- Étendue de la nullité
- La modification positive du contrat
- L'effet rétroactif de la nullité

Titre III: Les responsabilités nées à l'occasion de la nullité du contrat.

CONCLUSION

«Il n'est pas hors de saison de rappeler que le droit a besoin d'une réflexion permanente.»

Christian ATIAS¹

INTRODUCTION

C'est en effet à une telle réflexion que se livre et qu'incite l'ouvrage du professeur J. Ghestin sur «le contrat», paru récemment en France². Dans les huit cent quarante-six pages qu'il contient, l'auteur y dégage en effet une philosophie nouvelle du contrat basée sur l'idée de justice contractuelle, qui intéresse particulièrement le Québec. Cette philosophie correspond en effet à l'évolution de notre droit, d'ailleurs notre doctrine moderne, ainsi que notre *projet de réforme du Code civil*, y sont souvent cités³, et même quelquefois utilisés pour appuyer des réformes suggérées par l'auteur⁴.

Cet ouvrage mérite donc une attention particulière au Québec, puisque nous sommes à la veille d'une réforme du droit des obligations et au lendemain de l'adoption d'une Loi nouvelle sur la protection du consommateur qui par son contenu et l'étendue de son champ d'application, a très largement introduit cette philosophie moderne dans notre droit positif des contrats. Dans cette perspective, et en raison de la profondeur de la réflexion à laquelle se livre l'auteur, nous avons dépassé les limites habituelles d'un simple compte rendu d'ouvrage, de manière à pouvoir analyser de façon plus complète les idées nouvelles qui y sont contenues, et à souligner dans quelle mesure cette philosophie moderne se dégage également du droit positif québécois.

¹ Ch. ATIAS, *La mission de la doctrine universitaire en droit privé*, 1980 Semaine juridique 2999.

² *Traité de Droit civil*, sous la direction de Jacques GHESTIN, t. II. *Les obligations, Le contrat*, par Jacques GHESTIN, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 1 vol., 846 p. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1980.

³ C'est ainsi que nous avons relevé au moins une trentaine de notes référant au droit du Québec, dans lesquelles sont cités outre le *projet de réforme du Code civil*, des auteurs tels que J.L. BAUDOUIN, L. BAUDOUIN, P.A. CRÉPEAU, A. POPOVICI, M. POURCELET, M. TANCELIN, G. TRUDEL. Au moins six références y sont également faites dans le texte lui-même.

⁴ Le *projet de réforme du Code civil* est ainsi cité à deux occasions pour appuyer des changements proposés par l'auteur en droit français. C'est le cas pour la lésion (Cf. page 139, 473 et 475), ainsi qu'en bonne partie pour la cause (Cf. p. 616).

Pour cette analyse, nous suivrons le plan établi par l'auteur. Dans un titre préliminaire, il met en relief les principes et caractères essentiels qui dominent aujourd'hui le droit des contrats, et en constituent la philosophie nouvelle. Il en mesure ensuite la portée sur les éléments constitutifs du contrat, qu'il analyse dans une première partie et sur les sanctions des conditions de leur formation, qu'il étudie dans une deuxième partie^{5 6}.

TITRE PRÉLIMINAIRE: PRINCIPES ET CARACTÈRES ESSENTIELS.

Sous ce titre M. J. Ghestin fait observer que le principe de l'autonomie de la volonté ou de la liberté contractuelle qui constituait, selon la conception classique, la philosophie de base du contrat, n'occupe plus aujourd'hui la même place dans le droit positif. C'est pourquoi après avoir fait cette constatation, il recherche quels sont les nouveaux principes directeurs qui gouvernent le droit positif contemporain des contrats, et qui en constituent la philosophie nouvelle. Après avoir dégagé les grandes lignes de cette analyse de M. J. Ghestin, nous soulignerons son application possible au Québec.

⁵ L'effet des contrats sera traité dans le cadre d'un autre tome qui sera consacré au régime général de l'obligation et notamment à ses effets.

⁶ L'ouvrage qui est aujourd'hui sous analyse s'inscrit en effet dans le contexte d'un *Traité complet de droit civil*, qui est actuellement en cours de réalisation en France, sous la direction du professeur J. GHESTIN. Le *premier Tome*, consacré à l'*Introduction générale* était le produit de la collaboration des professeurs Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX. Très bien accueilli par les milieux juridiques tant en France (V. par ex. P. RAYNAUD, 1977 *Rev. Trim. dr. civ.* 84), qu'au Québec (V.M. TANCELIN, 1978 C. de D. 840), il laissait déjà entrevoir par sa qualité que l'ensemble de l'œuvre serait de très haut niveau. Le *second Tome*, que nous analysons aujourd'hui, aborde l'étude des obligations par une analyse magistrale de la conception moderne du contrat et de sa formation. Il nous confirme ainsi les promesses dont était porteur le premier ouvrage. Il a d'ailleurs fait l'objet de critiques très élogieuses, aussi bien en France (P. RAYNAUD 1980 *Rev. trim. dr. civ.* 70), qu'au Québec (P. JOBIN, 1980 *Can. bar. rev.* 697). L'auteur annonce en outre la parution prochaine du *troisième tome* qui traitera, sous la plume du professeur Geneviève VINEY, de la *responsabilité civile*. Cette publication qui est très attendue se situera sans doute dans la même ligne de pensée originale, puisque l'on se souviendra que le professeur G. VINEY a déjà laissé une marque importante en doctrine, en soutenant une thèse remarquable intitulée *Le déclin de la responsabilité civile individuelle*, (Paris L.G.D.J., 1965, 416 p.). Le *quatrième Tome* qui est également annoncé, sera consacré au régime général de l'obligation, dont il terminera l'étude. L'on y trouvera alors le complément du Tome II sur «le contrat», qui fait l'objet de la présente analyse, puisque ce dernier traite de la formation du contrat et non de ses effets. D'autres ouvrages sont également en préparation: sur les *personnes*, la *famille*, de MM. Gilles GOUBEUX et Jean-François VOUIN; d'autres sont aussi prévus sur: les *biens*, les *sûretés*, la *publicité foncière*, les *régimes matrimoniaux*, les *successions*, les *libéralités*, les *contrats spéciaux*...

Ainsi, grâce à l'initiative du professeur J. Ghestin et au dynamisme de l'équipe qu'il a constituée et qu'il prévoit maintenant élargir, se trouve continuée en dépit des difficultés contemporaines, la lignée des grands traités de droit civil qui ont marqué leur époque. Cette entreprise gigantesque est en effet rendue aujourd'hui de plus en plus difficile en raison de la multiplication des textes législatifs et réglementaires, qui tendent au «pointillisme juridique», c'est-à-dire, à la recherche de solution à tel ou tel problème particulier, plutôt qu'à l'adoption d'une règle de portée générale. Cette tendance moderne, fortement décriée par certains auteurs, rend en effet d'autant plus utile une oeuvre de réflexion globale et profonde, telle que celle entreprise sous la direction du professeur J. Ghestin, puisqu'elle porte sur l'ensemble du droit civil. Cette oeuvre en assumant pleinement la mission de la doctrine universitaire en droit civil, contribuera à perpétuer un système juridique souple et harmonieux, conforme à la tradition civiliste (cf. Ch. ATIAS, *La mission de la doctrine universitaire en droit privé*, *op. cit.*, note 1).

LES PRINCIPES D'UNE PHILOSOPHIE NOUVELLE,
DÉGAGÉE PAR M. J. GHESTIN.

Dans un chapitre premier, l'auteur démontre que *le principe de l'autonomie de la volonté ne peut servir d'explication unique pour justifier la force obligatoire du contrat*. Celui-ci doit en effet être complété par l'idée de justice et de loyauté, du fait des nombreuses références du *Code civil* à la notion morale de bonne foi et de sécurité, qui protègent à la fois la confiance, notion morale et le crédit, besoin social et économique. L'auteur ajoute que ceci est d'autant plus vrai depuis que l'on peut constater dans le droit des contrats un déclin du principe de l'autonomie de la volonté.

Dans un chapitre deuxième, M. J. Ghestin *constate ce déclin*. Il en attribue la cause à la transformation des relations contractuelles qui résulte d'une part des nouvelles formes très étendues d'inégalité entre les parties, notamment dans le cas des contrats conclus entre employeurs et employés, ou entre professionnels et profanes. Elle résulte d'autre part, selon l'auteur, de la standardisation des contrats, qui se traduit par l'utilisation de plus en plus fréquente des contrats types, qui constituent souvent le contenu de contrat d'adhésion.

Cette transformation des relations contractuelles a, selon M. J. Ghestin, entraîné les tribunaux et le législateur à rechercher les moyens de rétablir un juste équilibre entre les parties. Cela a conduit, dit-il, à enlever beaucoup d'autorité aux principes déduits de l'autonomie de la volonté. C'est ainsi, souligne l'auteur, que l'évolution du droit positif des contrats se caractérise par des restrictions à la liberté contractuelle, des atteintes à la force obligatoire du contrat et par des altérations de son effet relatif.

Les restrictions à la liberté contractuelle résultent, dit-il, d'une augmentation des dispositions d'ordre public, dont le but est tantôt de protéger les intérêts moraux, économiques et sociaux de la société en général, tantôt au contraire, de protéger ceux de telle ou telle catégorie de citoyens particulièrement exposés à l'exploitation économique de la part du contractant occupant une fonction dominante. C'est en effet dans ce but qu'ont été adoptées des lois spéciales destinées à protéger les locataires, ou encore les consommateurs.

Les atteintes à la force obligatoire du contrat se manifestent notamment, ainsi que le souligne M. J. Ghestin, dans les cas où le législateur confère aux tribunaux le *pouvoir de modifier* un contrat, plutôt que d'en prononcer l'annulation; ou encore lorsqu'il donne au juge la possibilité d'accorder des *délais de paiement*, en tenant compte de la position du débiteur et de la situation économique.

Les atteintes à l'effet relatif des contrats se sont également développées dans certains cas, notamment dans celui de la transmission automatique des créances, à de simples ayants cause à titre particulier, par exemple d'un engagement de non concurrence à l'acheteur d'un fonds de commerce. L'auteur, citant H. Batiffol,

souligne en effet que «l'idée qu'une société serait constituée d'une somme de relations inter-individuelles... n'est plus tenable⁷».

Suite à l'analyse de ces diverses manifestations du déclin de l'autonomie de la volonté comme explication de la force obligatoire des contrats, M. J. Ghestin s'interroge dans un *troisième chapitre sur l'opportunité d'y substituer d'autres principes directeurs*. Il démontre alors que *l'autonomie de la volonté est subordonnée au droit objectif, qui est orienté vers la recherche fondamentale de la justice*.

Quant à la *subordination de l'autonomie de la volonté au droit objectif*, M. J. Ghestin fait observer qu'elle résulte de l'analyse du rapport entre le droit objectif et le droit subjectif.

L'importance que l'on donne, *selon la théorie classique*, au principe de l'autonomie de la volonté se déduit, dit-il, de la thèse de la suprématie des droits subjectifs. Celle-ci, souligne-t-il, admet bien sûr que la loi apporte des limites aux droits individuels, mais cela n'est qu'à titre d'exception aux pouvoirs et à la liberté de l'homme, en raison des impératifs de la vie en société. Le droit subjectif et la liberté individuelle sont le principe et le droit objectif qui vient la restreindre et l'entraver dans l'intérêt supérieur de la société, n'est que l'exception, qui doit être en conséquence interprétée restrictivement.

En fait, souligne M. J. Ghestin, il est peu réaliste de considérer les règles de la société comme des entraves à la liberté individuelle, puisque c'est au sein de celle-ci et en fonction d'elle, que se créent et se développent les situations juridiques. *D'ailleurs, dit-il, la doctrine s'accorde pour reconnaître que les droits subjectifs ont pour seule origine le droit objectif*. En pratique, en effet, les individus n'ont pas d'autres droits que ceux qui leur sont accordés par les règles juridiques objectives. Nul ne peut, dit-il, invoquer devant les tribunaux un droit qui ne serait pas consacré par le droit objectif. C'est notamment, précise-t-il, parce que les volontés individuelles se sont exprimées conformément aux exigences légales, que le contrat aura force obligatoire. M. J. Ghestin en conclut que celle-ci trouve son fondement dans le droit objectif et non dans l'expression de la volonté des parties, même si cette dernière conserve un rôle important dans le contrat.

M. J. Ghestin souligne en effet que la primauté du droit objectif ne fait pas obstacle au rôle de la volonté comme instrument privilégié d'échange entre les individus. Le droit objectif constitue en effet le cadre juridique normal dans lequel doivent s'exercer la liberté et la responsabilité des individus. Ces initiatives individuelles n'auront cependant force obligatoire que dans la mesure où elles respectent les règles du droit objectif.

M.J. Ghestin ajoute par ailleurs que *la mission du droit objectif est la recherche fondamentale de la justice, le rôle du législateur et des tribunaux étant en effet de chercher à faire régner la bonne foi, la loyauté et l'équité dans les*

⁷ H. BATIFFOL, *La «crise du contrat» et sa portée*, 1968 Arch. philosophiques du droit p. 27.

rapports contractuels. Dans cette perspective, le droit objectif contemporain qui a multiplié en ce sens les règles d'ordre public, notamment dans le domaine de la protection des consommateurs, n'apparaît plus comme une entrave à la liberté individuelle, mais plutôt comme une source de justice, qui doit imprégner tout le droit positif.

Dans cette optique qui est aux antipodes de la philosophie libérale du XIX^e siècle, *le contrat apparaît davantage comme un instrument d'échange entre les hommes, subordonné au droit positif dont la mission est d'assurer la justice, que comme l'instrument de la volonté autonome*⁸.

L'APPLICATION DE CETTE PHILOSOPHIE NOUVELLE AU DROIT QUÉBÉCOIS.

Au Québec, l'on peut également constater que les diverses interventions législatives et interprétations jurisprudentielles contemporaines ont réduit la portée du principe de l'autonomie de la volonté, en instaurant de nouvelles règles de droit objectif, destinées à introduire plus de justice dans les rapports contractuels.

Pour les mêmes motifs que ceux exprimés par M. Ghestin, il nous semble plus conforme à la réalité de voir dans *les règles du droit objectif, la source de la force obligatoire du contrat*, plutôt qu'une entrave à l'exercice de la liberté. Le droit positif est ainsi le cadre normal à l'intérieur duquel les échanges de volonté trouveront leur force obligatoire et joueront un rôle important.

La multiplication récente de ces règles de droit objectif correspond également au Québec à la recherche fondamentale de justice dans les rapports contractuels. Cette philosophie nouvelle du contrat fondée sur la recherche de l'équité est en effet en parfait accord avec l'évolution du droit positif québécois contemporain.

Le droit commun a en effet admis avec l'adoption de l'article 1040c C.c., la nécessité de protéger les emprunteurs contre l'exploitation, dans le cas où les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont exorbitantes, eu égard aux risques et à toutes les circonstances qui entourent l'opération. Le tribunal peut alors, à la demande de l'emprunteur, modifier les conditions du prêt ou en prononcer la nullité, ce qui constitue une dérogation importante au principe de la force obligatoire des contrats.

C'est également pour des raisons de justice que la jurisprudence a écarté au profit de l'ayant cause à titre particulier, le principe trop étroit de l'effet relatif des contrats, dans le cas des droits qui sont intimement liés à l'exploitation du bien qui a été transmis. C'est en effet cette dérogation qui a permis à la Cour suprême, dans l'affaire *Kravitz*⁹, de rendre justice au sous-acquéreur d'un produit

⁸ J. GHESTIN, *Le contrat*, op. cit., note 2, avant-propos, p. V.

⁹ *General Motor c. Kravitz*, (1979) 1 R.C.S. 790. Le principe avait déjà été admis par la jurisprudence au profit du sous acquéreur d'une maison contre l'architecte dans le cadre de l'art. 1688 C.c. *McGuire c. Frazier*, (1908) 40 R.C.S. 577. Il avait également été jugé qu'un contrat d'approvisionnement d'eau nécessaire à l'exploitation d'une terre se transmettait aux acquéreurs de cette dernière — *Co. d'aqueduc du Lac St-Jean c. Fortin*, (1925) R.C.S. 192. Ajoutons au sujet de

défectueux, en lui permettant d'exercer son action réhabilitoire directement contre le manufacturier, comme s'il avait contracté avec lui, alors que l'action contre le vendeur direct était vaine, du fait de la faillite de ce dernier.

Cette recherche d'équité qui marque l'évolution du droit commun, se manifeste également par l'adoption de certaines *lois spéciales*, qui viennent ainsi confirmer cette tendance du droit positif contemporain, de vouloir rétablir une certaine justice contractuelle. C'est ainsi que l'on peut constater depuis quelques années le souci constant du législateur d'améliorer la protection des locataires¹⁰ et des consommateurs¹¹.

Cette recherche fondamentale de justice se fait ainsi par la création de règles nouvelles de droit positif d'origine législative ou jurisprudentielle¹², qui viennent au secours de la partie la plus faible. C'est donc le droit objectif qui devient la source de justice et non plus la volonté des parties, contrairement aux idées philosophiques libérales du XIX^e siècle.

Parmi ces règles nouvelles de droit objectif, c'est cependant la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* qui contribue le plus à répandre cette idée d'équité contractuelle dans le droit positif, en raison du *nombre des mesures* de protection qu'elle apporte, ainsi que leur *vaste champ d'application*.

L'objectif de cette nouvelle loi est en effet d'assurer une certaine justice dans les relations contractuelles entre commerçant et consommateur en raison de la position économique dominante du premier par rapport au second, qui est de nature à entraîner des abus. Dans ce but l'on a cherché à accroître la *protection du consentement* chez le consommateur, tout en *limitant dans une certaine mesure la portée de son engagement* et en *mettant de côté dans certains cas le*

l'affaire *General Motor c. Kravitz*, qu'elle a donné lieu à de très abondants commentaires en doctrine, voir notamment: S. Schwartz *General Motors of Canada c. Kravitz*, (1979) Ott. L.R. 583; L. PERRET, «La garantie du manufacturier: récents développements et perspectives futures en droit québécois», 1979 R.G.D. 156. «Les garanties légales relatives à la qualité d'un produit selon la nouvelle *Loi de la protection du consommateur*», 1979 R.G.D. 342; «L'arrêt Kravitz sous les feux du droit comparé». Colloque de l'association québécoise pour l'étude comparative du droit, 1980 McGill L.J. 295 à 385, Textes de P.G. JOBIN, P.P.C. HAANAPPEL; J. GHESTIN, M.G. BRIDGE, J.L. BAUDOUIN; P.G. JOBIN: «Que reste-t-il de l'arrêt Kravitz», 1980 R. du B. 493; Th. ROUSSEAU-HOULE: «Les lendemains de l'arrêt Kravitz: la responsabilité du fabricant dans une perspective de réforme, 1980 C. de D. 5; G. GASPARD: «Lettre de l'étranger», 1980 l'Assurance Française 766; J.L. BAUDOUIN: «Chronique de droit québécois, session 1978-79», (1980) 1 Supreme Court L.R. 249 aux p. 255 et s.; D. LLUELLES, «Le transfert au sous acquéreur de la garantie légale des vices cachés due par la fabricant vendeur initial: les lumières et les ombres de la décision Kravitz de la Cour suprême», (1980) 14 R.J.T. 7.

¹⁰ *Loi visant à favoriser la conciliation entre propriétaires et locataires*, S.Q. 1951, c. 20; reconduite d'année en année, jusqu'à l'adoption de la *Loi prolongeant et modifiant la loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, L.Q. 1973 c. 73; *Loi concernant le louage de choses*, L.Q. 1973 c. 74; *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil en d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979 c. 48.

¹¹ *Loi de la protection du consommateur*, L.Q. 1971 c. 74; remplacée par la *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1978 c. 9, dont la plupart des articles sont entrés en vigueur le 30 avril 1980.

¹² Voir par exemple l'affaire *General Motor c. Kravitz*, *op. cit.*, note 9.

cloisonnement contractuel devenu artificiel, dans le contexte du système contemporain de mise en marché des produits.

Ainsi, la *volonté du consommateur*, qui est bien sûr toujours nécessaire à l'existence du contrat, sera *ultra protégée*, en raison de sa vulnérabilité, par les nouvelles conditions de sa formation fixées par le droit positif, ainsi que nous le verrons plus loin dans le détail. Celles-ci fixent ainsi un cadre plus strict à l'exercice de la liberté individuelle, qu'en droit commun.

La portée du principe de l'autonomie de la volonté se trouve également alternée, en faveur du consommateur, puisque cette nouvelle loi *limite à certains égards la force obligatoire de l'engagement contracté*. Tout d'abord, en permettant au consommateur dont le consentement a été vicié de demander au juge de modifier à son profit les conditions du contrat qui avaient été convenues entre les parties, plutôt que d'en prononcer la nullité¹³. En deuxième lieu, en donnant au consommateur dans le cas de certains contrats, la possibilité de se rétracter de plein droit, pendant un certain temps, après qu'il ait été conclu¹⁴. Enfin en accordant au tribunal dans le cas d'un contrat de crédit et du défaut de payer de la part du consommateur, la possibilité de modifier, à sa demande, les modalités de paiement, selon les conditions que la cour jugera raisonnable; ou encore en donnant au tribunal le pouvoir d'autoriser le consommateur à remettre le bien au commerçant¹⁵.

Dans le but d'assurer la meilleure protection du consommateur, dans le contexte actuel de mise en marché des biens, le législateur lui donne également la possibilité d'exercer dans certains cas, ses droits, non seulement contre le commerçant avec lequel il a contracté directement, mais également contre le manufacturier du produit¹⁶.

Il lui accorde aussi le droit de faire valoir contre le prêteur d'argent avec lequel il a contracté pour l'achat ou la location du produit, les mêmes moyens de défense qu'il aurait pu opposer au commerçant, dans la mesure où le premier collabore régulièrement avec le second, en vue de l'octroi de prêts d'argent à des consommateurs¹⁷. *Ce décroisement des rapports contractuels donne ainsi au*

¹³ Cf. L.Q. 1978 c. 9, a. 8, 9, 272; N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, Montréal, éd. Sorej. Inc., 1981, nos 35, 36, p. 35 et s.

¹⁴ C'est le cas dans la plupart des contrats réglementés spécialement: contrat par vendeur itinérant, a. 59; contrat de crédit (a. 72), contrat accessoire (a. 209). Ce droit de résolution existe en tout temps dans le cas du contrat de service à exécution successive (a. 193). Ce droit est cependant restreint dans le cas des contrats se rapportant aux biens et services fournis par un studio de santé (a. 202 et 203).

¹⁵ Cf. c. 9, 1978 c. 9, a. 107; *Poirier c. Banque Royale du Canada*, C.P. Terrebonne (Saint-Jérôme) 700-02-002572-809, le 27 novembre 1980. Juris. express. 1981, no 5, jugement no 81-103.

¹⁶ Cf. L.Q. 1978 c. 9, a. 53, voir également l'a. 54 qui permet à l'acquéreur subséquent d'un produit, d'obliger le manufacturier à rendre disponibles les pièces de rechange pendant une durée raisonnable. Voir également l'a. 152 en ce qui concerne les contrats relatifs aux automobiles d'occasion et aux motocyclettes d'occasion, ainsi qu'à ceux qui concernent la réparation des automobiles et motocyclettes.

¹⁷ L.Q. 1978 c. 9, a. 116 à l'égard du prêteur d'argent au consommateur, et l'a. 103 à l'égard du cessionnaire d'une créance par le commerçant.

consommateur des possibilités de défense de ces droits, qui lui étaient interdites par le principe de l'effet relatif des contrats, qui a cependant été atténué dans ce sens par la jurisprudence récente¹⁸.

Cette loi dont de nombreuses dispositions dérogent à la théorie générale des contrats, ne saurait cependant être considérée comme y apportant des exceptions d'importance purement marginale. *L'extrême étendue de son champ d'application donne en effet aux dérogations qu'elle contient, une très grande portée, qui transformera de façon significative le droit positif des contrats*. Les règles particulières qu'elle édicte, concernent en effet un très grand nombre de ceux-ci, puisque cette loi s'applique non seulement au *contrat de vente*, mais également au *contrat de service*, au *contrat de louage de choses* ainsi qu'au *contrat mixte de louage de choses et de services* tel que le *contrat d'entreprise*, ainsi qu'au *contrat d'échange*, du moment qu'il a pour objet un *bien mobilier*, et qu'il est conclu entre un *commerçant et un consommateur*, peu importe qu'il soit payé *au comptant ou à crédit*¹⁹. C'est donc sur une très grande échelle que se trouveront modifiées les règles du droit positif ainsi que son esprit, qui est avant tout d'assurer un «*renouveau de la justice contractuelle*»²⁰.

Ce même esprit anime par ailleurs la réforme de la théorie générale des contrats, contenue dans *le projet de révision du Code civil*. L'on y retrouve entre autres la protection de la partie au contrat qui aura été victime d'une exploitation économique importante par l'autre²¹, ainsi que la possibilité pour le juge de modifier le contenu du contrat à la demande de la partie dont le consentement a été vicié, plutôt que d'en prononcer la nullité²². Il est par ailleurs probable que le décroissement contractuel déjà opéré en droit commun par la jurisprudence au profit de l'ayant cause à titre particulier, dans le cas des droits intimement reliés à l'exploitation du bien transmis, y sera également incorporé²³.

Cette analyse de l'évolution du droit commun du contenu et de la portée des dispositions de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, ainsi que des grandes lignes du projet de réforme du *Code civil*, nous permet de constater que l'on retrouve dans ces différentes règles de droit objectif actuelles ou futures, le même souci d'assurer une meilleure justice contractuelle²⁴. Cette philosophie domine donc actuellement, de façon très large le droit positif des contrats. Son renforcement ou son déclin à venir dépendra 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.

¹⁸ Cf. *supra*, note 9.

¹⁹ L.Q. 1978 c. 9, a. 2.

²⁰ Cf. N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, no 9, p. 13.

²¹ *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel 1977, livre V les obligations, a. 38.

²² *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, livre V, a. 38.

²³ Cf. *supra*, note 9.

²⁴ Les mesures protectrices contenues dans la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* et qui sont également prévues par le *projet de réforme du Code civil*, devront lors de l'adoption de ce dernier être abrogées, afin d'éviter des redondances entre le droit commun et les droits des consommateurs: P.A. CRÉPEAU, «Le droit civil et le droit de la protection du consommateur, 1979

Cette analyse des principes directeurs qui gouvernent aujourd'hui le droit des contrats, permettra ainsi de mieux comprendre et interpréter les règles qui régissent la formation des contrats et leur sanction.

PARTIE I: LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU CONTRAT.

Dans cette première partie, M.J. Ghestin analyse trois des quatre conditions essentielles à la validité d'un contrat: le consentement, l'objet et la cause. Il renvoie en effet l'étude de la capacité au tome qui sera consacré à l'étude des personnes et de la famille.

TITRE I: LE CONSENTEMENT.

— *Le premier chapitre est consacré à l'accord de volonté*

M. J. Ghestin montre en effet comment il se réalise. Il expose ainsi les mécanismes de l'*offre* et de l'*acceptation*²⁵, et fait ensuite une synthèse très utile des règles qui régissent cette *période pré-contractuelle*. Il y examine la question des pourparlers, des conventions préalables à la formation du contrat définitif, ainsi que le lieu et le moment de sa formation dans le cas des contrats par correspondance²⁶. Ce chapitre se termine surtout par l'application de la pensée philosophique de l'auteur à l'analyse des règles concernant *la forme et l'expression du consentement*. Il y démontre en effet que la renaissance du formalisme à laquelle l'on assiste de nos jours, ne s'effectue pas au sens que lui donnait le droit romain, du moins à son origine. Il souligne en effet qu'aujourd'hui, le formalisme

R.G.D. 13 à la p. 22; C. MASSE, «L'information et l'exploitation des consommateurs», 1979 R.G.D. 90, p. 122; L. PERRET, «La garantie du manufacturier: récents développements et perspectives futures en droit québécois», *op. cit.*, note 9, aux p. 170 et 172; «Les garanties légales relatives à la qualité d'un produit selon la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, *op. cit.*, note 9, aux p. 370 et s. Une autre possibilité serait de faire des renvois dans le nouveau code à cette loi spéciale, comme le fait l'a. 841 du livre des obligations du projet de réforme de code civil. Cette façon de procéder aurait sans doute le mérite de donner une portée plus large à certaines dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*, mais utilisée d'une façon trop généralisée elle aurait l'inconvénient de faire perdre son unité et son harmonie au *Code civil*. Ce problème du rapport entre le droit commun des contrats, sa réforme et la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* a fait l'objet d'un *colloque spécial de la section québécoise de l'Association Henri Capitant*, tenu à Québec les 7 et 9 octobre 1978. Les travaux de ce colloque sont rapportés dans (1979) Vol. 10 no 1, R.G.D., 8-211. Cet organisme est donc bien vivant, contrairement à ce qu'écrivait récemment Me A. DUVAL, dans un article intitulé «Les vicissitudes du *Code civil*,» 1980 R. du N. 75. Soulignons en outre que la section du Québec de cette association internationale, présente chaque année plusieurs communications à l'étranger dans le cadre du Congrès général de cet organisme. Ces travaux sont d'ailleurs plusieurs fois cités dans l'ouvrage de M. Ghestin que nous analysons.

²⁵ Alors que ni le Code civil français, ni le Code civil québécois actuel ne contiennent de dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation, le *projet de réforme du Code civil* québécois expose une véritable codification des règles applicables en la matière, aux articles 11 à 26 du livre des obligations. L'on y retrouve en grande partie celles qui ont été élaborées par la jurisprudence.

²⁶ Quant à la localisation dans l'espace et dans le temps, du contrat conclu à distance, M. J. Ghestin fait ressortir qu'en *droit français* la première question ne présente plus d'intérêt puisque selon le nouveau *Code de procédure civile*, la compétence territoriale des tribunaux ne peut plus dépendre du lieu de formation du contrat. Quant à la deuxième question son intérêt est de situer le contrat par rapport à une loi nouvelle, ou pour fixer le point de départ de ses effets. M. J. Ghestin souligne que

ne peut se substituer à la volonté qui reste indispensable à la formation du contrat. Il établit ainsi que la forme n'est requise que comme exigence supplémentaire, destinée à assurer par son rôle préventif la protection du contractant le plus vulnérable. L'auteur constate par ailleurs qu'il se développe deux degrés de formalisme, l'un dont dépend la validité même du contrat, l'autre dont dépendent seulement certains effets. Cette analyse correspond parfaitement à l'évolution du droit québécois puisque la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* soumet l'existence d'un certain nombre de contrats à la rédaction d'un écrit²⁷, et que par ailleurs, même une fois formés, ces contrats ne seront exécutoires à l'encontre du consommateur, qu'à compter du moment où il sera en possession d'un double du contrat²⁸.

— *Le deuxième chapitre analyse la protection du consentement.*

La philosophie du professeur J. Ghestin prédomine ce chapitre consacré au consentement, qu'il a d'ailleurs intitulé «*protection du consentement*». Cette protection est, dit-il, nécessaire pour assurer la finalité du contrat et la justice commutative, notamment lorsqu'il existe entre elles un déséquilibre de forces. L'auteur étudie en premier lieu les *vices du consentement*, qui, avec les incapacités²⁹, constituent le mode traditionnel de sa protection. Il analyse ensuite les autres moyens de protection développés par le droit objectif, pour pallier dans certains cas aux insuffisances des moyens traditionnels.

selon la jurisprudence française «la fixation du moment où le contrat est devenu forfait entre les parties ont généralement une question de fait dont la solution dépend des circonstances de la cause». L'auteur propose que l'on mette fin à cette incertitude en adoptant une règle simple et précise. À défaut d'autre raison décisive, il suggère d'adopter le critère de la réception puisque c'est celui-ci qui est généralement admis dans les autres pays de Communauté économique européenne. En droit québécois l'intérêt de la localisation est le même en ce qui concerne le temps. Il est cependant important de le localiser également dans l'espace, car selon l'a. 68 al. 3 C.P.C., cela donne la possibilité au demandeur d'intenter l'action devant le tribunal du district judiciaire où le contrat a été conclu. La jurisprudence québécoise a établi des critères de localisation différents selon que l'offre et l'acceptation ont été acheminées par le même moyen, ou par des moyens différents. Dans le premier cas l'on applique la théorie de l'émission (*Magan c. Auger*, (1901) 31 R.C.S. 186) dans le deuxième cas celle de la réception (*Charlebois c. Baril*, (1928) R.C.S. 88). Par ailleurs dans le cas où l'acceptation est communiquée par téléphone à l'offrant, l'on applique la théorie de l'émission, indépendamment du moyen par lequel l'offre est parvenue à l'acceptant (*Talbot c. Donacona Paper*, (1950) R.P. 202). Le *projet de réforme du Code civil du Québec* propose à l'a. 19 du livre des obligations, d'adopter un critère unique, celui de la réception. Notons en outre que les contrats à distance conclus dans le champ d'application de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* sont réputés conclus à l'adresse du consommateur, selon l'a. 21 de façon à ce qu'en cas de difficultés, il puisse intenter l'action devant le tribunal du district judiciaire de son domicile.

²⁷ Tel est le cas selon l'article 23, du contrat de vente itinérant (a. 58), du contrat de crédit (a. 80), du contrat de vente d'une automobile ou d'une motocyclette d'occasion (a. 158), des contrats de louage de services à exécution successive prévus par les a. 190 et 199, ainsi que des contrats de vente de biens ou de louage de biens ou de services accessoires à un contrat de louage de services à exécution successive (a. 208).

²⁸ Cf. L.Q. 1978 c. 9, a. 33.

²⁹ M. J. Ghestin, renvoie l'étude des incapacités au volume sur les personnes et la famille.

Les vices du consentement.

Parmi ceux-ci, M. J. Ghestin analyse l'erreur, le dol et la violence. Pour des raisons particulières au droit français, il analyse la lésion avec l'objet³⁰.

L'ERREUR.

L'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux ou inversement. Lorsqu'elle existe, elle empêche le contrat de se former à défaut de véritable accord. Cependant, lorsque la victime de l'erreur a été négligente et que son *erreur est inexcusable*, on lui *refusera l'annulation du contrat, en droit français*, alors qu'*au Québec on la lui permettra*³¹. Il semble donc que dans le premier cas, l'on fasse primer dans un souci de justice pour l'autre partie la stabilité du contrat, sur la réalité du consentement, alors que dans le deuxième cas, l'on ne considère que le défaut de consentement tout en permettant cependant au défendeur de réclamer des dommages intérêts. Cette position différente du droit français a été reprise dans le projet de réforme du *Code civil*³².

La nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* pose par ailleurs à l'a. 9 le principe que le consentement du consommateur doit être donné librement et en pleine connaissance de cause. Elle vise donc entre autres l'erreur^{32a}. Tenant

³⁰ Comme nous avons pris le parti de suivre le plan adopté par M. J. Ghestin, pour mieux pouvoir mesurer la portée de sa philosophie en droit québécois, nous traiterons de la lésion là où il en a traité, c'est-à-dire avec l'objet. Pour les raisons que nous exposerons sous ce titre, la lésion devrait en droit québécois être incluse parmi les vices du consentement.

³¹ Voir par exemple en jurisprudence *Rawleight Co Ltd c. Dumoulin*, (1926) R.C.S. 551; *Faubert c. Poirier*, (1959) R.C.S. 459; *Hendelman Furs Ltd c. Hollander and Son Ltd*, (1971) C.S. 662; Voir en doctrine J.L. BAUDOIN, *Les obligations*, Montréal P.U.M. 1970, p. 73; M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, P.U.L., 1975, p. 58; Jean PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, éd. Thémis 1979, p. 50. Cet auteur semble cependant voir germer dans l'esprit de certains juges une possibilité de changement en direction du droit français. Il en est sans doute de même selon la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, car il serait douteux que l'on puisse interpréter l'article 9 de manière à exclure la faute inexcusable. Il serait en effet paradoxal que cette loi dont le but est d'assurer la protection du consommateur soit au moins protectrice de son consentement que le droit commun. Cela n'exclurait cependant pas la possibilité que le consommateur puisse être condamné aux dépens de l'action (cf. note 32 et note 216). Par ailleurs, il serait tout à fait normal que le consommateur ne puisse jouir de la protection de la loi en lui refusant la nullité, chaque fois qu'il apparaît que le recours aurait pour but de détourner la loi de sa fonction, du fait qu'en raison de sa mauvaise foi, il n'aurait pour objet que de lui permettre de tirer un avantage au préjudice du commerçant. La sanction serait en quelque sorte la même que celle du mineur qui ne peut demander la protection de l'a. 1011 C.c. lorsqu'il a utilisé une manœuvre dolosive pour tromper son cocontractant sur son âge. La solution inverse serait au contraire, tout à fait inacceptable. (Voir par ailleurs l'opinion de M.C. MASSE, *L'équité contractuelle*, in: *The Meredith Memorial Law Lecture*, Montreal, De Boo, 1979, p. 60)

³² Le demandeur pourra cependant être condamné à verser des dommages et intérêts au défendeur en raison de sa faute. Cf. a. 30 et 39 du livre des obligations du projet de réforme du *Code civil* (vol. I) ainsi que leurs commentaires, Vol. II, t. 2, page 613 et 616. Voir également en doctrine A. LAROCHE, *Les obligations*, in, *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, 1979, p. 88.

^{32a} L'a. 9 parle en effet du consentement en général, et l'a. 270 réfère aux recours possibles selon le *Code civil*. Voir également N. L'HEUREUX, *Le droit de la consommation*, op. cit., note 13, no 35, p. 35; pour le rapport entre l'a. 9 et l'a. 272, voir A.P. BOURDON, *Les contrats et les garanties, La protection du consommateur*, Cours de formation permanente du Barreau du Québec, no 54, 1980-81, p. 116.

compte par ailleurs de la position dominante qu'une partie occupe dans ces cas par rapport à l'autre, et des abus plus ou moins subtils que cela est susceptible d'engendrer, ce même article élargit la notion de vices de consentement du *Code civil* au profit du consommateur. C'est ainsi qu'il impose aux juges de tenir compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et les avantages qui résultent du contrat pour le consommateur³³.

Les critères dont s'inspirent sans doute déjà les juges³⁴ devraient en tout cas les inciter à un plus grand libéralisme pour admettre l'erreur, chaque fois qu'il apparaît que le consommateur n'a pas donné son consentement en parfaite connaissance de cause, et qu'il en résulte une situation injuste pour lui. Cette disposition est donc de nature à contribuer au «renouveau de la justice contractuelle», dans le droit positif, surtout si l'on tient compte de la très vaste étendue qu'y occupe la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*. Cette évolution du droit s'inscrit donc dans la philosophie moderne des contrats.

LE DOL.

Quant au *dol*, le professeur J. Ghestin souligne que la jurisprudence récente traduit incontestablement une exigence de loyauté plus grande que celle qu'avaient envisagée les rédacteurs du *Code civil*. Cela se justifie, dit-il, en raison de l'évolution convergente des législations vers une plus grande bonne foi dans les relations contractuelles entre les parties. C'est ainsi que les règles destinées à assurer la protection du consommateur en donnant force obligatoire aux documents publicitaires, et en développant l'obligation d'information, ne semblent plus laisser qu'une place très réduite au *dolus bonus*. De même l'auteur souligne que la complexité des techniques et de la réglementation, rendent de nos jours nécessaire l'exacte information des parties, en particulier lorsque l'une d'elles est un professionnel, qui peut être tenté par son silence de tirer parti de l'ignorance de l'autre. C'est ce qui explique, dit-il, l'importance prise récemment par la notion de réticence dolosive dans le droit positif.

Cette analyse s'applique parfaitement à l'évolution du droit québécois, notamment depuis l'adoption de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, qui oblige le commerçant à divulguer certaines informations précises

³³ N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, no 35, p. 35 et s.

³⁴ Voir par exemple l'affaire *Credit Trans-Canada Ltée c. Brazeau*, C.S. Montréal 500-05-008090795, juris. express. 1980 no 30, jugement no 80-592, dans laquelle l'on a jugé, alors que l'article 9 de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* ne s'appliquait pas puisque la clause d'action avait pris naissance avant son entrée en vigueur, que «l'atmosphère d'appréhension dans laquelle vivait la défenderesse, les fausses représentations de la demanderesse ni les effets de la signature, et le fait que la convention ne soit rédigée qu'en anglais, ont contribué à l'induire en erreur ou à vicier son consentement».

concernant le prix ou le produit³⁵. Cette loi qui interdit en outre toute une série de pratiques de commerce, crée une sorte de code de déontologie du commerçant, destiné à rétablir un climat de confiance et de loyauté dans le domaine contractuel³⁶. De plus l'article 43 de cette même loi prévoit qu'une garantie relative à un bien ou à un service mentionnée dans une déclaration ou un message publicitaire d'un commerçant ou d'un manufacturier, lie ce commerçant ou ce manufacturier. Enfin l'article 9 est de nature en matière de dol, comme dans le cas de l'erreur, à inciter les juges à l'admettre plus facilement, surtout compte tenu des exigences de loyauté qui résultent de l'ensemble des autres dispositions. Ici encore, ces dispositions, par l'étendue de leur champ d'application, sont de nature à imprégner très largement le droit positif d'un esprit de justice et de bonne foi, qui correspond à la philosophie nouvelle des contrats.

Soulignons par ailleurs qu'il semble exister une confusion terminologique entre le droit français et le droit québécois à propos de ce que nous appelons le *dol incident*. En droit français, l'on désigne ainsi la théorie qui permet au juge de refuser une demande en nullité qui lui est présentée, et d'y substituer des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi, sous prétexte que les manœuvres n'ont pas exercé une influence déterminante sur le consentement, mais n'ont fait qu'amener la victime à contracter à des conditions plus désavantageuses. Le choix de sanction n'apporte pas ici à la victime mais au juge. En France, comme au Québec, cette solution est rejetée. Par contre, l'on admet dans les deux systèmes juridiques la possibilité pour la victime du dol de ne pas demander la nullité, mais de réclame, à sa place des dommages intérêts équivalents à la perte subie. C'est ce recours que l'on qualifie *au Québec* de dol incident. Au-delà des termes utilisés la solution est donc la même. D'origine jurisprudentielle³⁷ elle est

³⁵ L'on peut donner à titre d'exemple l'a. 223 qui oblige le commerçant à indiquer de façon claire et lisible, le prix de vente, sur chacun des biens qu'il vend dans son établissement. Mentionnons également les contrats de crédit, qui doivent, selon la catégorie à laquelle ils appartiennent contenir les informations prévues à l'article 115, 125, 134 ou 150. De même, l'art. 156 prévoit les mentions que doit contenir l'étiquette qui doit être apposée de façon visible sur chaque automobile ou motocyclette d'occasion que le commerçant offre en vente. Pour une analyse plus complexe, voir N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, p. 145 à 200.

³⁶ Voir le titre de la *Loi sur la protection du consommateur* consacré aux «pratiques de concurrence», a. 215 à 253, et particulièrement l'a. 219. Voir également la *protection du consommateur*, guide pratique d'application no 4, *Les pratiques de commerce et la publicité*, 1980, Gouvernement du Québec, Office de protection du consommateur, préambule, p. 1.

³⁷ *Bellerose c. Bouvier*, (1955) B.R. 175; *Bellemare c. Dionne*, (1961) B.R. 524; *Manseau c. Collette*, (1955) C.S. 2; *Mercier c. Saucier*, (1960) C.S. 305; *Roy c. Dubreuil*, (1964) R.P. (C.S.) 403. Les bases juridiques de ce recours de *création purement jurisprudentielle* sont cependant incertaines — la doctrine et la jurisprudence semblent en effet hésiter à le rattacher soit au domaine délictuel, soit au domaine contractuel. (Voir par ex: *Nissan Automobile c. Pelletier*, (1976) C.S. 296; Voir également les observations à ce sujet de M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, op. cit., note 31, p. 62). De ce rattachement dépendent pourtant certaines conséquences différentes, notamment en ce qui concerne le *délai de prescription*, mais aussi quant à l'*admissibilité même de l'action*. Quant au *premier point*, si l'action est de nature contractuelle, le délai de prescription serait de trente ans en vertu de l'a. 2242 C.c., à moins qu'on la rattache à l'action *quantum minoris* qui existe en cas de vices cachés. Dans ce cas le délai de prescription serait alors un délai raisonnable selon l'a. 1530 C.c. (cf. *Girard c. J. D. Chevrolet Oldsmobile Ltée*, (1973) C.S. 263; Commentaire P.G. JOBIN, «La sanction

aujourd'hui consacrée par la nouvelle Loi québécoise sur la protection du consommateur³⁸. Elle est également contenue dans le *projet de révision du Code civil*³⁹. Cette solution s'inscrit donc parfaitement dans l'esprit de cette philosophie qui cherche à assurer un juste équilibre entre les parties, tout en recherchant la sanction la plus efficace contre les abus, puisqu'elle permet précisément d'y

du dol sur vice caché», (1973) 14 C. de D. 343; *Girard c. Bédard Dodge*, (1976) C.P. 231). Si au contraire l'action est de nature délictuelle, le délai de prescription serait de deux ans, selon l'a. 2261 C.c., lorsqu'il s'agit de dommages matériels. Quant au *deuxième point*, si l'action est fondée sur un vice du consentement dans la formation du contrat, cela peut conduire à refuser carrément l'action lorsque la réduction du prix dépasse la moitié du prix fixé au contrat, du fait que l'on ne peut plus dire en raison de son importance par rapport à l'objet du contrat, que le vice du consentement n'est qu'«incident». Puisqu'il est «principal», il n'y a pas d'autre alternative que d'anéantir le contrat en entier (cf. *Édifice Montcalm c. Cojal*, (1975) C.S. 117; conf. en appel: C.A., Québec, 21 janvier 1977, no 09-0000 55-75). Si au contraire, il ne s'agit pas d'une action contractuelle, c'est-à-dire que le demandeur n'invoque pas le vice du consentement pour remettre le contrat en cause, mais qu'il se contente d'invoquer la faute du défendeur pour lui demander réparation du dommage qu'il lui a ainsi causé, et qu'il fonde son action sur la faute et l'article 1053 C.c., la seule limite au montant de la réclamation sera celle du montant des dommages. Sans prétendre donner une réponse définitive à cette question controversée, il n'est cependant pas interdit de rechercher la solution qui semblerait la plus logique. Celle qui paraît certainement la moins acceptable est le rattachement au domaine contractuel. En effet, considérer qu'il s'agit d'une faute dans l'exécution du contrat qui entraîne des dommages et intérêts contractuels en vertu de l'a. 1065 C.c., revient à dire qu'il y a eu faute dans l'exécution des obligations qu'il contient. Or précisément, c'est l'entente sur ces obligations qui est en cause: soit, elle a eu lieu et le demandeur ne peut se plaindre, soit, elle n'a pas eu lieu et le contrat doit être annulé, soit encore, si elle a eu lieu après coup, il y a confirmation du contrat et par-là même acceptation rétroactive des obligations, en particulier du prix, et le demandeur ne peut donc plus se plaindre. Il ne saurait non plus invoquer l'action *quantum minoris*, puisque précisément, il a confirmé le contrat, et que par ailleurs cette action est uniquement réservée en matière de vices cachés (a. 1522 à 1530 C.c. en matière de contrat de vente, et a. 1606 et 1610 C.c. en matière de louage de chose). *En conséquence, si la faute n'a pas été commise dans l'exécution du contrat, c'est donc en dehors qu'elle l'a été. L'on se situe alors sur le plan délictuel.* Par ailleurs, comme l'action n'a pas véritablement pour but la remise en cause du contrat, mais uniquement la réparation des dommages qui résultent de la faute du défendeur, il suffit à ce dernier d'intenter une action en responsabilité basée sur l'a. 1053 C.c. sans pour autant toucher au contrat. En conséquence, il s'agit d'une action purement délictuelle, le délai de prescription est donc de deux ans pour les dommages matériels, à compter de la découverte de celui-ci (a. 2261 C.c.). En outre le montant de ceux-ci n'a pour limite que les conséquences directes de la faute (a. 1075 C.c.) et non pas une certaine proportion du prix payé. Le fondement délictuel de cette action a par ailleurs été reconnu en doctrine (voir A. LAROCHE, «Chronique du droit des obligations», 1972 R.G.D. 136; 1975 R.G.D. 199; 1979 R.G.D. 82; et, semble-t-il, également par J.L. BAUDOUIN, «Les obligations», *op. cit.*, note 31, p. 83; J. PINEAU, Théorie des obligations, *op. cit.*, note 31, p. 58 et s.). La nouvelle Loi de la protection du consommateur règle ce problème en permettant dans tous les cas une action en diminution de prix (a. 272) accompagnée d'un délai de prescription qui ne dépend pas du fondement juridique de l'action, mais du genre d'obligation violée (a. 273, 274, 275). Le projet de réforme du Code civil apporte le même genre de solution au problème. L'a. 38 du livre des obligations admet en effet l'action en réduction de prix dans le cas de tous les vices du consentement et le délai de prescription est identique dans tous les cas, puisque, selon l'a. 49 du livre de la prescription, tous les droits personnels se prescrivent par trois ans.

³⁸ Lorsque le commerçant se livre aux fausses représentations auxquelles renvoie l'art. 253, il y a présomption que si le consommateur a eu connaissance de cette pratique, il n'aurait pas contracté ou n'aurait pas donné un prix si élevé. Il peut alors exercer tous les recours civils prévus par l'art. 272. Notamment il peut réclamer la réduction de son obligation ou la nullité du contrat.

³⁹ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, *op. cit.*, note 21, a. 31 et 38 du livre des obligations; voir également *Rapport sur le Code civil*, vol. II Commentaires, Québec, éd. officiel, 1977, t. 2, p. 615.

remédier, tout en maintenant le contrat, si la victime le désire. Elle constitue ainsi une alternative intéressante à la nullité, qui est un moyen de protection extrême⁴⁰.

LA VIOLENCE.

Quant à la *violence*, M. J. Ghestin la définit d'une façon classique, cependant il souligne une tendance récente de la jurisprudence à faire application de cette notion dans les cas où une partie à un contrat se trouve en situation de dépendance économique à l'égard de l'autre, dans des conditions telles qu'il lui est impossible de défendre ses intérêts lors de la négociation d'un contrat ou de sa révision. Parallèlement, l'auteur observe une tendance doctrinale qui cherche à rapprocher de cette notion, la vente agressive à domicile. Il fait lui-même une relation entre la violence et la répression des clauses abusives dans les contrats d'adhésion.

La *jurisprudence québécoise* a déjà manifesté une certaine tendance à élargir la notion de crainte dans ce sens⁴¹. L'article 9 de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* semble permettre encore plus facilement une interprétation aussi libérale⁴². Il en est de même, semble-t-il, du *projet de réforme du Code civil*⁴³. Il est à souligner que dans ces situations, la victime doit prouver le comportement abusif du défendeur, mais qu'elle n'a pas à établir que le contrat est lésionnaire pour obtenir la remise en cause de celui-ci⁴⁴. Peu importe donc qu'il le soit ou non, ce qui importe c'est la preuve des éléments constitutifs de ce vice du consentement⁴⁵. Si celle-ci n'est pas suffisante, le contrat ne pourra être remis en

⁴⁰ Il est à noter que cette alternative existe également comme sanction du défaut de formation d'un contrat, ainsi que nous le verrons plus loin en étudiant la question, dans le cas de tous les autres vices du consentement (erreur, violence, lésion), selon la combinaison des articles 9, 270 et 272 de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, (voir dans le même sens N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 13, no 35, p. 35 et s.). Il en est de même selon l'article 38 du livre des obligations, du *projet de réforme du Code civil*.

⁴¹ Cf. *Joubert c. Lapierre*, (1972) C.S. 476. Notons cependant qu'un contrat conclu par une personne qui est en état de nécessité économique sans qu'il y ait abus de la part de l'autre contractant, n'est pas considéré comme conclu sous l'emprise de la violence ou de la crainte. Cf. J.L. BAUDOUIN *L'état de nécessité dans les contrats*, 1963 *Thémis* 170; P.G. JOBIN, «Les prochaines dispositions sur l'exploitation», 1979 *R.G.D.* 132 p. 139.

⁴² Voir nos propos sur l'article 9 de cette loi, dans le cadre de l'erreur et du dol.

⁴³ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, *op. cit.*, note 21, livre des obligations, a. 35: «la crainte inspirée par la menace ou l'exercice abusif d'un droit ou d'une autorité vicié le consentement». Les commentaires des auteurs de ce projet, se rapportant à cet article, réfèrent en effet à l'élargissement jurisprudentiel apporté aux articles 997 et 998 du *Code civil* actuel, par l'affaire *Joubert c. Lapierre*, précitée, note 41.

⁴⁴ Selon le *Code civil* actuel seule la nullité pourrait être réclamée (a. 1000 C.C.). Lorsque la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* s'applique, le consommateur victime de ce genre d'abus pourra, s'il le préfère, demander une réduction de ses obligations (a. 272). Il en est de même selon le *projet de révision du Code civil* (a. 35 du livre des obligations — voir *supra*, note 40).

⁴⁵ Selon la jurisprudence actuelle il semble cependant que lorsqu'il y a lésion, cela facilite la preuve des autres faits allégués par le demandeur pour prouver que le contrat a été conclu sous l'emprise d'une contrainte illégitime. L'analyse du résultat lésionnaire viendrait en quelque sorte corroborer les autres faits, et démontrer que le contrat n'a pas été conclu librement. (Cf. *Joubert c. Lapierre*, *op. cit.*, note 41). Cette forme de violence peut à l'extrême conduire à introduire par un moyen détourné la notion de lésion dans le droit commun actuel, qui ne le reconnaît pas encore directement comme vice du consentement. Notons que dans le cadre de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, la lésion est suffisante selon l'a. 8 pour entraîner la remise en cause du contrat, sans qu'il soit nécessaire de prouver en plus la violence. Il en est de même selon le *projet de réforme du Code civil* (a. 37 du livre des obligations).

question sur la base de la crainte. L'évolution du droit québécois dans ce domaine, témoigne ici, à nouveau, d'un souci d'accroissement de la justice dans les relations contractuelles.

Pour des raisons qui semblent propres au droit français, M. J. Ghestin n'étudie pas *la lésion* dans le cadre des vices du consentement, alors que c'est dans ce contexte qu'elle devrait l'être en droit québécois, ainsi que nous le verrons. Comme nous avons pris le parti de suivre le plan de son ouvrage pour mieux suivre point par point l'application au Québec, de la philosophie moderne des contrats qu'il a dégagée du droit français, nous traiterons donc de cette question, là où il traite: avec l'objet.

Suite à l'étude de ces moyens traditionnels de protection du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence, le professeur J. Ghestin analyse les autres modes de protection que le droit objectif contemporain a développés pour compléter les précédents, dans le but d'assurer une meilleure justice dans les relations contractuelles.

Les autres modes de protection du consentement.

Il s'agit principalement de la mise en place de *mesures préventives* correspondant à la multiplication des règles d'ordre public de protection. Elles sont, dit-il, destinées à jouer en faveur de certaines catégories de contractants que l'on a jugées en état d'infériorité. Ces dispositions qui tendent à imposer un certain formalisme, entraînent des sanctions civiles, mais souvent également des sanctions pénales, ce qui est, dit-il, nouveau.

Ces modes de protection, souligne M. J. Ghestin, visent à rendre le consentement plus libre, plus réfléchi et plus éclairé. Ainsi pour rendre le consentement plus libre, l'auteur constate que le législateur a *réglementé ou interdit certaines formes d'invitation à contracter*, telles que la vente par commerçant itinérant ou celle par envoi forcé. Par ailleurs, pour rendre le consentement plus réfléchi, l'auteur souligne que les lois récentes instituent souvent un *délai de rétractation*, qui permet à la partie qu'elles cherchent à protéger, de mettre fin au contrat alors que celui-ci est déjà effectivement conclu. De plus M. J. Ghestin observe que pour rendre le consentement plus éclairé, l'on a soumis la publicité à une réglementation plus rigoureuse. Il relève en outre que le législateur a pris une série de dispositions ponctuelles qui imposent l'insertion dans des contrats de plus en plus nombreux, de *mentions informatives*. Il démontre enfin et surtout que ces interventions législatives peuvent être rapprochées de l'évolution de la jurisprudence qui tend à reconnaître en droit commun l'*existence d'une obligation précontractuelle de renseignements*.

Dans une synthèse magistrale de cette jurisprudence qui constitue une clarification importante de cette question, le professeur Jacques Ghestin démontre en effet que l'obligation pré-contractuelle de renseignements fait partie de la théorie générale du contrat. Il en établit l'existence à partir notamment du silence qui peut dans certaines circonstances constituer un dol et entraîner la nullité du

contrat, ou encore à partir de l'action en responsabilité à laquelle s'expose le contractant qui donne une information trompeuse, ainsi que le vendeur spécialisé qui n'a pas dévoilé un vice caché affectant l'objet du contrat. Il note que cette évolution du droit positif correspond à la prise en considération de l'inégalité des parties, spécialement dans les relations entre profanes et professionnels et dans les contrats d'adhésion. Il conclut enfin cette analyse en précisant le contenu de cette obligation précontractuelle de renseignements. C'est ainsi que: «Celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son contractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies⁴⁶»

Cette analyse de l'obligation précontractuelle d'information peut fort bien s'appliquer également au *droit positif québécois*, puisque le dol par réticence, et la responsabilité résultant d'une information trompeuse, y existent aussi. Il en est de même de l'obligation d'information concernant les défauts affectant le produit vendu, qui est le corollaire de l'obligation de garantie des vices cachés, sanctionnée par les articles 1522 et suivants du *Code civil*. D'ailleurs, suivant une jurisprudence récente, inspirée du droit français⁴⁷, cette obligation de garantie existe dans le cas du manufacturier, même lorsqu'il n'a pas vendu le produit défectueux directement au demandeur. Cette extension jurisprudentielle de la garantie du manufacturier à l'acquéreur subséquent se trouve consacrée dans la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*⁴⁸. Le *projet de réforme du Code civil* contient des dispositions du même genre⁴⁹.

Notons également que les autres moyens de protection du consentement mentionnés par le professeur J. Ghestin, se sont aussi développés dans le droit québécois récent, parallèlement aux vices du consentement. C'est ainsi que la vente par envoi forcée est interdite par l'article 230 de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*. Cette même loi prévoit par ailleurs un délai de résolution dans le cas de plusieurs catégories de contrats⁵⁰. Elle contient en outre

⁴⁶ J. GHESTIN, *Le contrat*, op. cit., note 2, no 508, p. 412.

⁴⁷ *General Motor c. Kravitz*, op. cit., note 9.

⁴⁸ L. Q. 1978 c. 9, a. 53, 54 et 152.

⁴⁹ Rapport sur le *Code civil*, vol. I, a. 102 du livre des obligations. Notons cependant que ce recours est placé dans le domaine délictuel qui ne permet en conséquence à l'acquéreur subséquent, que d'obtenir des dommages intérêts. Afin de lui donner le choix de pouvoir exercer une action rédhibitoire, il serait utile de prévoir des dispositions dans ce sens au chapitre des contrats. Pour une analyse plus détaillée de cette question voir nos propos dans: *La garantie du manufacturier: récents développements et perspectives futures en droit québécois*, op. cit., note 9, p. 171.

⁵⁰ Le contrat était bien formé, puisque la loi parle de sa «résolution». Ce délai est de dix jours dans le cas d'un contrat conclu par un commerçant itinérant (a. 59); il est de deux jours dans le cas d'un contrat de prêt d'argent et d'un contrat assorti d'un crédit (a. 73); le délai commence à courir à compter du jour où le consommateur est en possession du double du contrat. La résiliation est également possible à certaines conditions dans le cas des contrats de louage de services à exécution successive qui y sont réglementés: Cours de danse, de personnalité, studio de santé, etc. (Cf. a. 193 à 195; a. 202, 203; 209 à 213).

plusieurs dispositions concernant la loyauté de la publicité⁵¹, ainsi que les mentions informatives obligatoires dans certains contrats⁵². Enfin le formalisme que ces mesures préventives de protection du consentement entraînent, est sanctionné tant civilement⁵³ que pénalement⁵⁴.

La création par le droit objectif de ces divers modes nouveaux de protection du consentement et la large portée de ses dispositions dans le droit positif démontrent bien que la philosophie qui l'anime aujourd'hui est la recherche d'une meilleure justice dans les rapports contractuels.

Après cette étude du consentement, M. J. Ghestin aborde celle de l'objet, deuxième élément essentiel à l'existence du contrat.

TITRE II: L'OBJET.

C'est dans ce cadre qu'il traite entre autres de deux questions intéressantes: la lésion et les clauses abusives. Il rattache en effet la première à la valeur de l'objet et la deuxième à sa licéité.

La lésion.

L'auteur analyse la *lésion* avec l'objet du contrat, du fait qu'en droit français, la lésion suppose une comparaison entre la valeur vénale objective des prestations échangées et pratiquement, puisque «la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange» (art. 1706 C.N.), une comparaison entre le prix et la valeur de la contrepartie. Il souligne en outre que celle-ci n'existe que dans des cas limités tant par le législateur que par la jurisprudence. Le droit positif réalise ainsi un compromis entre d'une part les principes de la sécurité juridique et la liberté contractuelle qui conduisent à maintenir le contrat, et d'autre part le principe de la justice commutative, qui conduit à annuler les conventions dans lesquelles l'une des parties donne davantage que ce qu'elle reçoit, et qu'il en résulte un déséquilibre excessif entre la valeur des prestations.

Le professeur J. Ghestin regrette cependant que ce compromis soit aussi timide. *Aussi aurait-il souhaité que l'on adopta en France, une solution telle que celle contenue dans le projet de réforme du Code civil du Québec*, qui érige la lésion en principe général, sous réserve de certaines conditions. Cette solution permettrait, dit-il, d'assurer d'une façon plus souple et plus efficace la protection

⁵¹ Cf. *supra*, note 36.

⁵² Cf. *supra*, note 35.

⁵³ L.Q., 1978 c. 9, a. 272. La sanction civile peut être accompagnée d'une sanction pénale privée, puisque la violation de cette loi peut donner lieu à des dommages et intérêts exemplaires en plus des dommages et intérêts réparatoires: cf. *supra*, responsabilité résultant de l'annulation des contrats.

⁵⁴ L. Q. 1978 c. 9, a. 279.

de certaines catégories de contractants qui semblent mériter cette faveur particulière. Ces dispositions se rapprocheraient ainsi de l'ordre public de protection. Il est intéressant de constater à ce propos que la France n'a pas retenu ce principe lors de l'adoption d'une loi récente concernant la protection du consommateur⁵⁵, en raison, semble-t-il, d'une forte opposition au développement du trop grand pouvoir de contrôle judiciaire que cela donnerait aux tribunaux. Notons à ce sujet que *la réforme la plus significative du projet de Code civil, réside précisément dans cette politique de donner aux tribunaux la mission d'assurer la justice et l'équité dans les relations contractuelles*, en leur confiant un large pouvoir d'appréciation et en leur donnant l'occasion de l'exercer par les dispositions relatives à la lésion, aux clauses abusives et à l'imprévision⁵⁶, qui viennent s'ajouter aux règles traditionnelles de protection contre les vices du consentement⁵⁷.

Il est encore trop tôt pour savoir si le législateur québécois donnera un pouvoir aussi étendu à nos tribunaux dans le cadre du nouveau *Code civil*. Peut-être attendra-t-il avant de le généraliser de voir les résultats de l'application de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, dans laquelle il n'a pas hésité à introduire de façon très extensive la notion de lésion. Le champ d'application très large de cette nouvelle loi peut en faire à cet égard un ballon d'essai des plus significatifs⁵⁸.

Compte tenu de cette nouvelle loi qui s'applique, rappelons-le, à tout contrat portant sur un service ou un bien mobilier conclu entre un commerçant et un consommateur, l'on peut soutenir que *la lésion fait très largement partie du droit positif québécois*. Celle-ci se trouve donc correspondre encore plus que le droit français à la nouvelle philosophie des contrats dégagée par le professeur Jacques Ghestin. La notion de lésion contenue dans la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* va d'ailleurs au-delà de la solution qu'il aurait souhaité voir adopter par le législateur français, ainsi d'ailleurs que de celle contenue dans le *projet de réforme du Code civil du Québec*, qu'il suggérerait comme exemple pour mieux assurer la protection de la partie la plus faible du contrat. Ce dernier ne contient en effet dans le cas des majeurs, que la première forme de lésion prévue

⁵⁵ Loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, couramment appelée *Loi Scrivner*. Le contrôle judiciaire qui était à l'origine, prévu dans ce projet de loi, a été remplacé lors de son adoption par des décrets pris en Conseil d'État pour déterminer les clauses abusives. Cf. J. GHESTIN, *Le contrat*, op. cit., note 2, p. 474, no 578.

⁵⁶ L'imprévision concerne des circonstances nouvelles et imprévues survenues ultérieurement à la conclusion du contrat, et qui rendent plus onéreuses les conditions de son exécution. Les conditions de la lésion doivent au contraire déjà exister au moment de la conclusion du contrat. Le *projet de réforme du Code civil* prévoit à l'a. 75 du livre des obligations, que l'imprévision ne libère pas en principe le débiteur de son obligation. Le paragraphe deuxième ajoute cependant, qu'exceptionnellement le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables.

⁵⁷ Cf. A. LAROCHE, *Les obligations*, in *Les enjeux de la révision du Code civil*, op. cit., note 32, p. 122.

⁵⁸ Cf. *supra*, note 24 et *infra* conclusion, d'autant plus qu'elle est la sanction des vices du consentement dans les nombreux contrats visés par cette loi, cf. *supra*, note 32a.

par l'article 8 de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*⁵⁹. Il ne prévoit pas la deuxième⁶⁰.

Les formes de lésion en droit québécois.

La première forme de lésion prévue par l'article 8 de la nouvelle Loi sur la protection du consommateur résulte de l'exploitation.

L'exploitation s'établit elle-même par la preuve d'une disproportion considérable entre les prestations respectives des parties au préjudice de celle qui est le consommateur. La disproportion considérable s'apprécie en tenant compte de l'ensemble du contrat et non pas uniquement par rapport au prix payé par le consommateur pour le bien ou le service. En effet, il n'y aura pas lésion si la disproportion importante entre ces deux éléments est justifiée par les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, ou encore si elle est compensée par d'autres avantages qui résultent du contrat pour le consommateur. Le tribunal doit en effet selon l'article 9 tenir compte des risques et des conditions accessoires assumées par chaque partie⁶¹. Ainsi, si l'auteur de ces éléments ne peut justifier la disproportion importante qui existe entre le prix payé par le consommateur et les biens ou les services, cela fera naître une *présomption irréfutable d'exploitation* à l'encontre du commerçant⁶². Cette exploitation permettra au consommateur d'obtenir la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent.

La preuve de l'exploitation ne résulte donc pas de l'analyse de l'utilisation ou non de manoeuvres frauduleuses par le commerçant, pour amener le consommateur à contracter, comme c'est le cas en matière de dol. Elle résulte uniquement de celle du déséquilibre existant entre les prestations au moment de la passation du contrat⁶³. Son importance si elle est jugée suffisamment considérable par le tribunal, fera *présumer de façon irréfutable l'exploitation de la part du commerçant, c'est-à-dire un abus de sa position dominante sur le consentement du consommateur*⁶⁴.

⁵⁹ Même si la première forme de lésion existe dans ces deux textes, il faut cependant faire certaines nuances entre eux en ce qui concerne la preuve. Cf. C. MASSE, *L'équité contractuelle*, in: *The New Consumer Protection Act of Quebec*, Meridith Memorial Lectures, Montreal, De Boo, 1979, p. 60, n. 54.

⁶⁰ Le *projet de réforme du Code civil* réserve en effet la deuxième forme de lésion à la protection des mineurs et des incapables majeurs. Il en traite d'ailleurs aux articles 114 al. 1 et 193, du livre sur les personnes.

⁶¹ Cf. C. MASSE, *L'équité contractuelle*, op. cit., note 59, p. 60; A.P. BOURDON, *Les contrats et les garanties*, in: *La protection du consommateur*, cours de Formation Permanente du Barreau du Québec, no 54, 1980-81, p. 73, aux p. 115 et s. L'auteur y fait un lien très net entre les articles 8 et 9. Ce lien est fait d'une manière aussi précise par N. ARCHAMBAULT, *Protection du consommateur*, Cours de formation professionnelle du Barreau du Québec, 1980-81, p. 83.

⁶² N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, p. 34.

⁶³ C. MASSE, *L'équité contractuelle*, op. cit., note 59, p. 60; N. ARCHAMBAULT, *La Protection du consommateur*, op. cit., note 61, p. 84.

⁶⁴ Cette forme de lésion entre majeurs existe déjà dans le *Code civil* à l'art. 1040 c. mais elle est limitée au contrat de prêt d'argent. Cet article a donné naissance à une jurisprudence abondante, voir par exemple: *Boutin c. Corp. de finance Belvédère*, (1970) C.A. 389; *Fribourg Ins. Corp. c. Savage*, (1970) C.A. 612; *Drummond c. Canadian Consumers Loan & Finance Corp.*, (1975) C.S. 819; *Agence Lyon c. Cadrin*, (1975) 16 C. de D. 147.

La deuxième forme de lésion prévue par l'a. 8, consiste pour le consommateur à avoir contracté une *obligation excessive* du fait qu'elle n'est pas utile, et qu'elle est trop lourde pour ses moyens, de telle sorte qu'elle met en péril son patrimoine et devient pour lui une source d'embarras très sérieux. Dans ce cas, les prestations respectives des parties sont équilibrées, cependant celles contractées par le consommateur sont excessives par rapport à ses moyens. C'est parce que le contrat devient ainsi une source d'ennuis graves, qu'il est considéré comme abusif et exorbitant, et qu'en conséquence il justifie la protection du consommateur. La lésion se prouve ici en établissant dans chaque cas d'espèce que le contrat est trop lourd pour le consommateur, compte tenu de la condition des parties, ainsi que le mentionne l'a. 9. Cette deuxième forme de lésion est très subjective, puisqu'elle dépend dans chaque cas des moyens du consommateur. La preuve de la lésion consiste en effet à établir que dans l'espèce soumise au tribunal, le contrat est désastreux pour le patrimoine du consommateur qui se trouve ainsi mis en péril. Contrairement à la forme précédente de lésion, on ne présume pas ici que cette situation résulte de l'exploitation de la part du commerçant. L'on se rapproche en fait de l'une des formes de lésion développée par la jurisprudence dans le but d'assurer la protection du mineur⁶⁵.

Cette conception très extensive de la notion de lésion contenue dans la *Loi sur la protection du consommateur* a soulevé des inquiétudes quant à la stabilité des contrats⁶⁶. Sans doute, y a-t-il là un risque, mais celui-ci n'a-t-il pas également existé lorsque l'on a admis l'erreur de l'un des contractants comme cause de nullité? En fait, la solution à ce problème réside dans l'application des critères définis par le législateur, de façon juste et raisonnable, de manière à ne remettre en cause que les contrats dans lesquels les obligations imposées au consommateur sont tellement lourdes ou déséquilibrées, qu'elles offensent la bonne conscience et violent les règles de la moralité commerciale⁶⁷. Les tribunaux ont su s'acquitter de ce rôle de façon satisfaisante dans le cas des vices du consentement, il n'y a pas en conséquence, de raison de croire qu'il n'en sera pas également ainsi dans le cas de la lésion. Ces inquiétudes résultent du fait qu'il s'agit là d'une limitation importante au principe traditionnel de l'autonomie de la volonté, puisque ce dernier interdit le plus possible, la remise en cause des contrats conclus par les parties. Quoi qu'il en soit, les résultats de cette expérience permettront de conclure à l'opportunité ou non, d'étendre cette notion à tous les contrats conclus entre majeurs, du moins en cas de disproportion importante entre les prestations des parties, ainsi que le propose le *projet de réforme du Code civil* à l'article 37 du livre des obligations.

⁶⁵ Voir C. MASSE, *L'équité contractuelle*, op. cit., note 59, p. 61; P.G. JOBIN, «Les prochaines dispositions sur l'exploitation», 1979 *R.G.D.* 132, p. 141; N. ARCHAMBAULT, *Protection du consommateur*, op. cit., note 61, p. 83; A.P. BOURDON, *Les contrats et les garanties*, op. cit., note 61, p. 54. Sur la lésion du mineur voir J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31, p. 91 et s., *Grenier Automobile c. Thauvette*, (1969) C.S. 159.

⁶⁶ P.G. JOBIN, *Les prochaines dispositions sur l'exploitation*, op. cit., note 65, p. 141.

⁶⁷ C. MASSE, *L'équité contractuelle*, op. cit., note 59, p. 62; N. ARCHAMBAULT, *La protection du consommateur*, op. cit., note 63, p. 83.

Le fondement de la lésion

M. Ghestin termine l'étude de la lésion en tentant de déterminer son fondement juridique. À la suite d'une analyse du droit positif il constate qu'en France cette notion n'a pas une base unique. En effet, la lésion ne sera quelquefois cause de nullité que dans la mesure où le résultat disproportionné du contrat étant ignoré par celui qui en est victime, elle se rattache alors au consentement. Tantôt au contraire, la lésion sera cause de nullité du simple fait de l'existence d'un déséquilibre ou d'un défaut d'équivalence dans les prestations, dépassant une certaine proportion, sans qu'aucune référence ne soit faite au consentement de la partie lésée. M. J. Ghestin constate alors que le fondement de la lésion comme base de la nullité est incertain dans ces cas. En effet, il souligne que l'absence de référence au consentement la sépare ici du dogme de l'autonomie de la volonté. Il observe en outre que si la lésion peut se rattacher, du fait de l'absence de contrepartie suffisante, à l'absence de cause partielle pour justifier la nullité, elle peut aussi se rapprocher de la justice commutative, et par-là même de la cause immorale. Or, dit-il, la nullité qui résulte de l'une ou de l'autre de ces causes différentes, n'est pas forcément de même nature, l'une pouvant être relative et l'autre absolue.

Dans les circonstances, le seul dénominateur commun qui semble exister entre ces différentes conceptions de la lésion, c'est sans doute la valeur de l'objet auquel elle se rapporte. C'est pourquoi nous pensons que dans le contexte du droit français, il est fort à propos que M. J. Ghestin en ait traité à ce chapitre dans son ouvrage⁶⁸. Sa recherche d'élément commun ne s'arrête cependant pas là, puisque tout en regrettant cette disparité de fondement, ainsi que le nombre trop limité des cas où elle existe, il propose «*de lege ferenda*», l'adoption d'une disposition de portée générale dont il détermine la base juridique. Il propose en effet que celle-ci soit fondée à la fois sur un élément objectif: le déséquilibre des prestations, complété par un élément subjectif se rapportant à la psychologie des parties. *L'auteur suggère donc de rapprocher la lésion des vices du consentement, tel que cela est proposé par le projet de réforme du Code civil du Québec.* L'on pourrait sans doute dire aujourd'hui: tel que cela a été fait au Québec depuis l'adoption de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*.

Au Québec, traditionnellement, la lésion n'est en *droit commun* cause de nullité des contrats que dans certains cas et à l'égard de certaines personnes incapables, dont les mineurs constituent la catégorie la plus importante. L'article 1012 précise par ailleurs que les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats, pour cause de lésion. *De ce fait et bien que les articles 988 et 991 du Code aient placé la lésion parmi les vices du consentement*, on l'a considérée de façon habituelle comme une sanction propre à certaines incapacités, en perdant de vue son véritable fondement. Cette approche de la lésion serait aujourd'hui inexacte puisque les articles 1056b al. 4 et 1040 c, qui sont venus modifier le *Code civil*, le premier en 1939, le deuxième en 1964, permettent à des majeurs d'invoquer la lésion dans les cas qu'ils couvrent.

⁶⁸ En droit québécois cette question devrait aujourd'hui être traitée dans le cadre des vices du consentement ainsi que nous l'avons déjà signalé et pour les motifs que nous verrons plus loin.

L'on pourrait peut-être objecter que ces articles n'ont pas été insérés au chapitre de la lésion dans le *Code civil* et que la notion de déséquilibre entre les prestations qu'ils introduisent ne correspond pas à la notion de lésion contenue dans ce chapitre au Code. Celle-ci consisterait à avoir contracté un engagement dont les prestations sont équilibrées, mais dont celle conclue par le demandeur est trop lourde par rapport à son utilité et à ses moyens, de telle sorte que le contrat est pour lui une source d'ennuis et d'embarras sérieux⁶⁹.

Une telle objection serait, nous semble-t-il, mal fondée puisqu'en fait, la notion de lésion contenue dans le *Code civil* présente ces deux aspects, le deuxième qui s'est développé plus récemment et qui est d'une utilisation très courante, ne doit cependant pas faire oublier le premier. Dans un premier temps en effet, la doctrine⁷⁰ et la jurisprudence⁷¹ ont tenu compte dans le cas du mineur du déséquilibre des prestations. Dans un deuxième temps, la jurisprudence y a ajouté la notion de caractère excessif de l'engagement par rapport aux moyens du demandeur, en prononçant la nullité du contrat, dans de tels cas, même lorsque la valeur des prestations était par ailleurs équilibrée. La doctrine s'accorde aujourd'hui à reconnaître cette dualité de conception dans le chapitre du *Code civil* consacré à la lésion⁷². Les articles 1056 b al. 4 et 1046 c C.c. auraient donc très bien pu y être insérés à titre d'exception à l'article 1012 C.c. En les plaçant à l'intérieur du chapitre de l'équité dans les contrats, le législateur a sans doute voulu insister davantage sur le but qu'il voulait atteindre, que sur le moyen pour y parvenir: *la protection du consentement, dont la lésion est l'un des instruments selon les articles 988 et 991 du Code civil*.

Dans ces conditions, il n'y a donc aucune objection à rattacher les deux formes de lésion contenues dans la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* aux vices du consentement. Ce rattachement a d'ailleurs été souligné par la doctrine à propos de cette loi, soit de façon expresse⁷³, soit de façon implicite, en appliquant à la lésion les critères dont le tribunal doit tenir compte lorsqu'il doit apprécier le *consentement* donné par un consommateur à un contrat⁷⁴. Notons enfin que le *projet de réforme du Code civil* rattache expressément l'exploitation à la lésion et aux vices du consentement.

Il n'y a donc aucune raison de rattacher en droit québécois la lésion à la notion d'absence partielle de cause, puisque ce fondement en plus de faire naître des incertitudes quant à ses effets, ainsi que l'a fait observer M. J. Ghestin, contribuerait en outre à accroître la complexité de la notion de cause, qu'il est

⁶⁹ Voir N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, p. 34.

⁷⁰ Cf. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théoret, 1901 p. 247 «La lésion existe toutes les fois que le contrat est nuisible au mineur; ce qui arrive: 1- lorsque le mineur reçoit moins qu'il donne; 2- lorsqu'il a reçu, soit des choses de luxe en échange de choses utiles ou nécessaires, soit des choses dont la conservation est difficile ou périssable, en échange de choses faciles à conserver».

⁷¹ *Rosemont Realty Co. c. Boivin*, (1921) 31 B.R. 40; *Aubin c. Marceau*, (1932) C.S. 408.

⁷² J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit. note 31, no 153 p. 92; M. TANCELIN, *Jurisprudence sur les obligations*, Québec, éd. Presses de l'Université Laval, 1973, no 17, p. 51 et s.; J. PINEAU, *Théorie des obligations*, op. cit. note 31, p. 74 et s.

⁷³ A.P. BOURDON, *Les contrats et les garanties*, op. cit. note 61, p. 54.

⁷⁴ N. ARCHAMBAULT, *La protection du consommateur*, op. cit. note 61, p. 83.

nécessaire au contraire de clarifier et d'alléger ainsi que nous le verrons plus loin. Par ailleurs l'absence de lien, en droit français, entre la lésion et les vices du consentement, qui justifiait M. J. Ghestin de le rattacher à l'objet, n'est pas valable au Québec, puisque précisément le *Code civil* lui-même offre ce rattachement aux articles 988 et 991⁷⁵. Ce rattachement est donc le seul possible en droit québécois, et il est d'ailleurs le plus souhaitable ainsi que l'observait M. J. Ghestin.

L'extension de ce vice du consentement qu'est la lésion, aux cas des majeurs, augmente ainsi leur protection dans les cas où elle est admise. Elle offre en effet un recours différent de ceux pour erreur, dol ou violence, même si l'exercice d'un de ces derniers peut parfois conduire à l'annulation d'un contrat qui était par ailleurs lésionnaire. En effet, l'erreur, le dol et la violence n'exigent pas la preuve de la lésion pour entraîner la nullité, il suffit en effet que soit rapportées les conditions d'existence d'un de ces vices, telles qu'exigées par le droit positif, pour que le contrat tombe. Un tel acte même non lésionnaire peut ainsi être anéanti. Inversement, la remise en cause d'un contrat lésionnaire peut se faire sans que le demandeur ait à prouver les conditions spécifiques d'existence d'une erreur, d'un dol ou d'une violence, du moment qu'il est en mesure d'établir la lésion dans les conditions fixées par le texte qui permet ce recours. La lésion permet alors dans ces cas d'obtenir la protection de la loi, qui sans elle n'aurait pas existé à défaut d'avoir pu prouver l'erreur, le dol ou la violence.

La sanction de la lésion peut toujours être la nullité de l'acte. Cependant, le législateur a donné en plus aux tribunaux la possibilité de réduire les obligations du contrat, à la demande de l'emprunteur dans le cas de l'article 1040 c du *Code civil*, ou à celle du consommateur lorsque la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* s'applique⁷⁶. Le *projet de réforme du Code civil* prévoit également ces deux possibilités de sanctions. Il limite cependant le choix du demandeur, en permettant au tribunal de refuser la nullité demandée, pour y substituer la réduction de sa créance ou le supplément monétaire qu'offre le défendeur⁷⁷.

Ainsi, l'évolution du droit commun par rapport à la lésion, l'extension extrêmement large que lui a donnée la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* qui vise de très nombreux contrats, ainsi que le *projet de réforme du Code civil* qui prévoit l'étendue à tous les domaines contractuels, du moins en cas de disproportion importante entre les prestations des parties, reflètent clairement cette philosophie dégagée par M. J. Ghestin, basée sur la recherche d'une plus grande équité dans les relations contractuelles. L'extension des possibilités de remise en cause des contrats qui l'accompagne, consacre en outre le déclin de la philosophie libérale du XIX^e siècle.

⁷⁵ Comparer à cet égard les articles 988 et 991 du *Code civil* du Québec, et l'article 1109 du *Code civil* français selon lequel «il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol».

⁷⁶ L.Q. 1978, c. 9, a. 272.

⁷⁷ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, *op. cit.* note 21, a. 37, 38, 40.

Après cette étude de la lésion, M.J. Ghestin développe une théorie de la clause abusive, qui correspond également à l'évolution du droit positif québécois.

Les clauses abusives.

Le principe de cette théorie repose sur la distinction entre la clause abusive et la lésion. M. J. Ghestin précise en effet que même si ces deux notions peuvent être rapprochées en tant qu'instrument d'une meilleure justice contractuelle, l'une ne doit pas être confondue avec l'autre. Il souligne en effet que la lésion se distingue des clauses abusives du fait que la première se rapporte au déséquilibre entre les droits et obligations des parties, constaté à la suite d'une évaluation globale de l'ensemble des clauses contenues dans le contrat. Les secondes, au contraire, ne se rapportent qu'à des clauses accessoires qui ne déséquilibrent pas tout le contrat, mais qui sont tout de même susceptibles d'avoir une incidence importante sur son exécution, comme par exemple les clauses pénales ou les clauses de non concurrence. Dans le premier cas, il s'agit d'un déséquilibre global et important du contrat au profit de l'une des parties, auquel l'on ne pourra remédier qu'en remettant en cause tout le contrat. Dans le deuxième cas, il suffira pour faire cesser l'abus, d'amputer le contrat de la clause abusive qui peut s'en détacher. L'auteur considère par ailleurs que les clauses abusives qui sont prohibées peuvent être assimilées aux choses interdites, qui ne peuvent faire l'objet d'un commerce juridique. C'est d'ailleurs pourquoi il en traite dans le chapitre consacré à la licéité de l'objet.

Cette théorie semble parfaitement transposable en *droit québécois*, puisque nous venons de voir que la lésion s'apprécie en tenant compte de l'ensemble du contrat. De plus, *en tant que vice du consentement, la lésion ne peut avoir d'effet que dans la mesure où elle porte sur les éléments qui constituent l'essence même du contrat*⁷⁸. Il en résulte que si le déséquilibre important entre les prestations des parties, ou que si le caractère excessif du contrat par rapport aux moyens du demandeur, résulte d'une ou de plusieurs clauses qui constituent la base même du contrat, il y aura lésion et l'on ne pourra y remédier autrement qu'en remettant tout le contrat en cause. Si au contraire, l'abus résulte d'une ou de plusieurs clauses du contrat qui ne lui sont qu'accessoires, il n'y aura pas lésion, puisque l'excès ne porte pas sur un de ses éléments essentiels. Le moyen le plus approprié pour y remédier sera alors d'annuler ces clauses tout en maintenant le contrat, puisqu'il sera ainsi possible de rétablir l'équité, en n'affectant ni l'essence du contrat, ni la stabilité des relations contractuelles. *Le fondement de la nullité de ces clauses abusives ne serait pas le vice de consentement, mais l'ordre public de protection, déterminé par le législateur ou par les tribunaux.*

⁷⁸ D'après la formulation même des art. 991, 992, 993, 994 C.c. les vices du consentement se rapportent à l'ensemble du contrat, leur sanction est d'ailleurs la nullité de tout l'acte. De même, selon la formulation de l'a. 8 de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, la lésion s'apprécie en considérant l'ensemble des prestations des contrats. En effet selon l'art. 272, c'est tout l'acte qui est remis en question, et pas seulement l'une de ses clauses. Cette même constatation s'applique au *projet de réforme du Code civil* si l'on en juge par la rédaction des art. 30, 31, 37 du livre des obligations.

M. J. Ghestin applique cette théorie au droit français, nous en vérifierons l'application en droit québécois.

En France, l'on s'est tout d'abord attaqué à la clause pénale avec la loi no 75-595 du 9 juillet 1975, qui modifie les articles 1152 et 1231 du *Code civil*. Sans bien sûr les interdire, cette réforme a cependant conféré aux tribunaux le *pouvoir de réduire celles qui sont excessives*, tout en tenant compte de l'exécution partielle du contrat. La loi précise que toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

Outre cette loi de portée générale, le législateur français a adopté, dans le cadre de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, sur la protection et l'information du consommateur, des dispositions concernant la protection de ce dernier. Elle n'a cependant pas donné aux tribunaux le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire dans ce domaine, sur tous les contrats qui entrent dans le champ d'application de cette loi. Nous avons vu en effet à propos de la lésion, que ce principe se heurtait en France à de fortes oppositions. C'est pourquoi le législateur a opté même dans le cadre plus restreint des clauses abusives et des contrats de consommation, pour une solution qui laisse moins de pouvoir aux tribunaux. Ceux-ci ne pourront en effet sanctionner que les clauses abusives qui auront été déclarées illégales par un décret pris en Conseil d'État, dans les limites fixées par le chapitre IV de la loi⁷⁹. Ils ne pourront en *outre que prononcer leur nullité du fait de leur illégalité, ils ne pourront pas se contenter de les réduire*, c'est là une différence importante avec les clauses pénales abusives.

Le Conseil d'État semble pour l'instant avoir interdit assez peu de clauses abusives⁸⁰. M. J. Ghestin fait cependant état de nombreuses recommandations.

⁷⁹ Voir l'article 35 de cette loi (no 78-23 du 10 janvier 1978):

«Art. 35. — Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'État pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés. Les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif.

De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées *non écrites*.

Ces dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies.

Les décrets ci-dessus peuvent, en vue d'assurer l'information du contractant non professionnel ou consommateur, réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au premier alinéa.»

⁸⁰ Le décret du 28 mars 1978 interdit les clauses suivantes: 1) les clauses ayant pour objet ou effet de constater l'adhésion du non professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe (notons que ces clauses ne sont pas interdites au Québec par la

Quelle que soit en conséquence l'efficacité pratique de ce système ou la limite de sa portée, l'auteur fait cependant observer qu'il a une importance considérable pour la théorie générale du contrat⁸¹.

En effet, il considère tout d'abord qu'en dépit de ces limites, le nombre de personnes et des types de contrats concernés est tel, que cette loi intéresse nécessairement la théorie générale des contrats. De plus, il souligne qu'en permettant l'élimination des clauses abusives, cette loi rendra leur efficacité aux dispositions supplétives du *Code civil*, aujourd'hui couramment remplacées par les «conditions générales» des contrats, qui sont rédigées par l'une des parties et auxquelles l'autre contractant donne une adhésion sans consentement réel. L'auteur souligne en outre que cette loi en permettant d'interdire l'usage de certaines clauses abusives, remet en cause le principe du *Code civil* selon lequel le contrat constitue la loi des parties, puisque cela suppose qu'il ait été légalement formé. Le professeur J. Ghestin en arrive alors à la conclusion importante, que *ce qui est en fait remis en cause par cette loi nouvelle, c'est une conception libérale du contrat, fondée sur l'égalité abstraite, qui permettrait à chacune des parties de défendre elle-même ses propres intérêts*, de telle sorte qu'un contrat ne pourrait jamais être injuste ni abusif. *C'est en somme, dit-il, l'expression la plus classique du dogme de l'autonomie de la volonté qui se trouve ainsi atteinte*. Ces observations s'appliquent également à l'évolution du droit québécois.

Au Québec, même si la clause pénale exorbitante est valide, et ne peut, selon l'article 1135 du *Code civil* faire l'objet d'une réduction en cas d'exécution partielle, que si le contrat ne stipule pas le contraire, la jurisprudence de droit commun a cependant reconnu de façon prudente le caractère illégal de certaines clauses abusives. Tel est le cas en matière de clauses d'exonération de

nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, il semble cependant que ce dernier soit indirectement protégé contre elles du moins dans les contrats pour lesquels on exige un écrit, du fait que les mentions les plus importantes sont celles exigées par la loi, et que le commerçant ne saurait y déroger par une disposition contraire, soit dans le contrat ou dans un autre écrit auquel réfère le contrat), 2) les clauses ayant pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service rendu (notons qu'au Québec une clause aussi générale n'est pas prévue par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, mais que les dispositions qui imposent la description précise de l'objet du contrat semblent par le fait même interdire une telle clause, cf. contrat conclu par commerçant itinérant a. 58; contrats de crédit: a. 115; 125; 134; 150; contrats relatifs aux automobiles et motocyclettes: a. 156; 158; louage de service à exécution successive a. 190, 199, contrat accessoire a. 208), 3) les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit de réparation du non professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations (notons qu'au Québec, une telle clause est également interdite par l'a. 10 de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*), 4) les clauses «de garanties» doivent mentionner clairement que s'applique en tout état de cause la garantie légale qui oblige le commerçant à garantir le consommateur contre les vices cachés, ce défaut de mention est sanctionné par une amende (cette mention informative n'est pas exigée au Québec, sans doute du fait que les «garanties légales qu'elle prévoit et qui comprennent celles des vices cachés — cf. a. 53 — s'appliquent à tous les contrats visés par cette loi, qui par ailleurs n'exige la rédaction d'un écrit que dans le cas de certains d'entre eux, qu'elle réglemente spécialement).

⁸¹ Notamment de celles formulées par la *Commission des clauses abusives*, organisme créé par cette loi et chargé de faire recommandations qui n'ont cependant aucun caractère obligatoire; par le *Conseil du Patronat français* et par le *Conseil de l'Europe*.

responsabilité⁸² et de clause de non concurrence⁸³. Elle a par ailleurs admis que la nullité de ces clauses accessoires au contrat n'entraîne pas la nullité totale de l'acte, mais seulement sa nullité partielle, limitée à la clause abusive. Elle applique le même principe en cas de nullité d'une clause dans un contrat de mariage⁸⁴ ou encore d'une clause pénale ainsi que le mentionne l'article 1132 du *Code civil*.

Bien que la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* ne contienne pas un principe général régissant les clauses abusives, elle en interdit toutefois un certain nombre de façon expresse pour remédier à certains abus particuliers. Cette absence d'approche globale entraîne cependant un manque de clarté regrettable en ce qui concerne leur portée.

Cette loi déclare par exemple que sont illégales les clauses par lesquelles un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant⁸⁵; que sont interdites les stipulations qui donnent à un commerçant le droit de décider unilatéralement que le consommateur a manqué à l'une ou l'autre de ses obligations, ou que s'est produit un fait ou une situation⁸⁶. Sont aussi formellement interdites les clauses pénales abusives, puisqu'est nulle la stipulation qui impose au consommateur dans le cas d'inexécution de son obligation, le paiement de frais autres que l'intérêt couru⁸⁷; il en est de même de la clause d'un contrat qui l'assujettit à une loi étrangère⁸⁸. Soulignons par ailleurs que toute clause qui imposerait au consommateur une obligation qui est interdite par la loi, ou que celle-ci met à la charge du commerçant, serait considérée comme abusive, puisque contraire à l'ordre public^{89 90}.

⁸² *Allauy c. Carrière*, (1971) C.S. 33; *Home Ins. Co. c. Cité de Rivière du Loup*, (1971) C.S. 173; *Zurich Cie Insurance c. Tellier*, (1971) C.S. 13; *Laiterie Artic Ltd c. Dominion Electric*, (1972) C.A. 244; *People, Department Stores Ltd c. Morin*, (1973) C.S. 392; *Sept-Îles Metal Ltée c. Agence Maritime Inc.*, (1973) C.S. 231; *Trans Canada Courrier Ltd c. Wenley-Morin*, (1975) C.S. 1125; *Cie d'assurance Les Provinces unies c. C.N.R.*, (1976) C.S. 855.

⁸³ Clause restrictive de commerce, abusive: *Charest c. Asselin*, (1970) C.S. 319; *Allard c. Cloutier*, (1920) 29 B.R. 565. Clause restrictive d'emploi, abusive: *Dominion Blankbook Co. Ltd c. Harvey*, (1941) 79 C.S. 274; *Cameron c. Canadian Factors*, (1971) R.C.S. 148.

⁸⁴ *Dufresne c. Dufresne*, (1919) 28 B.R. 315; *Comeau c. Tourigny*, (1937) R.C.S. 283.

⁸⁵ L.Q. 1978, c. 9, a. 10.

⁸⁶ L.Q. 1978, c. 9, a. 11.

⁸⁷ L.Q. 1978, c. 9, a. 13. Cette disposition ne s'applique cependant pas à un contrat de crédit qui est régi sur ce point par l'a. 92. Il s'agit donc d'une exception à l'article 1135 du *Code civil*.

⁸⁸ L.Q. 1978, c. 9, a. 10.

⁸⁹ Selon l'a. 261, toutes les dispositions de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* sont d'ordre public, puisque l'on ne peut y déroger par une convention particulière.

⁹⁰ Ce serait le cas par exemple d'une clause qui exclurait la garantie des vices cachés, contrairement à l'a. 53; ou encore de celle qui déclarerait que le contrat à distance est conclu à l'adresse du commerçant, contrairement à l'art. 21; ou encore de la clause qui mettrait les risques de perte de la chose par cas fortuit à la charge du consommateur, depuis la date de livraison du produit, dans le cas de la vente conclue par un commerçant itinérant, ou d'un contrat de crédit, ou des contrats accessoires à un contrat de louage de services à exécution successive prévus par la loi (cours de danse, de personnalité, studio de santé, etc. etc.), contrairement aux a. 64, 78, 211; d'autres exemples de ce genre pourraient encore être mentionnés.

La violation d'une de ces interdictions entraîne naturellement la nullité de la clause qui est réputée non écrite. Le problème est cependant de savoir si le consommateur pourra plutôt choisir de demander la nullité du contrat tout entier, comme l'article 272 lui en donne la possibilité, lorsque le commerçant a manqué à une obligation que lui impose la loi. La réponse nous semble devoir être négative, du fait que ce recours général prévu par la loi peut être exclu lorsqu'il existe des sanctions particulières. Or, normalement lorsqu'une clause est spécifiquement interdite, elle est nulle et réputée non écrite⁹¹, sans que le reste du contrat en soit affecté. D'ailleurs, cette sanction particulière se justifierait ici pleinement, puisqu'elle est suffisante pour assurer de façon complète la protection du consommateur, sans pour autant affecter la stabilité des relations juridiques qui est nécessaire à la bonne marche de l'économie. Il serait en outre injuste pour les commerçants d'aller au-delà de ce qui est nécessaire pour rétablir l'équilibre. Ainsi lorsque l'abus résulte d'une clause interdite, accessoire au contrat, il suffit de la supprimer pour y remédier de façon complète, et sans affecter l'essentiel du contrat. Lorsqu'au contraire, l'injustice résulte de la violation de règles qui concernent la protection des éléments principaux du contrat, il n'y aura pas d'autres moyens pour y remédier que de remettre en cause le contrat, ainsi d'ailleurs que le prévoit l'article 272. Il est regrettable cependant qu'à défaut de principes généraux contenus dans cette loi, au sujet des clauses abusives, leur sanction ne soit pas plus claire et pas plus certaine. C'est là sans doute le défaut de toute loi qui, dans le but d'apporter une meilleure justice, cherche à solutionner chaque problème pratique, au lieu d'établir une règle générale dont dépend la solution de chaque cas particulier. Trop rapprocher la règle de la solution concrète c'est augmenter considérablement la complexité du droit, sans forcément améliorer sa qualité et son efficacité⁹².

Le *projet de réforme du Code civil* répond au contraire à cette qualité puisqu'il fixe clairement les principes qui gouvernent la clause abusive, en deux articles dans le livre des obligations. Ainsi, selon l'article 76 «*la clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible*», et selon l'article 52 «*la nullité d'une clause n'entraîne pas la nullité du contrat à moins qu'il ne résulte de sa nature ou de la volonté des parties qu'il n'aurait pas été conclu sans elle*».

Ces textes de portée générale proposent ainsi un élargissement de l'ordre public de protection dont la sanction ne sera pas forcément la nullité⁹³. Dans cette perspective, le projet de réforme propose aux tribunaux le soin d'en déterminer le contenu dans ce domaine, de façon à ce qu'ils aient toute la latitude nécessaire pour remédier de façon efficace aux clauses abusives les plus variées et les plus criantes. Cette proposition, qui correspond à ce qui n'a pas pu être adopté en France, s'inscrit dans la philosophie générale du *projet de réforme du Code civil*, qui consiste justement à confier la mission aux tribunaux d'assurer la justice et

⁹¹ Cf. N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, no 38 et s. p. 37 et s.

⁹² Cf. Ch. ATIAS, *La mission de la doctrine universitaire en droit privé*, op. cit., note 1, par. 6 et s.

⁹³ Cf. *infra*, Partie II, Sanction des conditions de formation des contrats.

l'équité dans les relations contractuelles, en leur donnant pour y parvenir un large pouvoir d'appréciation, ainsi que diverses occasions spécifiques nouvelles pour le faire⁹⁴. Il est encore trop tôt pour savoir si cette proposition sera ou non adoptée par le législateur québécois. Nous pensons cependant qu'il est important de souligner qu'elle correspond à la philosophie moderne des contrats, car cela montre bien que si elle n'était pas adoptée, cela enlèverait beaucoup d'impact à l'un de ses aspects les plus significatifs⁹⁵.

En attendant, l'on peut cependant soutenir qu'avec l'évolution du droit commun et l'interdiction d'un certain nombre de clauses abusives par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* qui vise un grand nombre de contrats, cette notion fait dès à présent, largement partie du droit positif. Celui-ci appartient donc déjà en grande partie à la même philosophie moderne que le *projet de réforme du Code civil*, ce qui devrait en conséquence, faciliter l'adoption des articles qu'il contient sur la clause abusive.

Après l'étude de l'objet comme élément nécessaire à la formation du contrat, le professeur J. Ghestin analyse ensuite la cause, qui est le dernier de ceux-ci.

TITRE III: LA CAUSE.

Dans ce domaine réputé pour sa complexité, l'auteur se livre à une tentative de clarification. Il souligne en effet que les difficultés proviennent du fait qu'à travers ce concept, l'on cherche à rendre compte et à justifier à la fois de la nécessité d'une contrepartie pour que le contrat existe; de sa conformité à la volonté des parties; ainsi enfin que du caractère licite de l'opération. M. J. Ghestin propose alors après une longue étude du droit positif en la matière, de simplifier les choses en débarrassant cette notion de tout ce qui peut être contenu dans d'autres règles de formation du contrat, de manière à ne retenir dans ce concept que ce qui lui est absolument propre. Dans cette perspective, *il suggère d'adopter la solution contenue dans le projet de réforme du Code civil du Québec*, qui consiste à englober l'aspect de la cause qui touche au contrôle du caractère licite et moral de l'acte, dans ce que l'on qualifie de *but* du contrat. Ce dernier étant lui-même inclus dans les dispositions relatives à l'ordre public et aux bonnes moeurs, qui protègent les intérêts fondamentaux de la société. M. J. Ghestin estime en effet «que la prise en considération directe du *but* poursuivi serait plus claire qu'une référence à la notion de cause qui est incompréhensible pour les non initiés, et qui pour les autres, n'échappe pas au risque d'une confusion quant à la définition du concept⁹⁶». Cette solution est également proposée par le *projet de réforme du Code civil du Québec*⁹⁷.

Dans cette même perspective de clarification de la notion de cause, M. J. Ghestin, considère qu'il serait souhaitable d'éliminer la formule ambiguë d'*erreur*

⁹⁴ Ce sera le cas ainsi que nous l'avons déjà souligné à propos des *vices du consentement* (a. 38); des *clauses abusives* (a. 76) et de *l'imprévision* (a. 75 al. 2), cf. livre des obligations.

⁹⁵ Cf. A. LAROCHE, *Les obligations*, op. cit., note 32, p. 89 et 122.

⁹⁶ J. GHESTIN, *Le contrat*, op. cit., p. 617.

⁹⁷ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, op. cit., note 21, article 8 du livre des obligations.

sur la cause, puisqu'elle constitue une erreur dont la seule particularité est de porter sur la cause de l'obligation. Il suffirait donc tout simplement de parler d'erreur, sans mentionner la cause, lorsque, dit-il, cette référence n'ajoute rien d'autre qu'un risque sérieux de confusion. Ainsi, suggère-t-il, de ne plus utiliser l'expression «cause déterminante», mais de dire que tel élément du contrat est considéré comme essentiel. Cette solution correspond à celle contenue dans le *projet de réforme du Code civil du Québec*, puisque l'article 30 du livre des obligations parle d'*erreur sur la considération principale de l'engagement*.

Ainsi, selon M. J. Ghestin, la notion traditionnelle de cause, en se trouvant débarrassée de ces deux premiers aspects, ne se ramènerait plus qu'à un seul: *l'absence de contrepartie objective, ou d'intention libérale, dans le cas des contrats à titre gratuit*, qui serait utile pour contrôler l'existence du consentement. Ainsi par exemple, dans le contrat synallagmatique, l'absence de cause résulterait de la constatation objective de l'absence de contrepartie réelle, dans le contrat de prêt, l'obligation de l'emprunteur aurait pour cause la remise effective de la chose prêtée; dans les contrats à titre gratuit, la cause se confondrait cependant avec l'intention libérale. Il considère en effet, suite à une analyse du droit positif, que cette facette de la cause a un intérêt pratique puisque c'est l'absence même de contrepartie qui justifie souvent l'annulation pour défaut de cause, sans qu'il soit nécessaire de faire état de la représentation intellectuelle de cette contrepartie et de son influence sur la volonté. Ainsi pour obtenir la nullité du contrat, le demandeur n'aura pas à établir son erreur, ni l'influence que cette erreur a exercée sur sa volonté; il lui suffira de montrer que son obligation ne comportait aucune contrepartie.

Il est intéressant de constater que le professeur J. Ghestin considère utile de conserver cet aspect de la cause. Bien qu'il ne le mentionne pas, il se trouve sur ce point en désaccord avec la solution proposée par le *projet de réforme du Code civil du Québec*, qui supprime la cause objective comme condition de formation des contrats. Pour notre part, nous considérons qu'il s'agit là d'une suppression très critiquable et nous saisissons l'occasion pour le souligner.

Il est sans doute vrai que le *droit positif québécois* a fait peu d'utilisation de la notion de cause dite objective, et il est également exact qu'elle se trouve assez souvent «récupérée» en pratique par les autres dispositions relatives à la formation des contrats, notamment celles se rapportant à l'objet de l'obligation et au consentement⁹⁸. Elle nous paraît cependant utile pour motiver la nullité du contrat, chaque fois que l'objet de l'obligation d'une partie n'est pas rattaché à une contrepartie. La preuve de l'existence d'un objet propre à chacune des obligations que contient le contrat, n'est en effet pas toujours suffisante pour pouvoir conclure à l'existence du consentement chez son débiteur.

En effet, dans un *contrat synallagmatique* l'on peut conclure facilement à l'existence d'une raison qui a motivé l'engagement, lorsque les deux obligations réciproques ont chacune un objet. En effet, l'objet de l'obligation de l'une a été la

⁹⁸ Cf. *Rapport sur le Code civil*, vol. II, *Commentaires*, t. 2, p. 564.

cause de l'obligation de l'autre, et inversement. Mais par ailleurs, l'existence d'un objet propre à chacune des obligations est de l'essence même de ce contrat. Il en résulte donc que le défaut d'objet de l'une de ces obligations entraînerait la nullité du contrat. L'on peut observer que les règles relatives à l'objet des obligations permettent également de protéger l'existence de la cause, puisque l'obligation de l'un des contractants n'aurait pas eu de contrepartie. Dans le cas d'un *contrat de prêt*, l'obligation de restitution de l'objet est la contrepartie de sa remise par le prêteur à l'emprunteur. La remise de l'objet est donc la cause de l'obligation de restitution, sans celle-ci l'obligation de restitution serait injustifiée. Mais la remise de l'objet est également une condition de formation du contrat. Il s'en suit que les règles relatives à l'existence de l'objet correspondent dans ce cas également à celles se rapportant à la cause objective.

Il n'en est cependant pas de même dans le cas du contrat de *donation*, ou dans celui de *promesse d'exécution d'une obligation naturelle*. En effet comme l'objet de l'obligation existe ici sans qu'il y ait de contrepartie, l'on ne peut en conséquence en déduire comme auparavant que l'existence de l'objet établit également celle de la cause. En cas de contestation sur la validité de cet engagement, il faudra en effet prouver que son objet *a pour cause un esprit de libéralité* dans le cas d'une donation, ou la *reconnaissance d'un devoir moral impérieux*, dans celui d'une promesse d'exécution d'une obligation naturelle. La jurisprudence s'est d'ailleurs servie de cette notion de cause pour justifier la force obligatoire d'une telle promesse, ainsi que pour démontrer qu'en raison de la nature de cette cause, le contrat n'est pas à titre gratuit, et n'est en conséquence pas soumis aux règles de forme de l'article 776 du *Code civil*⁹⁹. *La cause a donc servi à prouver non seulement l'existence du contrat, mais également sa qualification*. Le projet de réforme du *Code civil* consacre cette jurisprudence à l'article 207 du livre des obligations. Selon cet article: «L'engagement d'exécuter une obligation naturelle constitue une obligation civile». Comment en l'absence de notion de cause justifiera-t-on alors le fondement de cette règle¹⁰⁰? Comment surtout pourra-t-on justifier l'annulation de ces contrats et de ceux de donation, lorsqu'il sera prouvé qu'ils n'avaient pour motif, ni la volonté d'exécuter une obligation naturelle, ni l'intention libérale? Il ne suffira pas en effet de déclarer qu'il manquait au contrat telle ou telle cause, car il pourrait en avoir une autre¹⁰¹. L'on sera en conséquence bien obligé pour justifier la nullité de dire que le contrat est sans cause. L'on ne peut en effet envisager de maintenir le contrat dans un tel cas, puisque précisément l'absence totale de raison à cet engagement prouve que son débiteur a agi sans aucun jugement au moment où il l'a contracté. Il n'a donc pas pu donner un consentement valide à cet acte, il doit donc être protégé par la nullité.

⁹⁹ In re *Ross Hutchinson c. The Royal Institution for advancement of learning*, (1932) R.C.S. 57; *Pesant c. Pesant*, (1934) R.C.S. 249; *The Royal Institution for advancement of learning c. P. Lyall and Sons co et Currie*, (1937) 62 B.R. 125; voir en doctrine J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 15, p. 13.

¹⁰⁰ Cf. A. LAROCHE, *Les obligations*, op. cit., note 16, p. 116 et s.

¹⁰¹ Dans ce cas le contrat ne serait pas nul, il changerait simplement de qualification.

Ainsi comprise, la cause objective serait parmi les conditions de formation du contrat un instrument utile qui permettrait de contrôler l'existence du consentement. Il n'est pas suffisant d'exiger dans une règle, l'existence de celui-ci, encore faut-il avoir des mécanismes pour vérifier qu'il existe. La cause semble être le moyen d'y parvenir, puisque la présence d'un objet dans les obligations contenues dans le contrat, n'est pas toujours suffisante pour en déduire qu'il existe. La suppression de la cause objective des conditions de formation des contrats aboutirait également à enlever aux juges un instrument qui peut parfois être utile pour justifier l'annulation d'un contrat, et protéger ainsi un contractant qui a besoin de l'être. Elle peut enfin être utile dans certains cas pour qualifier un contrat, avec toutes conséquences que cela peut impliquer pour les parties.

L'étroite relation qui existe entre l'objet et la cause dans les contrats synallagmatiques a conduit à rattacher l'absence partielle d'objet à l'absence partielle de cause pour justifier la remise en jeu d'un contrat dont les prestations respectives des parties sont sérieusement disproportionnées. Même si cette justification de la lésion traduit une certaine réalité, elle est cependant incomplète et inutile en droit québécois. En effet, elle ne recouvre pas toutes les formes de la lésion, puisque précisément dans la deuxième, prévue par le droit commun dans le cas du mineur, et par l'article 8 de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, les prestations respectives des parties sont équilibrées, la lésion résultant uniquement du caractère excessif de l'obligation contractée par le consommateur en regard de ses moyens. L'inutilité de cette explication provient en outre du fait que la lésion et ses conséquences se justifient directement dans notre droit par son rattachement aux vices du consentement¹⁰². Il n'est donc aucunement nécessaire de recourir à la cause pour expliquer la lésion. De plus la cause n'a pas besoin d'être compliquée davantage en lui rattachant une partie de la lésion!

En conclusion, nous pensons que le projet de réforme du Code civil devrait conserver la notion de cause objective, qui est le seul moyen de vérifier dans certains cas l'existence du consentement et de justifier alors la nullité du contrat. À défaut, cela constituera une lacune qui, soit embarrassera les juges, soit conduira à un manque de protection pour l'un des contractants qui aurait besoin de l'être. Par contre, puisque les autres rôles joués traditionnellement par la cause peuvent être "récupérés" sans inconvénient par la lésion, l'erreur, le dol et la conformité du but à l'ordre public, nous pensons qu'il est souhaitable d'en débarrasser la cause, tel que le propose le projet de réforme¹⁰³, car cela permettrait ainsi de lui enlever son caractère protéiforme qui la rend fort complexe. Il s'agit en fait de réaliser une clarification souhaitable de ses différents aspects au moyen d'une restructuration plus simple des règles qu'elle gouverne, sans pour autant supprimer l'un quelconque des objectifs qu'elle permettrait d'atteindre. Dans ce sens, l'on peut dire que le projet de réforme du Code civil ne supprime pas la cause, mais qu'au contraire il en facilite l'approche, sous réserve

¹⁰² Cf. *supra*, l'étude de la lésion dans le contexte du droit québécois.

¹⁰³ *Rapport sur le Code civil*, vol. II, *Commentaires*, t. 2, introduction p. 564.

cependant d'une omission qu'il sera souhaitable de corriger au moment de son adoption.

Après cette étude des éléments nécessaires à la formation du contrat, le professeur J. Ghestin analyse dans une deuxième partie les sanctions se rapportant à un défaut affectant l'un de ces éléments.

PARTIE II: LES SANCTIONS DES CONDITIONS DE FORMATION DES CONTRATS (THÉORIE DES NULLITÉS).

Dans cette partie M. J. Ghestin effectue une analyse de la *théorie des nullités*, à la lumière du droit positif, afin d'en dégager leur finalité et d'en déduire les principes directeurs.

Cet effort de clarification des principes qui régissent ce domaine et auquel se livre l'auteur, nous paraît en effet très utile dans le contexte du droit actuel, face à la multiplication des règles d'ordre public qui viennent encadrer la liberté contractuelle, et à l'absence dans le *Code civil* d'une théorie générale des nullités. C'est d'ailleurs sans doute pour pallier à cette difficulté qui existe également *au Québec*, que le *projet de réforme du Code civil* propose de combler cette lacune en adoptant un ensemble de dispositions générales, qui permettront de clarifier davantage les conditions de mise en œuvre et les effets des nullités¹⁰⁴.

L'auteur analyse successivement la mise en œuvre et les effets des nullités.

TITRE I: MISE EN ŒUVRE DES NULLITÉS.

M. J. Ghestin constate que la *théorie classique* des nullités, conçue essentiellement en considération des éléments constitutifs du contrat (consentement, objet, cause et capacité) et du degré d'importance de celui qui fait défaut, se révèle de plus en plus inadaptée à la multiplication des règles d'ordre public, qui encadrent aujourd'hui la liberté contractuelle. Il souligne en effet que tout le monde s'accorde de nos jours à admettre que la nullité n'est pas un état organique de l'acte juridique (maladie ou mort-naissance), mais la sanction des règles qui régissent la formation des actes juridiques, et dont les conditions de mise en œuvre dépendent du but de la règle à sanctionner. C'est sur cette base que l'on distingue d'ailleurs la nullité relative et la nullité absolue. L'intérêt de cette distinction étant de préciser quels sont les titulaires de l'action, ainsi que les possibilités de confirmation de l'acte. *Au Québec*, l'on pourrait sans doute ajouter que cette distinction entre les causes de nullité absolue ou relative, a une incidence sur la possibilité de sanction alternative à la nullité.

Critère de distinction entre nullité absolue et nullité relative.

M. J. Ghestin souligne en effet que l'on peut distinguer même à l'intérieur des règles nouvelles d'ordre public, entre d'une part celles dont le but est la protection de l'intérêt général, correspondantes à un ordre public de direction, qui

¹⁰⁴ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, a. 47 à 58 du livre des obligations.

sont sanctionnées par la *nullité absolue*, et d'autre part celles qui ne visent qu'à protéger un intérêt particulier, correspondantes à un ordre public de protection individuelle, dont la sanction sera la *nullité relative*. L'auteur reconnaît cependant que la distinction entre les règles d'intérêt général et celles d'intérêt particulier n'est pas toujours facile à faire, faute de critère rigoureux, et qu'en conséquence cette construction est souvent une explication après coup, de solutions qu'elle ne permet pas toujours de prévoir. Il souligne cependant qu'elle a le mérite de bien poser la question et que la jurisprudence pourra alors préciser le type de nullité dans chaque cas imprécis, en tenant compte essentiellement du but de la règle et de l'efficacité de la sanction. M. J. Ghestin précise enfin que le caractère absolu ou relatif de la nullité ne dépend pas du nombre de personnes autorisées à s'en prévaloir mais de l'intérêt en jeu. C'est ainsi, dit-il, que l'action en nullité relative peut être ouverte dans certains cas à plusieurs personnes, dans le but de protéger le même intérêt particulier. Il cite à cet égard plusieurs exemples. Aussi, dit-il, les ayants cause à titre universel tels que les héritiers peuvent après la mort de la personne protégée, exercer l'action en nullité à sa place. Une telle action est également ouverte aux *ayants cause à titre particulier* de cette personne qui succèdent au droit qui a fait l'objet du contrat nul. De même les *créanciers* de cette personne peuvent agir par action oblique. M. J. Ghestin donne aussi l'exemple de l'*incapable* qui peut exercer lui-même l'action en nullité lorsqu'il a recouvré sa capacité, alors que son représentant légal pouvait également le faire, et que l'intérêt protégé est purement particulier.

Le critère de l'intérêt protégé par la règle en cause, est aussi très largement accepté au Québec tant par la doctrine que par la jurisprudence¹⁰⁵. C'est en effet celui-ci et non celui du nombre de personnes qui peut agir en justice, qui détermine le caractère absolu ou relatif de la nullité, puisque les exemples mentionnés plus haut sont aussi applicables en droit québécois¹⁰⁶. C'est également le critère de l'intérêt protégé qui a été retenu dans ce projet de réforme du *Code civil* pour différencier les deux types de nullités¹⁰⁷. L'adoption formelle de ce critère devrait ainsi permettre de préciser avec moins d'hésitations le domaine propre à chacune des nullités, notamment dans le cas des règles d'ordre public qui sont venues limiter la liberté contractuelle.

¹⁰⁵ Voir en doctrine: J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31, p. 145; M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, op. cit., note 31, p. 88; J. PINEAU, *Théorie des obligations*, op. cit., note 31, p. 108. Voir en jurisprudence: *Martel c. Martel et Beaulieu*, (1967) B.R. 805.

¹⁰⁶ Pour les *ayants cause universels* et à titre universel, voir par exemple J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31, no 315, p. 170; Pour les *ayants cause à titre particulier*, voir aussi par exemple J.L. BAUDOUIN, loc. cit., no 316 p. 170 et s.; *Co. d'aqueduc du Lac St-Jean c. Fortin*, (1925) R.C.S. 192; *General Motor c. Kravitz*, op. cit., note 9; *action oblique*, cf. a. 1031 C.C.; *incapacité*: cf. a. 304 et a. 308 C.C.

¹⁰⁷ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, a. 48 et a. 49 du livre des obligations; voir également, vol. II, *commentaires*, t. 2, a. 48 et a. 39, p. 618 et s.

Domaine de la nullité relative et les titulaires de l'action.

M. J. Ghestin fait observer que puisque la nullité relative sanctionne une règle d'intérêt privé, il suffit que les personnes protégées puissent s'en prévaloir. Ce droit ne peut en effet, dit-il, être ouvert à d'autres, car s'agissant ici d'un intérêt particulier, il est plus important d'éviter que la nullité puisse se retourner contre ceux qu'elle entendait protéger, que d'assurer l'inefficacité de l'acte. C'est pour cette dernière raison que les règles de *protection des incapables ou des consommateurs* se rattachent, dit-il, à la nullité relative, en dépit du fait qu'elles concernent dans une certaine mesure l'intérêt général, car leur but concerne en réalité la protection particulière de ces personnes. Il serait en effet inadmissible de permettre à d'autres qu'elles d'invoquer la nullité, car la règle pourrait alors dans certains cas se retourner contre les personnes qu'elle entendait protéger. C'est pourquoi la partie non protégée, au contrat, ne pourra invoquer une cause de nullité édictée uniquement en faveur de la partie protégée. La personne capable, ou le commerçant, ne pourront ainsi bénéficier des mesures de protection établies par le législateur en faveur de l'incapable ou du consommateur. La défense de cet intérêt protégé peut par ailleurs, tel que mentionné plus haut, être ouverte à plusieurs personnes.

M. J. Ghestin souligne qu'en raison de ce critère, même le caractère d'ordre public de lois telles que celles destinées à assurer la protection du consommateur, n'en fait pas pour autant des règles sanctionnées par la nullité absolue. En effet, lorsque, comme cette dernière, elles ont pour but d'assurer la protection de l'une des parties, elles appartiennent au domaine de la nullité relative, puisque seule celle que la loi avait pour objectif de protéger, pourra l'invoquer. La doctrine française parle alors d'*ordre public de protection*. *Ce caractère d'ordre public attaché à une loi n'aurait en réalité pour effet que d'interdire d'y déroger sous peine de nullité. Il n'aurait en fait aucune influence sur la détermination du régime de nullité, puisque celle-ci dépend uniquement de l'intérêt protégé par la loi*^{107a}.

Bien que l'appellation «ordre public de protection» ne soit pas encore utilisée par le *droit positif québécois*, les diverses observations de M. Ghestin, relatives à la détermination du domaine de la nullité relative, et des titulaires de l'action s'y appliquent en tous points. En effet selon l'article 987 du *Code civil*, l'*incapacité* des mineurs et des interdits est établie en leur faveur, et ne peut être soulevée contre eux par le contractant capable pour faire annuler le contrat. La nullité pourra cependant être invoquée éventuellement par plusieurs personnes mais uniquement en faveur de l'intérêt protégé. Tel sera le cas par exemple du mineur devenu majeur et du tuteur durant la minorité. La jurisprudence a par ailleurs précisé que la *Loi sur la protection du consommateur*, bien que d'ordre public, est sanctionnée par la nullité relative, puisqu'elle est établie seulement en faveur du consommateur, et qu'elle ne peut être invoquée par le commerçant contre lui.

^{107a} Voir par exemple l'a. 261 et le recours offert au consommateur par l'a. 272 (L.Q. 1978 c. 9).

C'est donc en principe le consommateur seul qui peut agir en justice pour remettre en cause le contrat^{108 109}.

C'est aussi en application de ce même critère que M. J. Ghestin place les *vices du consentement* dans le cadre de la nullité relative. C'est en effet pour cette raison que seule la partie au contrat qui en a été victime pourra l'invoquer, puisque c'est elle seule que la règle entendait protéger. Toutefois si les deux parties ont été victimes d'un vice du consentement, tel que l'erreur commune, chacune pourra invoquer la nullité de l'acte, puisque chacune tombe sous la protection de la règle. En faisant application jusqu'au bout de cette logique M. J. Ghestin, *applique la nullité relative à l'erreur obstacle, ainsi qu'à l'absence de consentement, d'objet et de cause*. Il souligne en effet que la solution contraire qui consisterait à placer ces derniers motifs de nullité dans le domaine de la nullité absolue, reposerait sur une conception de nullité, qui ne ferait aucune place à la nature des intérêts protégés. Il précise qu'en procédant ainsi certains auteurs ne prennent pas suffisamment garde au fondement actuel de la distinction entre nullité relative et absolue, dont ils admettent cependant le principe.

En *droit québécois*, l'on s'accorde généralement pour admettre que les vices du consentement font partie du domaine de la nullité relative. La doctrine moderne est cependant encore partagée quant à la nature de la nullité se rapportant à l'erreur obstacle, à l'absence de consentement, d'objet ou de cause¹¹⁰. Il s'agit

¹⁰⁸ Cf. L.Q. 1978, c. 9, a. 272; *Leclair c. Markowski*, (1978) C.S. 1132; J.L. BAUDOUIN, «Chronique de droit civil québécois», 1980 *Rev. Trim. dr. civ.* 456 no 8; N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, no 284, p. 222. Précisons que le caractère relatif de la nullité qui se rattache à cette loi peut également résulter du fait que le consommateur, en vertu de l'a. 272, a le choix des recours. Il peut en effet demander la nullité, ou décider de maintenir le contrat tout en demandant une réduction de ses obligations ou des dommages intérêts. (Cf. *Leclair c. Markowski*, loc. cit.). Cette possibilité n'existerait pas si la nullité était absolue, car l'intérêt de la société interdirait le maintien du contrat, le seul recours possible serait donc l'annulation du contrat, assorti ou non, selon le cas, de dommages intérêts. Pour cette raison, et du fait du caractère relatif de la nullité, le juge ne pourra, à l'occasion d'un litige qui lui est soumis, soulever d'office la nullité d'un contrat contrevenant à cette loi, si elle ne lui est pas demandée. Si tel était le cas, cela pourrait conduire à l'annulation d'un contrat, même favorable au consommateur, alors que ce dernier en était satisfait.

¹⁰⁹ Le fait que le Président de l'Office de la protection du consommateur puisse intervenir à l'action en vertu de l'art. 318, ne change rien à la nature de la nullité, puisqu'il ne s'agit pas d'une intervention agressive, ayant pour but de faire annuler le contrat au nom de la morale, mais plutôt d'une intervention ayant pour but de faire valoir son point de vue sur l'interprétation de la loi (cf. N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, no 324 p. 252). Par ailleurs, le recours direct en injonction que possède également le Président de l'office, en vertu de l'a. 316 n'a pas pour but de demander dans le cadre des conventions privées, la réparation des effets d'une pratique interdite, mais de demander au tribunal d'ordonner au commerçant de la cesser, afin qu'à l'avenir aucun consommateur ne puisse en être victime. Selon l'a. 217, l'exercice de ce pouvoir existe d'ailleurs même en l'absence de conclusion d'un contrat, ce qui prouve bien qu'il est indépendant. L'injonction que peut également réclamer le Procureur général dans le cas de l'article 290 est de même nature. La défense des intérêts privés résultant d'une violation de la loi n'appartient donc qu'aux consommateurs (voir dans le même sens N. L'HEUREUX loc. cit., no 302 p. 234; no 313 p. 243).

¹¹⁰ J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31, p. 151 et s. et J. PINEAU, *Théorie des obligations*, op. cit., note 31, p. 112, les considèrent en effet comme sanctionnées par la nullité absolue, alors que M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, op. cit., note 31, p. 88 et s., les considèrent comme sanctionnées par la nullité relative.

probablement là d'un reste d'influence de la théorie classique des nullités qui disparaîtra sans doute avec le temps, notamment sous l'influence doctrinale que peut exercer le *projet de réforme du Code civil* et des commentaires qui l'accompagnent qui font une excellente synthèse du droit positif actuel¹¹¹.

Domaine de la nullité absolue et les titulaires de l'action.

M. J. Ghestin souligne que contrairement au cas de la nullité relative, il faut dans celui de la nullité absolue, qu'elle puisse être demandée par toute personne intéressée, afin que soient multipliées les chances d'annulation, du fait que celle-ci est nécessaire à l'intérêt général, puisque la règle qui a été enfreinte avait pour but de protéger cet intérêt collectif. La doctrine française semble alors parler d'*ordre public de direction*. Elle attache également à cette qualification le fait que la nullité du contrat qui découle de sa violation puisse être demandée par «toute personne intéressée». M. J. Ghestin précise que ces personnes seront en pratique les deux parties au contrat et leurs ayants cause, ainsi que le juge à qui le litige aura été soumis, si les parties ne la soulèvent pas elles-mêmes, et enfin, théoriquement du moins, le Ministère public. Sur la base de ce critère de l'intérêt général que cherche à protéger la règle, l'auteur place dans le domaine de la nullité absolue toutes celles qui touchent à la morale, ainsi qu'au bon fonctionnement de la société et de son économie. Quant aux conditions de forme, il souligne que seules celles qui sont édictées en fonction de l'intérêt général devraient appartenir à la nullité absolue. C'est ainsi que les formes protectrices des incapables ou des consommateurs appartiennent à la nullité relative. À l'égard des formes solennelles traditionnelles, il constate que la nullité absolue est souvent prononcée, mais sur des bases qui sont difficilement conciliables les unes avec les autres. C'est pourquoi en se livrant à une application rigoureuse du critère de l'intérêt protégé, il en arrive à la conclusion que ces conditions étant facilement davantage protectrices de l'intérêt particulier que de l'intérêt général, elles devraient être sanctionnées de nullité relative¹¹². M. J. Ghestin propose en effet qu'en cas de difficulté quant à la détermination du caractère absolu ou relatif de la nullité correspondante à une disposition d'ordre public, l'on considère qu'il s'agit d'une nullité absolue lorsque l'analyse de la règle révèle qu'un intérêt général suffisamment net coexiste avec la protection d'un intérêt particulier, mais que dans le cas contraire, l'on conclut à la nullité relative.

¹¹¹ Cf. *Rapport sur le Code civil*, Vol. I, a. 48 et 49 du livre des obligations, ainsi que les commentaires s'y rapportant, Vol. II. t. 2, a. 48 et 49, p. 618.

¹¹² L'argument le plus convaincant de M. J. Ghestin se rapporte surtout aux conditions de forme exigées pour la validité des *donations*. Celles-ci, dit-il, devraient logiquement être sanctionnées par la nullité relative, car elles visent essentiellement à protéger le donateur contre lui-même ou les pressions dont il pourrait être l'objet. Sans doute, dit-il, visent-elles également à protéger la famille, bien qu'il soit douteux que du vivant du donateur ses héritiers présomptifs puissent se prévaloir de la nullité. Cette protection indirecte de la famille, ajoute-t-il, ne peut être assimilée à la protection d'un intérêt général justifiant une nullité absolue, susceptible d'être invoquée par tous. Dans le cas du *contrat de mariage*, et dans celui du *contrat de prêt hypothécaire*, l'intérêt général semble cependant exister d'une façon plus évidente, à côté de l'intérêt particulier, la solution est donc moins certaine.

En droit québécois, ce sont les mêmes critères qui ont conduit à la détermination du domaine de la nullité absolue. C'est ainsi que l'on y place traditionnellement les règles qui touchent au bon fonctionnement de la société, telles que la morale et les bonnes mœurs, ou encore l'organisation de la famille, de l'ordre économique, politique et judiciaire¹¹³. Quant aux conditions de forme, l'on considère que celles qui se rapportent aux incapacités, ou aux contrats de consommation ont pour objectif la protection d'intérêts privés, et qu'en conséquence elles appartiennent au domaine de la nullité relative¹¹⁴. Au contraire, l'on estime habituellement que les formes solennelles sont protectrices de l'intérêt général, elles sont en conséquence sanctionnées par la nullité absolue^{115 116}.

Il faut observer par ailleurs qu'en droit positif québécois, la qualification d'ordre public d'une règle, entraînait traditionnellement la nullité absolue¹¹⁷. Cette approche semble avoir été remise en cause par la jurisprudence qui a reconnu que la *Loi sur la protection du consommateur*, bien que d'ordre public, est sanctionnée par la nullité relative¹¹⁸. Cela met donc bien en relief le fait que le caractère d'ordre public attaché à une règle, indique uniquement que l'on ne peut y déroger sous peine de nullité, sans pour autant indiquer la nature de cette

¹¹³ Cf. J. L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31; p. 46 et 47.

¹¹⁴ Selon l'a. 987, les règles concernant la capacité sont édictées en faveur des incapables et ne peuvent être invoquées contre eux. Cela inclut tout naturellement les règles de forme, puisque le texte ne fait pas de distinction (voir dans le même sens J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31, p. 153). L'a. 272 de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, n'offre de recours en nullité qu'au consommateur, la nullité pour défaut des formes qu'elle exige, ne pourra donc être demandée que par le consommateur. Il devra cependant établir selon l'a. 271 al. 2 qu'il a subi un préjudice du fait de leur non respect, pour obtenir gain de cause (L.Q. 1978 c. 9).

¹¹⁵ J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31, p. 153; J. PINEAU, *Théorie générale des obligations*, op. cit., note 31, p. 113. Les observations de M. J. Ghestin au sujet de la nature de la nullité d'un contrat de donation, sont sans doute applicables au Québec (Cf. *supra* note 112). Il est intéressant de constater à cet égard que le projet de réforme du Code civil n'exige aucune forme particulière dans le cas d'une donation portant sur un bien mobilier, il précise en outre qu'au cas où le mineur consentirait une donation, il est le seul à pouvoir en réclamer la nullité. Il prévoit cependant que «la donation d'un bien immeuble doit à peine de nullité absolue, être constatée par un acte notarié en minute» (a. 452, et 480 du livre des obligations). Par contre les observations de M. J. Ghestin au sujet de la nature de la nullité des contrats de mariage, ne s'appliquent pas au Québec puisque l'a. 471 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (L.Q. 1980, c. 39), prévoit expressément que «les contrats» de mariage doivent être notariés et porter minute à peine de nullité absolue». Il en est de même des contrats de prêt assortis d'une hypothèque. En dépit des critiques qui ont pu être formulées à l'encontre du formalisme dans le cadre de ces contrats, le projet de réforme du Code civil a préféré le maintenir tant pour la protection des parties que des tiers. L'art. 314 al. 1 du livre des biens prévoit en effet que «l'hypothèque immobilière doit, à peine de nullité absolue, être créé par un acte en forme authentique et en minute». (Voir également: vol. II, *Commentaires*, t. 1, p. 445).

¹¹⁶ Le projet de réforme du Code civil contient certaines dispositions générales relatives à la forme des contrats. Il y réaffirme le principe général du consensualisme, et de l'absence de condition de forme. Il prévoit par ailleurs que lorsque par exception, une condition de forme est exigée par une loi, celle-ci ne l'est pas à peine de nullité, à moins de disposition expresse, tel que c'est le cas des contrats de mariage, des contrats de prêt assortis d'une hypothèque, ainsi que des contrats de donation portant sur immeuble (Cf. *supra*, note 115). Voir les a. 42 à 46 du livre des obligations.

¹¹⁷ Voir par ex: M. TANCELIN, *Théorie des obligations*, op. cit. note 31, p. 85 n 127; J. PINEAU, *Théorie des obligations*, op. cit. note 31, p. 113.

¹¹⁸ Cf. *supra*, note 108.

dernière. Cela dépendra de l'intérêt que cette règle cherchait à protéger, ainsi que nous l'avons vu. Ceci n'est d'ailleurs pas si nouveau qu'il y paraît, puisque les dispositions concernant la protection des incapables sont d'ordre public, du fait que l'on ne peut y déroger, et qu'en vertu de l'article 987 du *Code civil*, elles sont sanctionnées de nullité relative. Il sera cependant facile de déterminer qu'une loi d'ordre public a en vue la protection des intérêts privés d'une des parties au contrat, lorsque comme dans le cas de l'article 987 du *Code civil*, elle précise qu'il n'est possible qu'à la partie du contrat, qu'elle protège, d'invoquer la nullité. Tel est également le cas de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*. Lorsqu'au contraire une loi d'ordre public ne le précise pas, il y a des chances que sa nullité soit absolue, conformément à la tradition. L'on pourra cependant le vérifier en analysant l'intérêt qu'elle vise à protéger. En cas de doute sur ce point, l'on pourra se référer utilement au critère que nous venons de voir. C'est sur cette base que nous pensons pouvoir rattacher à la nullité absolue la protection des divers droits fondamentaux prévus par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹⁹ qui a en effet une certaine importance dans le domaine des contrats puisqu'elle vient limiter le champ de la liberté contractuelle¹²⁰. Il serait

¹¹⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977 c. C-12. Les règles qu'elle contient concernent en effet, très nettement l'organisation de la société lorsqu'elles touchent au principe de l'égalité des citoyens, à celui des libertés fondamentales, ainsi qu'aux droits politiques, judiciaires, économiques, sociaux, même si par ailleurs elle assure également la protection individuelle, comme c'est le cas par exemple en matière de discrimination. Il semble en effet que dans ces cas, l'intérêt général exige que la violation de ces dispositions entraîne la nullité du contrat, car l'on ne peut laisser exister un acte qui ne respecte pas les droits les plus fondamentaux de la personne, et à travers elle, certains concepts de base de notre société. Il ne serait en effet pas suffisant ici, que seule les personnes protégées aient la faculté de se prévaloir de l'inefficacité de l'acte. L'on peut par contre concevoir, toujours sur cette même base que seuls les locataires aient, comme les consommateurs, le droit de réclamer la nullité d'un contrat qui contreviendrait à une disposition d'ordre public du *Code civil relatives aux baux d'habitations*, qui ont pour but d'assurer la protection de leurs droits. L'intérêt social qu'elles représentent, n'est en effet pas de même nature que les droits fondamentaux contenus dans la Charte, exception faite bien entendu de certaines dispositions de même nature, telles que par exemple l'a. 1665 C.c. qui interdit de refuser de consentir un bail à une personne pour le seul motif qu'elle est enceinte ou qu'elle a des enfants. L'on peut donc envisager ici que l'intérêt général qui n'est en principe qu'indirectement en cause, n'exige pas à tout prix, sauf exception, la nullité de tels contrats, mais qu'il se satisfasse de la faculté de l'obtenir, offerte au locataire. Puisque l'intérêt supérieur de la collectivité n'est ici qu'indirectement en jeu, l'on pourrait s'assurer ainsi de l'efficacité de la sanction en faveur du locataire, puisque le locateur ne pourrait détourner ces dispositions de leur but en invoquant la nullité en sa faveur contre le locataire. Pour illustrer le danger que pourrait représenter la solution contraire, l'on peut donner ici l'exemple que cite M. J. Ghestin, tiré d'un arrêt de la Cour de Nancy du 11 février 1931 (D.P. 1932.2.17): «un propriétaire avait consenti une prorogation d'un bail commercial en contrepartie de la renonciation du locataire à toute indemnité au cas où il serait évincé de son fonds de commerce. Cette clause était contraire à la législation sur la propriété commerciale. Mais c'était le bailleur qui en faisait état pour faire annuler la prorogation. Or la Cour de Nancy a fait droit à cette demande au motif que la règle était d'ordre public et qu'elle pouvait ainsi être invoquée par toute personne intéressée, y compris le propriétaire. Les dispositions destinées à protéger le locataire commerçant se retournaient contre lui». Cf. *Le contrat*, op. cit., note 2, p. 668.

¹²⁰ Voir notre analyse dans: *La protection des droits fondamentaux de la personne, au Québec, par le Code civil et la Charte des droits et libertés*, ou de *L'impact de la Charte sur les contrats et la responsabilité civile*, (1981) 27 McGill L.J.

souhaitable cependant que le législateur le précise lui-même dans ces cas comme il l'a fait à plusieurs reprises dans le *projet de réforme du Code civil*^{120a}.

Au-delà de la notion d'ordre public, c'est donc celle de nullité absolue et de nullité relative qui est importante, car c'est elle, en fonction de l'intérêt en cause, qui permet de justifier quelles sont les personnes qui pourront la mettre en œuvre. Ainsi, puisqu'en matière de nullité absolue, c'est l'intérêt général qui est en jeu, elle pourra donc être réclamée par «toute personne intéressée». Au Québec, ces personnes sont tout d'abord les deux parties au contrat, ou leurs héritiers, puisqu'ici la règle violée n'avait pas pour but de protéger une seule des parties, mais la société en général. C'est pour cette raison également que les juges doivent prononcer d'office la nullité, à l'occasion d'un litige qui leur est soumis, même si les parties ne le leur ont pas demandée^{121 122}. Les principes jurisprudentiels bien établis sont d'ailleurs consacrés par le *projet de réforme du Code civil*¹²³.

Notons enfin que c'est également au nom de l'intérêt général et non dans le but de protéger l'une ou l'autre des parties, que l'article 99 du *Code de procédure civile* donne la possibilité au Procureur général de participer à l'enquête et à l'audition comme s'il était partie à l'action, dans un procès mettant en cause l'ordre public. L'article 492 de ce même code lui permet également d'en appeler d'office d'un jugement final rendu dans une instance soulevant l'application d'une disposition d'ordre public, comme s'il était partie au procès.

L'expression «ordre public» utilisée dans ces deux articles semble en effet correspondre uniquement aux cas de nullité absolue puisque traditionnellement l'on considérait que les deux expressions étaient synonymes. Il serait en effet illogique d'appliquer ces articles aux cas de nullité relative lorsque ceux-ci sont sanctionnés par des règles d'ordre public. En effet, puisqu'il s'agit dans ces cas de

^{120a} Cf. *supra*, note 15.

¹²¹ *L'association St-Jean Baptiste de Montréal c. Brault*, (1900) 30 R.C.S. 598; *The Consumers Cordage c. Connally*, (1902) 31 R.C.S. 244; *Antoine Guertin c. Chamberland*, (1971) R.C.S. 385; *Lessard c. Labonté*, (1963) C.S. 247; *Tardif c. Pouliot*, (1971) R.L. 155.

¹²² Une décision de la Cour supérieure, mais qui toutefois semble isolée, a reconnu qu'une corporation professionnelle possède un intérêt suffisant pour agir, afin de faire annuler des actes passés par des personnes non habilitées à exercer tel métier ou telle profession (*Janin c. Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, (1976) C.S. 1548). L'intérêt à agir résiderait ici, selon le tribunal, dans le fait que la résolution du contrat constitue une sanction de la violation d'obligation. Il nous semble que si cela était un motif suffisant pour agir à chaque fois que la nullité absolue est en jeu, pratiquement toute personne aurait le droit d'intenter une action dès lors qu'une loi d'intérêt général ne serait pas respectée. (Voir dans le même sens A. LAROUCHE, «Chronique de droit des obligations», 1978 R.G.D. 78 no 9). Cela serait contredit par le fait que même un organisme public tel que la *Commission des droits de la personne*, dont la vocation est pourtant de défendre les droits fondamentaux des citoyens, et par-là même certaines règles de base de la société, ne possède pas ce pouvoir. Le législateur ne reconnaît en fait à la Commission le droit d'agir en justice pour faire déclarer sans effet un acte juridique, que dans les cas de discrimination prévu par l'art. 10, et encore si la victime lui a confié la défense de ses droits, suite au refus de conciliation du défendeur (L.R.Q. 1977 c. C-12, a. 10, 13, 69, 82, 83). Il en est même du *Président de l'office de la protection du consommateur* qui ne peut demander la nullité d'un contrat (cf. *supra*, note 109). Par ailleurs, dans le cas du *Procureur général*, son intérêt à agir résulte de dispositions expresses au *Code de procédure civile* (a. 99 et 492).

¹²³ *Rapport sur le Code civil*, Vol. I, a. 48 et 49 du livre des obligations.

la protection d'un intérêt purement privé qui ne mettent pas en cause l'intérêt général, l'on ne voit pas pourquoi le procureur général pourrait demander la nullité d'un contrat si les parties ne le font pas. D'ailleurs, imposer la nullité aux parties pourrait aboutir à retourner l'objectif de la règle contre celui qu'elle était censée protéger. Tel serait par exemple le cas si l'on annulait la vente d'un immeuble, faite par un mineur dans des conditions très favorables, sous le prétexte qu'il n'a pas respecté les formalités d'ordre public établies par l'article 1009 du *Code civil*. Dans le cas où il aurait au contraire réalisé une mauvaise opération financière, son intérêt privé apparaît suffisamment protégé par le fait que le tuteur peut en demander la nullité, ou que lui-même le peut pendant dix ans après sa majorité, selon l'article 2258 du *Code civil*. Il en serait de même si le juge ou si le Procureur général pouvait demander la nullité de tout contrat de consommation qui contrevient à une disposition de la *Loi sur la protection du consommateur*, sous le prétexte qu'elle est d'ordre public. Cela reviendrait en outre à enlever au consommateur le choix des recours que lui offre l'article 272. Il peut en effet préférer, en vertu de cet article, maintenir le contrat, tout en demandant une réduction de ses obligations ou des dommages et intérêts¹²⁴.

Il résulte de cette analyse et de l'application rigoureuse du critère de l'intérêt protégé, que la notion d'ordre public doit entendre être utilisée avec précaution parce qu'elle risque d'entraîner des confusions du fait qu'elle peut recouvrir à la fois des cas de nullité absolue et des cas de nullité relative.

L'ordre public désignerait en fait les règles de base de la société auxquelles l'on ne peut déroger par conventions particulières, cependant parmi celles-ci l'on pourrait distinguer d'une part celles qui ont pour but la protection générale de la société, de son organisation de sa moralité et par-là même de tous les citoyens, et d'autre part, celles qui ont au contraire pour objectif la protection de certaines catégories de citoyens, qui en certaines circonstances peuvent se trouver en état de vulnérabilité économique. À la première catégorie de règles correspondait la nullité absolue, à la deuxième, la nullité relative. Il y aurait donc un ordre public général, que l'on semble appeler en France «*ordre public de direction*», qui serait sanctionné de nullité absolue, à côté d'un ordre public «*particulier*», que l'on semble qualifier en France «*d'ordre public de protection*», et qui serait sanctionné par la nullité relative. Il est à souligner à ce propos que le développement de cette dernière forme d'ordre public, qui a pour but la protection d'une seule des parties, est probablement l'une des composantes les plus importantes de la philosophie moderne des contrats. Cette règle démontre bien en effet que le droit positif auquel elle appartient, et qui constitue le cadre normal dans lequel doivent s'effectuer les échanges contractuels, a pour but d'assurer la recherche fondamentale d'une meilleure justice dans ce domaine.

Le critère de l'intérêt protégé par la règle qui est en cause et qui permet de distinguer entre la nullité absolue et la nullité relative, pourra également avoir une influence sur la possibilité de confirmation de l'acte nul. *La confirmation*,

¹²⁴ Cf. *supra*, note 108.

lorsqu'elle est possible et qu'elle a eu lieu, fera échec à l'action en nullité. Il en sera de même de la *prescription*. M. Ghestin analyse successivement ces deux formes de consolidation de l'acte nul.

Confirmation de l'acte nul.

M. J. Ghestin souligne que la confirmation a toujours été définie comme une renonciation au droit de demander l'annulation d'un acte, en même temps qu'elle était considérée comme une réparation puisqu'elle apportait à l'acte le consentement valable qui lui faisait défaut.

L'auteur s'appuyant sur différentes thèses récentes observe que cette confusion entre la renonciation et la réparation qui était compréhensible lorsque la confirmation ne se rapportait qu'aux cas de nullité rattachés à un vice du consentement, n'est plus aujourd'hui possible du fait que la confirmation a été admise dans certaines situations où la nullité résulte de la violation des règles appartenant à l'ordre public de protection. Ainsi par exemple, la confirmation d'une nullité résultant de la violation d'une règle de forme n'implique pas sa réparation. Il en résulte donc que la confirmation ne serait pas forcément liée à la réparation du vice qui affectait l'acte, mais plutôt à la renonciation pure et simple de l'action en nullité.

M. J. Ghestin souligne par ailleurs qu'à côté de cette confirmation par renonciation, il existe certains cas où la confirmation résultera du seul fait de la réparation du vice qui affectait l'acte, ce qui lui donne alors effet à l'égard de tous. Il y aurait donc deux types de confirmation: la confirmation-renonciation et la confirmation-réparation.

Au Québec, où la confirmation continue à se poser surtout dans le contexte des vices du consentement, puisque la renonciation à un droit offert par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* n'est pas possible¹²⁵, il semble que la doctrine contemporaine se range dans la lignée des auteurs classiques qui voient dans la confirmation la réunion d'un élément subjectif: la renonciation à l'action en nullité, et d'un élément objectif: la disparition du vice résultant de cette manifestation de volonté. La doctrine québécoise semble cependant accorder plus d'importance à l'aspect renonciation qu'à celui de la réparation¹²⁶. Il apparaît en effet normal de placer cet élément au second plan, puisque d'une part, la rétroactivité de la confirmation peut résulter de la renonciation aussi bien que de la réparation, du fait qu'il s'agit de toute façon d'une fiction juridique, et que d'autre part, la réparation n'a pas forcément pour effet dans le contexte des vices de consentement, de rendre l'acte valide à l'égard de tous ceux qui pouvaient réclamer la nullité sur la base du même vice¹²⁷. Ainsi, par exemple, la

¹²⁵ L.Q. 1978 c. 9 à 262.

¹²⁶ J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31, nos 259 et s., p. 147; M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, op. cit., note 31, no 134, p. 88; J. PINEAU, *Théorie des obligations*, op. cit., note 31, p. 116 et s.

¹²⁷ Dans le sens de cette dernière remarque cf. J. GHESTIN, *Le contrat*, op. cit., note 2, no 796, p. 686.

renonciation par un cohéritier, pour des raisons personnelles, à l'action en nullité d'une dette d'argent reconnue par le défunt sous l'emprise d'un chantage qui a vicié son consentement, ne saurait engager les autres cohéritiers. Sa renonciation n'engage en effet que lui, dans la proportion de sa part. Son consentement n'a donc pas réparé, à l'égard de tous les cohéritiers qui peuvent demander la nullité, le vice qui affectait l'acte. La confirmation n'a ainsi qu'un effet relatif¹²⁸, et n'engage que celui qui a renoncé à l'action. Ceci illustre bien le caractère déterminant de cet élément par rapport à celui de la réparation.

Par ailleurs, à côté de cette confirmation par renonciation, il existe peu de cas au Québec dans lesquels la confirmation se réalise par la seule réparation du vice qui affecte l'acte, en lui donnant effet à l'égard de tous.

Cette *confirmation-réparation* n'est par ailleurs admise en France que dans certains cas particuliers dont M. Ghestin effectue une intéressante synthèse¹²⁹. Il souligne cependant que cette intervention tardive portant directement sur l'acte, dans le but de le rendre conforme à la règle qu'il violait par son contenu initial, et de le valider rétroactivement, tend à se développer avec l'évolution actuelle, favorable à la consolidation des actes nuls à des fins de sécurité juridique. Il observe d'autre part que cette forme de confirmation est quelquefois difficile à distinguer de la réfection de l'acte, et que par ailleurs elle ne peut exister que dans les cas où elle est opportune. En effet, dit-il, la régularisation par la réparation du vice peut valider tant un acte dont le défaut serait frappé de nullité relative, que celui qui serait sanctionné par la nullité absolue. De plus cette régularisation le rend valide à l'égard de tous, de façon rétroactive, ce qui peut surprendre les tiers et leur causer un préjudice. M. J. Ghestin conclut alors, que même si cette forme de confirmation existe parfois, son effet rétroactif à l'égard de tous, interdit d'en faire une règle générale, contrairement à la confirmation-renonciation qui n'a d'effet qu'à l'encontre du renonçant.

Au Québec, la confirmation réparation ne semble pas non plus exister en règle générale. Il est cependant possible d'en trouver au moins un cas dans le *Code civil*. L'article 753 admet en effet expressément l'efficacité d'une réparation tardive du vice affectant un partage, par le versement d'un complément de part, qui vient ainsi rétablir celle du copartageant lésé. Il est à remarquer en effet que cette régularisation valide le partage indépendamment de la volonté de la personne lésée, tout en lui enlevant désormais le droit de le contester sur cette base. Cet article est repris dans le *projet de réforme du Code civil*, qui l'étend à tous les cas d'action en nullité du partage, alors que la jurisprudence en avait restreint l'application au seul cas de lésion¹³⁰. Le *projet de réforme du Code civil* semble

¹²⁸ Cf. A. LAROCHE, *Les obligations*, op. cit., note 32, p. 92. Il est à noter que l'a. 61 du livre des obligations, du *projet de réforme du Code civil* se lit comme suit: «Lorsque plusieurs parties contractantes peuvent invoquer la nullité du contrat, la confirmation par l'une d'elle n'empêche pas les autres d'invoquer la nullité». Il est à noter par ailleurs, que dans leur formulation, les articles du projet qui traitent de la confirmation (a. 59 à 61) ne réfèrent qu'à la renonciation et non à la volonté de réparer le vice de l'acte.

¹²⁹ J. GHESTIN, *Le contrat*, op. cit., note 2, p. 691 à 697.

¹³⁰ *Rapport sur le Code civil*, Vol. I, a. 239 du livre des successions.

par ailleurs se référer à une certaine idée de confirmation-réparation, sous contrôle judiciaire cependant, dans le cas de la réparation de la lésion. Selon l'article 40 du livre des obligations, le tribunal peut en effet «maintenir le contrat dont la nullité est demandée, si le défendeur offre une réduction de sa créance ou un supplément monétaire équitable». Il faut toutefois observer qu'ici, même si la confirmation s'impose à l'autre partie indépendamment de sa volonté, cet effet ne résulte cependant pas uniquement de la volonté de celui qui désire confirmer le contrat, mais aussi de la décision du tribunal dans l'exercice de son pouvoir de contrôle du caractère équitable de la réparation offerte. Il faut par ailleurs bien souligner que même si l'on peut retrouver dans le *projet de réforme du Code civil* des applications de cette notion confirmation-réparation, il ne semble pas qu'il ait voulu en faire une règle générale pour le futur, puisque les articles qui traitent de la confirmation, sous le titre «de la confirmation», ne réfèrent qu'à la forme traditionnelle de celle-ci: la confirmation-renonciation¹³¹.

La *confirmation-renonciation* est comme le souligne M. Ghestin une simple renonciation au droit d'invoquer la nullité. Comme toute renonciation il s'agit d'un acte unilatéral, irrévocable, qui ne nécessite aucunement l'accord de la partie au profit de laquelle elle est faite. Cette renonciation pour être valide suppose cependant la connaissance du vice qui affecte l'acte, et l'intention de renoncer à l'action qui s'y rapporte. Elle peut être expresse ou tacite, et peut se prouver par tous moyens. La confirmation n'a d'effets qu'à l'encontre du confirmant et cet effet est rétroactif à la date de formation de l'acte initial. Cette confirmation, souligne M. J. Ghestin, ne peut selon le droit français porter préjudice aux tiers, c'est-à-dire aux ayants cause à titre particulier du confirmant, ayant acquis des droits antérieurement à la confirmation, et postérieurement à l'acte confirmé. Cet auteur délimite enfin le domaine de la confirmation. Celle-ci, dit-il ne peut avoir lieu dans le cadre des nullités absolues, puisque l'intérêt général qui exige l'anéantissement effectif de l'acte ne peut être mis en échec par la confirmation qui précisément réduirait ces chances d'anéantissement. Par contre, dans le domaine des nullités relatives, où il ne s'agit que de la protection des intérêts privés, il est suffisant pour assurer leur respect, que la personne protégée puisse en réclamer la nullité; elle peut cependant y renoncer, puisqu'ici l'anéantissement de l'acte n'est pas nécessaire dans l'intérêt général. M. J. Ghestin précise enfin à ce propos que la confirmation est possible même dans le cadre des lois d'ordre public de protection individuelle, puisqu'elles ont pour but la protection des intérêts particuliers d'une partie au contrat. Il souligne cependant que la confirmation pour être valide ne doit pas intervenir prématurément. La protection du consentement nécessaire à la renonciation, suppose en effet que le droit d'action soit né, et qu'aient disparu les motifs qui justifiaient la protection légale, c'est-à-dire par exemple l'état de vulnérabilité qui existait au moment de la conclusion du contrat.

Sauf sur ce dernier point, l'analyse de M. J. Ghestin s'applique parfaitement au *droit québécois* actuel en matière de confirmation. Celui-ci était basé sur

¹³¹ *Rapport sur le Code civil*, Vol. I, a. 59 à 61 du livre des obligations. Il est à noter ainsi que l'on a déjà fait plus haut (cf. n. 128) que ces articles réfèrent uniquement à la renonciation et non à la volonté de réparer le vice de l'acte.

l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1214 du *Code civil*, qui était le seul à en traiter. Ces règles se trouvent consacrées et codifiées dans le *projet de réforme du Code civil*, qui ne met d'ailleurs l'accent que sur l'élément renonciation, et aucunement sur celui de réparation de l'acte vicié¹³².

Il est à noter par ailleurs qu'en droit québécois, l'on ne peut dire que la personne protégée par une règle d'«ordre public de protection», peut confirmer la nullité de l'acte qui résulte de sa violation, sous prétexte qu'elle ne concerne que la protection d'intérêts particuliers, car la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* qui occupe une place importante dans ce domaine, ne le permet pas. L'article 262 interdit en effet au consommateur de renoncer à un droit que lui confère la loi¹³³, il ne peut donc renoncer à son droit d'exercer les recours prévus par l'article 272. Ce n'est donc que la prescription de l'action qui pourra mettre fin à ce droit¹³⁴. Cette exception aux règles de la nullité relative n'a cependant pas toujours existé, puisque sous l'empire de l'ancienne *Loi sur la protection du consommateur*, la confirmation semblait possible du fait précisément du caractère relatif de cette nullité¹³⁵. La nouvelle loi a donc voulu par cette exception apporter une protection accrue au consommateur.

Parmi les autres moyens de consolidation d'un acte, qui font obstacle à l'action en nullité, M. J. Ghestin traite ensuite de la prescription.

La prescription de l'action en nullité.

En *droit français*, la durée de la prescription serait, sauf exception, de trente ans en matière de nullité absolue et de cinq ans en matière de nullité relative. La durée plus courte de cette prescription s'expliquerait, selon M. J. Ghestin, par la nécessité de mettre fin plus rapidement à l'incertitude sur le sort de l'acte, qui résulte de ce que l'action en nullité est à la discrétion d'une seule des parties.

¹³² Cf. art. 59 à 61 du livre des obligations. Les rédacteurs de cette codification ont par ailleurs profité de l'occasion pour préciser à l'art. 59 al. 2 que la «volonté de confirmer doit être certaine et évidente» de façon à éviter que l'on ne puisse voir trop facilement, comme l'a fait parfois une certaine jurisprudence, une volonté de confirmer dans des actes, du seul fait que la partie qui a connaissance du vice a laissé passer un certain temps avant de l'invoquer (*Rodden c. Sauriol*, (1918) R.L. 421, *Laventure c. Vaillancourt*, (1936) 42 R. de J. 276; *Delisle c. Clavet*, (1972) C.A. 897; *Bel automobile Inc. c. Gallant*, (1974) C.A. 593 à la p. 597; *Tourangeau c. Leclerc*, (1963) B.R. 760; Voir contra cpdt. *Brisson c. Lepage*, (1969) B.R. 657). En outre, l'art. 61 a pour but de dissiper tout doute sur l'effet de la confirmation faite par l'une des parties contractantes, lorsque plusieurs d'entre elles ont le droit d'invoquer la nullité relative (ex: erreur connue). La confirmation étant un acte volontaire, elle ne peut produire d'effet qu'à l'égard de la partie qui l'a effectuée, elle n'a qu'un effet relatif (Cf. *Rapport sur le Code civil*, Vol. II, *Commentaires*, t. 2, p. 621 et 622; A. LAROCHE, *Les obligations*, op. cit., note 32, p. 92).

¹³³ Sauf exceptions, telle que par exemple celle prévue à l'a. 168 qui permet au consommateur de renoncer par écrit à son droit d'obtenir une évaluation écrite préalable à la réparation de son automobile ou de sa motocyclette.

¹³⁴ Les détails de prescription sont d'ailleurs assez courts, ils peuvent cependant varier selon les cas, entre trois mois (a. 275) à un an (a. 274) ou trois ans (a. 273).

¹³⁵ Cf. *Leclair c. Markowski*, (1978) C.S. 1132.

Au Québec, l'on fait également de façon traditionnelle la distinction entre la nullité absolue qui se prescrit par trente ans et la nullité relative qui se prescrirait par dix ans¹³⁶. Cette classification qui n'existe d'ailleurs pas comme telle dans le *Code civil*, comporte des exceptions¹³⁷. Par ailleurs, la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* qui touche tous les vices du consentement prévus par le Code, et qui s'applique à de très nombreux contrats, apporte une exception très importante en droit positif à cette règle selon laquelle la nullité relative se prescrirait par dix ans.

En effet, la nullité relative dont est assortie la violation de cette loi se prescrit, sauf exception, par trois ans selon l'article 273. Il est intéressant de noter au passage que cette courte prescription s'applique à des cas de nullité pour contravention à une loi d'ordre public. Ce dernier ne détermine donc pas le délai de prescription, ce qui semble logique dans la mesure où celui-ci ne correspond pas forcément à une nullité absolue, ainsi que nous l'avons vu. De toute façon, du fait des exceptions qui existent, et en l'absence de classification contenue dans le *Code civil*, il nous semblerait plus exact de dire que dans le droit positif québécois actuel, à défaut de délai particulier résultant du *Code civil* ou d'une loi, le délai de prescription applicable est de trente ans selon le droit commun¹³⁸.

Notons que le *projet de réforme du Code civil* propose une uniformisation des délais de prescription extinctive. L'article 49 du livre de la prescription précise en effet que «les droits personnels se prescrivent par trois ans». Si le projet est adopté, le point de départ du délai se calculera comme actuellement, c'est-à-dire à compter du jour où le préjudice se manifeste pour la première fois, ou à compter de la découverte de la fraude, de l'erreur, ou de la cessation de la violence. Cependant, contrairement au droit actuel, il y aura déchéance du droit d'action s'il s'est écoulé dix ans depuis la conclusion du contrat.

Ce texte ainsi que la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* en généralisant des délais de prescription plus court, parallèlement à la protection accrue qu'ils apportent, ont ainsi cherché par la réduction des délais de prescription à pallier à l'instabilité juridique qu'entraîne par ailleurs la création de nouveaux recours, qui permettent plus souvent la remise en cause du contrat. La diminution dans la stabilité des relations contractuelles qu'entraîne la recherche d'une plus grande justice dans ce domaine, est en quelque sorte compensée au moyen de l'adoption de règles de prescription plus courtes.

¹³⁶ Cf. J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31, p. 146 et 147; M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, op. cit., note 31, p. 89; J. PINEAU, *Théorie des obligations*, op. cit., note 31, p. 115.

¹³⁷ La prescription est par exemple de cinq ans dans les cas prévus à l'article 2260 par. 4, 5, 6 (relevons à ce propos le conflit qui existe entre l'a. 2260 par. 5, et les articles de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* concernant la prescription, lorsqu'il s'agit d'une vente d'effets mobiliers entre un commerçant et un non-commerçant); elle est d'une durée raisonnable en cas d'une action concernant un vice caché dans le cadre d'un contrat de vente (a. 1530 C.c.).

¹³⁸ Cf. a. 2242 C.c.

M. J. Ghestin apporte par ailleurs dans le cadre de la prescription une motivation intéressante au principe selon lequel la prescription d'une action en nullité n'éteint pas la possibilité d'opposer le droit prescrit comme exception en défense à une action principale. En effet, dit-il, les raisons qui conduisent à admettre la prescription de l'action ne peuvent s'appliquer à l'exception. Alors que l'action vise, dit-il, à détruire les situations acquises par l'exécution du contrat, l'exception a, au contraire, pour but de faire obstacle à l'exécution d'un contrat qui par définition n'a pas été exécuté. Elle assure ainsi le maintien du statu quo, ce qui rejoint, précise-t-il, le but de toute prescription. Le maintien de l'exception permet ainsi de faire l'économie d'une action en annulation, tout en protégeant les héritiers du titulaire du droit prescrit. En outre, M. J. Ghestin souligne que dans les cas de nullité absolue, la survie de l'exception fait obstacle à ce qu'après la prescription de l'action, l'une des parties puisse exiger en justice l'exécution d'un contrat illicite ou immoral.

Ce principe qui s'applique aussi bien à la nullité relative qu'à la nullité absolue est fondé au Québec sur l'article 2246 al. 2 du *Code civil*. Il est d'ailleurs repris par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* à l'article 276, ainsi que par le *projet de réforme du Code civil*, à l'article 4 du livre de la prescription.

Après cette étude des conditions de la mise en œuvre de la nullité, le professeur J. Ghestin analyse ses effets.

TITRE II: LES EFFETS DE LA NULLITÉ.

Sous ce titre, M. J. Ghestin analyse l'étendue de la nullité, son effet rétroactif, ainsi que les responsabilités qui peuvent résulter de l'annulation d'un contrat, lorsque celle-ci résulte de la faute d'un des cocontractants.

Étendue de la nullité.

M. J. Ghestin fait observer que dans la mesure où la nullité n'est pas considérée comme un état de l'acte, mais plus simplement comme une sanction des règles impératives qui régissent la formation du contrat, l'optique change de façon sensible. Il souligne en effet que cette sanction doit être adaptée à son but, et qu'en particulier les effets de la nullité devront être, en principe, limités à ce qui est nécessaire afin d'écarter toutes les conséquences de l'acte qui sont contraires au but de la règle transgressée, mais seulement ces conséquences là. Dans cette perspective, il analyse la nullité partielle, et la modification positive du contrat.

La nullité partielle

Le droit positif français, souligne-t-il, admet dans certaines circonstances, la nullité partielle du contrat au lieu de la nullité totale de l'acte. Ce dernier survit alors amputé de la clause qui était viciée. En principe, dit-il, ne doivent être ainsi annulés que les éléments du contrat contraires à la règle impérative à sanctionner. Cependant, poursuit-il, cela suppose en pratique que l'élément vicié soit

matériellement séparable du contrat, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une clause accessoire qui n'ait pas été déterminante pour le consentement des parties. Dans le cas contraire, dit-il, la jurisprudence française annule le contrat tout entier. Lorsque la clause n'a été déterminante que pour une partie, et qu'elle ne l'a pas été pour l'autre, M. J. Ghestin observe que le droit positif français n'accorde la possibilité de réclamer la nullité complète de l'acte qu'à celle qui la considérerait comme déterminante. L'autre partie qui n'a fait qu'accepter que la clause soit insérée dans le contrat, ne pourrait en effet demander que la nullité partielle contre son cocontractant, si ce dernier ne désire pas la nullité qu'il pourrait pourtant réclamer. M. J. Ghestin suggère cependant que la portée de la sanction soit recherchée dans la volonté du législateur, qui permettra de trouver la sanction correspondante au but visé, plutôt que dans celle des parties qui ne vient qu'au second plan. Cette solution est en harmonie avec le principe de la primauté du droit positif sur le droit subjectif.

En droit québécois, le principe de la nullité partielle semble admis dans le cas de clauses illicites accessoires, notamment en matière de clause pénale¹³⁹, de clause restrictive de commerce ou d'emploi¹⁴⁰, de clause d'exonération de responsabilité¹⁴¹, et de clause de contrat de mariage¹⁴². Cependant en l'absence d'un texte dans le *Code civil* établissant un principe général, la jurisprudence ne semble admettre cette solution qu'avec prudence¹⁴³. Ce défaut de principe général fait également naître une incertitude quant à la sanction des clauses interdites par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*. Il semble cependant d'après l'analyse de la volonté du législateur, que le but visé par la loi soit ici, d'assurer la protection du consommateur dans la mesure nécessaire, comme c'est généralement le cas lorsqu'il interdit une clause particulière abusive. La nullité qui se limiterait aux clauses interdites sans annuler tout le contrat serait ainsi suffisante pour assurer pleinement sa protection. Il semble en conséquence que la sanction sera de considérer la clause comme non écrite¹⁴⁴ et que le consommateur ne pourra réclamer la nullité du contrat tout entier¹⁴⁵. La solution inverse offrirait sans doute au problème un remède exagéré.

Le projet de réforme du *Code civil* du Québec propose de son côté d'éclaircir ce domaine en adoptant un principe général. L'article 51 du livre des obligations prévoit en effet que: «la nullité d'une clause n'entraîne pas la nullité du contrat, à moins qu'il ne résulte de sa nature ou de la volonté des parties qu'il n'aurait pas été conclu sans elle». Si cet article est adopté, les juges devront, sur cette base juridique plus solide et plus générale, limiter la nullité à la clause illicite, dès lors

¹³⁹ Cf. a. 1132 C.c.

¹⁴⁰ Cf. *supra*, note 83.

¹⁴¹ Cf. *supra*, note 82.

¹⁴² Cf. *supra*, note 84.

¹⁴³ J.L. BAUDOUIN, *Les obligations, op. cit.*, note 31, p. 149 et 150; voir également *Rapport sur le Code civil*, vol. II, *Commentaires*, t. 2, p. 619.

¹⁴⁴ Cf. *supra*, note 91.

¹⁴⁵ Cf. *supra*, notre analyse des effets de la clause abusive dans le cadre de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*.

qu'ils auront la conviction que les parties auraient conclu le contrat sans elle, c'est-à-dire dans la mesure où cette clause n'était pas la cause déterminante du contrat. Il est cependant curieux, compte tenu du sort que le projet réserve par ailleurs à la notion de cause, qu'on lui fasse jouer ici un rôle aussi important¹⁴⁶! Sans doute pourrait-on le diminuer ainsi que celui de la volonté, en référant davantage à la volonté du législateur, plutôt qu'à celle des parties ainsi que le suggère M. J. Ghestin. Quoi qu'il en soit, ce texte témoigne d'une volonté manifeste de rechercher la sanction la plus appropriée, puisqu'il permet d'assurer une meilleure justice dans les relations contractuelles entre les parties, tout en maintenant le contrat, ce qui est par ailleurs souhaitable pour le bon fonctionnement des échanges économiques. La modification positive du contrat, au lieu de son anéantissement est également une solution qui présente les mêmes avantages, elle correspond à une évolution récente du droit.

La modification positive du contrat.

Selon M. J. Ghestin, cette faculté est fréquemment admise aujourd'hui par le droit positif français, afin de compléter l'annulation partielle en ajoutant à l'acte ce qui lui manque: c'est, dit-il, la prothèse qui suit l'amputation, mais c'est aussi, ajoute-t-il, un moyen qui remplace l'annulation partielle. En France, en effet, cette forme de sanction semble n'exister qu'à l'égard de certains types de clauses abusives. *Au Québec*, cela peut être également le cas, *mais surtout la modification positive du contrat y apparaît comme une véritable alternative à l'annulation totale, dans les très nombreux contrats visés par la nouvelle Loi sur la protection du consommateur.*

Sous son premier aspect, cette sanction existe en effet *tant en France qu'au Québec*. M. J. Ghestin indique tout d'abord que le législateur peut toujours autoriser le juge à opter pour une substitution de la clause irrégulière par une clause régulière, et il en donne plusieurs exemples en droit français¹⁴⁷. Cette possibilité existe également *au Québec* lorsque la loi l'autorise. C'est ainsi par exemple que l'article 1548 du *Code civil* donne au Juge le pouvoir de réduire à dix ans la faculté de réméré, dans le cas d'un contrat de vente de ce type qui stipulerait un terme plus long.

M. J. Ghestin mentionne par ailleurs la possibilité donnée dans certains cas au juge de modifier les effets irréguliers du contrat, notamment en ce qui concerne le quantum fixe dans le contrat. Cette solution est également admise *au Québec*. C'est ainsi par exemple qu'en vertu de l'article 1040c du *Code civil*, la jurisprudence a réduit les taux d'intérêts abusifs stipulés dans les contrats¹⁴⁸; que l'article 1135 al. 2 de ce même Code permet au tribunal de réduire le montant de l'indemnité fixé par une clause pénale, lorsque l'obligation principale a été

¹⁴⁶ Cf. *supra*, notre analyse de la cause.

¹⁴⁷ Cf. J. Ghestin, *Le contrat*, op. cit., note 2, no 905 et s., p. 776.

¹⁴⁸ Voir par exemple *Boutin c. Corp. de Finance Belvedere*, (1970) C.A. 389; *Fribourg investment inc. c. Sauvage*, (1970) C.A. 612; *Agence Lyon inc. c. Cadrin*, (1975) C. de D. 147; *Drummond c. Canadian Consumers Loan & Finance Corp.* (1975) C.S. 819.

partiellement exécutée et qu'aucune stipulation au contrat ne s'y oppose; que la jurisprudence a réduit au prix maximum fixé par l'autorité publique, le prix payé par le demandeur¹⁴⁹.

M. J. Ghestin relève enfin que la jurisprudence française élimine dans certains cas, de façon directe, les effets irréguliers du contrat. C'est ainsi, dit-il, qu'en utilisant certains critères, elle écarte les clauses de non concurrence trop étendue, et qu'en refusant d'appliquer les clauses d'exonération de responsabilité dans le cas des fautes lourdes, elle en écarte également une bonne partie. Ces solutions sont aussi couramment utilisées par la *jurisprudence québécoise* à l'égard de ces deux types de clauses¹⁵⁰. Cependant, lorsque celles-ci sont abusives, elles sont considérées comme contraire à l'ordre public et déclarées nulles, ce qui placerait plutôt cette jurisprudence dans la nullité partielle.

Suite à cette analyse, M. J. Ghestin souligne que cette évolution du droit correspond au déclin du dogme de l'autonomie de la volonté, puisque celui-ci exclut normalement toute modification de la convention sans un nouvel accord de volonté. Il estime que cette façon de procéder est particulièrement requise lorsqu'il s'agit de l'ordre public de protection et que d'ailleurs elle est devenue classique en droit du travail. Par ailleurs, citant J.L. Baudouin, il la réclame pour une meilleure protection du consommateur. L'intérêt de celui-ci, écrivait en effet J.L. Baudouin, «n'est pas de mettre fin au contrat en invoquant une nullité... mais bien plus de conserver l'engagement en demandant la modification de façon à ce qu'il réponde mieux aux exigences de la justice et de l'équité. C'est donc la réfection du contrat, sa modification, et non son annulation qui paraît la sanction la plus appropriée¹⁵¹». C'est précisément ce genre de solution qui a été admise de façon générale dans le contexte de la nouvelle Loi québécoise de la protection du consommateur qui lui donne d'ailleurs une portée très étendue, compte tenu du grand nombre de contrats qu'elle couvre. Les remarques de M. J. Ghestin sont donc encore plus vraies en droit québécois qu'en droit français!

C'est en effet sous *son deuxième aspect: alternative à l'annulation totale*, que la modification positive du contrat a été adoptée comme une solution générale offerte au consommateur, à titre de véritable choix, dans le cadre de cette nouvelle loi. L'article 272 fixe en effet comme principe que le consommateur peut, si le commerçant manque à une obligation que lui impose la loi, demander à son choix, selon que la nature de l'obligation le permet, soit: «a) l'exécution de l'obligation; b) l'autorisation de le faire exécuter au frais du commerçant ou du manufacturier;

¹⁴⁹ *Elisabeth Shoe Co. c. Racine*, (1951) C.S. 342.

¹⁵⁰ Clauses d'exonération de responsabilité cf. *supra*, note 82; clauses de non concurrence cf. *supra*, note 83, dans le cas de ces clauses qu'ils jugent illégales, les tribunaux n'y substituent pas un devoir de diligence raisonnable qui pourrait être cause de responsabilité. Voir cependant l'intéressante dissidence de MM. les juges Fauteux et Pigeon, dans l'affaire *Cameron c. Canadian Factors*, (précitée n. 83), ainsi que les commentaires du professeur A. LAROCHE, "Chronique du droit des obligations", 1972 R.G.D. no 6, p. 311.

¹⁵¹ J.L. BAUDOUIN, *Rapport général*, in: *La Protection des consommateurs*, Travaux Ass. H. Capitant, 1973 t. XXIV, p. 10.

c) la réduction de son obligation; d) la résiliation du contrat; e) la résolution du contrat; ou f) la nullité du contrat...»

Cette disposition apporte un changement très important en droit positif québécois. En effet puisque cette nouvelle loi vise aux articles 8 et 9, tous les vices du consentement, y compris la lésion, elle offre dans ces cas la possibilité pour le consommateur dont le consentement a été vicié¹⁵² de demander la réduction du contrat à titre d'alternative à la nullité du contrat. Cette possibilité existe par ailleurs dans le cas de très nombreux contrats, puisque, rappelons-le, cette nouvelle loi s'applique à tout contrat ayant pour objet un bien mobilier ou un service, conclu entre un commerçant et un consommateur. L'on peut donc considérer que cette réforme porte très largement atteinte au principe de l'autonomie de la volonté, en permettant au juge de modifier l'entente initiale des parties, à la demande de l'une d'entre elles seulement. Ce principe est en effet battu en brèche par celui de la recherche d'une meilleure justice dans les relations contractuelles, qui se concrétise ici d'une manière très souple, par cette possibilité d'obtenir justice, sans pour autant anéantir tout le contrat.

Le *projet de réforme du Code civil* propose par ailleurs d'étendre cette solution à tous les contrats, puisque d'une part, il couvre tout le droit commun, et que d'autre part, l'article 38 alinéa 1 du livre des obligations prévoit que «les vices du consentement donnent à la victime le droit de demander la nullité du contrat ou, si les circonstances le justifient, la réduction de ses obligations». Si elle est adoptée, cette disposition constituera le stade achevé de l'évolution. Ainsi que cela a déjà été souligné en doctrine, il s'agit là d'un élément des plus importants de la réforme du *Code civil*, du fait qu'il correspond à cette philosophie qui cherche à donner au tribunal la mission d'assurer la justice et l'équité dans les relations contractuelles, en lui donnant un large pouvoir d'appréciation. Le professeur A. Larouche souligne à ce propos «que le principe de la liberté contractuelle passe au second rang et cède le pas au pouvoir d'immixtion du tribunal¹⁵³».

Si cet article du *projet de réforme du Code civil* est adopté, *l'on pourra dire alors et d'une façon générale, que les cas de nullité relative sont sanctionnés au choix du demandeur, soit par l'anéantissement total et rétroactif de l'acte, soit par une modification positive du contrat. Ce choix n'existera pas au contraire en matière de nullité absolue, puisque l'intérêt social exige l'anéantissement total de l'acte* et qu'un particulier ne peut disposer de l'intérêt public.

Comme on le voit, *la distinction entre la nullité absolue et nullité relative, basée sur le critère de l'intérêt protégé par la règle violée, peut avoir de l'importance par rapport à l'effet des nullités*. Cela peut d'ailleurs se vérifier dès à présent dans le droit positif actuel, avec la nouvelle *Loi sur la protection du*

¹⁵² Les critères d'évaluation de l'existence de ces vices du consentement sont par ailleurs élargis par l'a. 9, ainsi que nous l'avons déjà souligné plus haut dans notre analyse de l'erreur, du dol, de la violence et de la lésion. Voir également *supra*, note 32a.

¹⁵³ Cf. A. LAROCHE, *Les obligations, op. cit.*, note 32, p. 122.

consommateur. C'est en effet parce qu'elle appartient à l'ordre public de protection qui est sanctionné de nullité relative en raison de la nature des intérêts qu'elle protège, que le consommateur a le choix des sanctions offertes par l'article 272.

La nullité du contrat, lorsqu'elle est prononcée, entraînera l'anéantissement rétroactif du contrat.

L'effet rétroactif de l'annulation.

M. J. Ghestin souligne que cette conséquence est très grave car elle porte atteinte à des situations acquises lorsque le contrat a déjà été exécuté, puisque les parties doivent se restituer mutuellement ce qu'elles avaient reçu en exécution du contrat. Cette remise en état précontractuel des parties peut également être lourde de conséquences pour les tiers auxquels l'une d'elles avait déjà transmis les droits réels qui en résultaient. *Il regrette par ailleurs qu'il n'y ait pas encore en droit civil de «théorie générale de la restitution»*¹⁵⁴ qui soit venue faire la synthèse des différentes règles complexes dont on doit tenir compte pour satisfaire ces différents intérêts d'une façon juste et équitable, dès qu'il s'agit de revenir sur une situation qui paraissait acquise. Il observe en effet que le problème n'est pas propre à la nullité, mais qu'il existe également dans le cas de la résolution judiciaire, ainsi que dans celui de la répétition de l'indu. Dans tous ces cas en effet le bien qu'il s'agira de rendre, a pu produire des fruits, recevoir des améliorations ou subir des altérations, bénéficier de plus ou de moins-value sous l'effet notamment de la dépréciation monétaire, et enfin concerner la morale et l'ordre public. C'est pourquoi, dit-il, les restitutions donnent lieu à des difficultés particulièrement complexes, car on doit tenir compte à la fois des principes qui régissent le droit des biens, de la responsabilité et de l'immoralité des parties, ainsi que de la dépréciation monétaire. M. J. Ghestin n'élabore cependant pas immédiatement une «théorie des restitutions», car conformément à la plupart des auteurs français¹⁵⁵, il rattache l'obligation de restituer qui résulte de l'annulation du contrat, au paiement de l'indu. C'est donc dans ce cadre qu'il en traitera dans son ouvrage sur les obligations¹⁵⁶.

C'est sans doute en raison de l'absence de règles dans le Code prévoyant le régime de la restitution des biens dans le cadre de la nullité, que la doctrine française dominante a cherché à effectuer ce rattachement à la répétition de l'indu, du fait qu'elle prévoit de façon assez détaillée les effets de la restitution dans le cas qu'elle vise. Ce rattachement utilitaire, est sans doute très artificiel puisque dans le cas de nullité relative, il revient à assimiler l'erreur du solvens à l'absence de cause, et que dans le cas de la nullité absolue, il oblige à ne plus exiger cette

¹⁵⁴ À part Ph. MALAURIE, *Le droit civil des restitutions*, cours de droit civil approfondi, Paris II, 1974-1975, p. 37.

¹⁵⁵ AUBRY et RAU, t. 6, no. 442 n. 13; PLANIOL et RIPERT, t. 7 par ESMEIN no 738; MAZEAUD, t. 2, vol. I, par de JUGLART no 656; A. WEILL, *obligations*, no 783; B. STARCK, *obligations*, no 2432, J. GHESTIN, *Encycl. Dalloz Resp. dr. civ.*, V^o Répétition de l'indu, no 17.

¹⁵⁶ Cf. *supra*, note 6.

erreur en dépit des termes de l'article 1377 du *Code civil* français¹⁵⁷. C'est d'ailleurs pour ces raisons que plusieurs auteurs dans ce pays ont vivement critiqué ce rattachement, rajoutant qu'en fait, l'obligation de restitution n'est qu'une conséquence de l'annulation, et qu'elle obéit à des règles différentes¹⁵⁸.

Il est intéressant de noter qu'*au Québec*, l'on considère que l'obligation de restitution des biens résulte uniquement des effets de la nullité, c'est-à-dire du principe de la rétroactivité. La solution aux problèmes qu'engendre la restitution n'est par ailleurs pas recherchée dans un rattachement à la répétition de l'indu¹⁵⁹, mais plutôt par l'utilisation des règles se rapportant à la condition résolutoire¹⁶⁰ et à celles de l'accession¹⁶¹.

Quoi qu'il en soit de la valeur respective de ces rattachements, il est cependant intéressant de constater qu'ils ont pour but, dans chacun des deux contextes juridiques, de trouver une solution au silence de la loi. Il est donc particulièrement heureux qu'*au Québec*, le projet de réforme du *Code civil* ait prévu des dispositions pour combler ce vide qui engendre actuellement des incertitudes juridiques ainsi que nous le verrons plus loin¹⁶². Il traite par ailleurs des effets de la restitution à propos de chaque autre cas dans lequel la question se pose: la résolution¹⁶³, l'obligation conditionnelle¹⁶⁴ et la répétition de l'indu¹⁶⁵. La lecture de ces articles révèle d'une part des répétitions¹⁶⁶, d'autre part des points réglementés dans tel cas, mais qui ne le sont pas dans d'autres, alors qu'ils pourraient l'être¹⁶⁷, et enfin des règles particulières correspondantes à la spécificité de la situation qui engendre la restitution¹⁶⁸.

Suite à cette constatation, et dans la perspective d'une codification nouvelle du *Code civil*, l'on peut se demander s'il n'y aurait pas lieu de réaliser une véritable codification des restitutions, non pas à partir de chaque cas qui y donne lieu, mais plutôt à partir des problèmes communs qui peuvent se présenter chaque fois qu'il y a restitution. Cela aurait sans doute le mérite d'éviter les répétitions tout en permettant de prévoir des solutions particulières à tel ou tel problème, dans les cas qui le justifient du fait de la spécificité de la situation qui a entraîné la restitution. Ainsi par exemple, dans le cas du paiement de l'indu, il est normal

¹⁵⁷ J. GHESTIN, *ibid.*, nos 19 et 20.

¹⁵⁸ Voir par ex.: BEUDANT, t. 9 bis, par RODIERE, no 1721.

¹⁵⁹ J. PINEAU, *Théorie générale des obligations*, *op. cit.*, note 31, y fait cependant allusion, cf. p. 137 et 138.

¹⁶⁰ Voir par exemple *Lortie c. Bouchard*, (1952) 1 R.C.S. 508, 520.

¹⁶¹ Cf. M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, *op. cit.*, note 31, no 138, p. 91.

¹⁶² *Rapport sur le Code civil*, Vol. I, a. 50 à 58 du livre des obligations.

¹⁶³ *Ibid.*, a. 278 à 281.

¹⁶⁴ *Ibid.*, a. 155.

¹⁶⁵ *Ibid.*, a. 117 à 126.

¹⁶⁶ Cf. *ibid.*, a. 52, 117, 279; 58 et 280; 56 et 122; 50 et 278 (sauf al. 3); Il est à noter qu'il existe déjà certains renvois entre les textes d'un cas donnant lieu à restitution, à l'autre: l'a. 126 renvoie à l'a. 54; l'a. 281 rattache à la résolution, les clauses résolutoires.

¹⁶⁷ Voir par ex., *ibid.*, a. 123, 124, 55.

¹⁶⁸ Voir par exemple *ibid.*, a. 118, 125, qui sont propres au paiement de l'indu pour les motifs indiqués plus loin.

que l'accipiens n'ait pas à rendre la chose, lorsque du fait de la faute du solvens, se croyant payé d'une dette qui lui était dû par un de ses débiteurs, il a de bonne foi anéanti son titre de créance contre l'un de ceux-ci. Dans le même cadre, il est également naturel que l'on donne à l'accipiens un droit de rétention sur la chose qu'il doit rendre, en garantie du remboursement des dépenses faites pour son entretien, puisque contrairement aux autres cas de restitution, il n'a rien à recevoir en contrepartie de ce qu'il restitue, puisqu'il n'a rien remis au solvens, il ne peut donc pas faire jouer contre lui la garantie naturelle qui consiste à ne rendre qu'en échange.

Une telle codification obligerait ainsi à concevoir cette question des restitutions d'une façon globale. Ceci serait sans doute le meilleur moyen pour éviter les omissions, dans tel ou tel cas pouvant donner lieu à une restitution. De plus, l'analyse globale du problème que nécessiterait cette entreprise, ferait sans doute découvrir l'utilité de préciser d'autres dispositions qui permettraient de parvenir à la solution la plus équitable possible pour les parties. Enfin, ces règles concernant les restitutions existeraient de façon autonome, sans rattachement artificiel à tel ou tel autre concept. Les situations qui sont susceptibles d'entraîner une restitution, référerait en effet tout simplement au titre du nouveau *Code civil* qui serait consacré à la restitution. N'est-ce pas d'ailleurs là le but d'une véritable codification que de regrouper les principes directeurs qui gouvernent un ensemble de solutions? La clarification qui est susceptible d'en résulter est de nature à faciliter l'approche du problème, et à rendre sa solution plus certaine.

À défaut de règles claires régissant l'effet des nullités, le droit positif actuel contient certaines incertitudes, quant aux effets de la rétroactivité, tant en France qu'au *Québec*.

Dans *les deux contextes juridiques*, celui qui demande la nullité doit offrir de rendre à l'autre ce qu'il a reçu. Cette restitution doit en principe se faire en nature. En France, cette restitution peut cependant se faire par équivalent en cas de perte ou de détérioration du bien ayant fait l'objet du contrat annulé. Au *Québec*, l'exigence de la remise en nature interdit les demandes de nullité lorsque le bien a été vendu par le demandeur en nullité¹⁶⁹, ou encore lorsque la chose est diminuée ou détériorée anormalement par sa faute, l'on en déduit alors confirmation¹⁷⁰. Cette règle ne semble cependant pas absolument rigide lorsque la détérioration résulte d'une faute du demandeur puisque l'on a déjà admis la nullité dans ce cas, sous réserve cependant d'une diminution dans le prix à restituer de la part du défendeur¹⁷¹. Les règles de la responsabilité viendraient en quelque sorte assouplir le principe. Par ailleurs, l'impossibilité de remettre l'objet dans l'état où il l'avait reçu, parce qu'il a subi une dépréciation résultant de son usage

¹⁶⁹ *Giguère c. Bourque*, (1973) C.A. 663; *Rondelet c. Legrand*, (1972) R.L. 285; *Châteauneuf c. Couture*, (1970) C.S.; *Beaurivage c. Chabot*, (1957) C.S. 81; *Rodden c. Sauriol*, (1918) 24 R.L. 421.

¹⁷⁰ *Maltais c. Gilbert*, (1959) C.S. 440; *Brisson c. Lepage*, (1969) B.R. 657.

¹⁷¹ *Couture c. Entreprise d'auto W.P. Inc.*, (1976) R.L. 38.

normal¹⁷², ou parce qu'il a été détruit partiellement ou totalement par cas de force majeure¹⁷³, n'empêche le demandeur de réclamer la nullité du contrat. Notons que le *projet de réforme du Code civil* prévoit de son côté, que la remise doit en principe se faire en nature, mais qu'en cas d'impossibilité de le faire ou s'il en résulte des inconvénients sérieux, elle pourra se faire par équivalent¹⁷⁴.

Lorsque l'action est admise alors que le bien ne peut être restitué dans l'état où le demandeur l'avait reçu, il reste à résoudre le délicat problème de savoir qui de l'acquéreur ou du vendeur subira la perte résultant de l'usage ou du cas fortuit.

M. Ghestin souligne qu'en dépit de certaines incertitudes, le *droit français* semble en définitive donner la même solution à chacun de ces cas. Il ne paraît pas en être de même au Québec.

En matière de *cas fortuit*, M. Ghestin fait état d'une décision de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation qui a décidé que le risque de cas fortuit devait être assuré par le vendeur en vertu de l'effet rétroactif de la nullité et de l'adage «*res perit domino*». Cette décision, dit-il, a été critiquée. On lui a reproché de confondre risque du contrat et risque de la chose, ainsi que de donner une portée excessive à l'effet rétroactif, du fait que celui-ci ne peut empêcher que la chose soit restée en possession de celui qui n'en était pas le véritable propriétaire. M. J. Ghestin souligne que d'autres décisions qui semblent refléter davantage l'état de la jurisprudence sur cette question, rejettent l'application de la règle *res perit domino*, pour faire supporter la détérioration résultant d'un cas fortuit par l'acquéreur qui en avait la possession.

Au Québec, c'est en utilisant par analogie les règles de l'obligation conditionnelle résolutoire, que la Cour suprême a décidé de faire supporter le risque du cas fortuit par le vendeur¹⁷⁵. Cette solution sans doute draconienne semble cependant en accord avec l'esprit général du *Code civil* qui fait reposer le risque du cas fortuit sur les épaules du propriétaire, non seulement dès qu'il y a transfert de propriété non accompagné de transfert de possession¹⁷⁶, mais également à chaque fois qu'il a élaboré des règles concernant la rétroactivité en dépit du fait que lors du cas fortuit, l'objet était en possession d'une personne autre que son véritable propriétaire. Tel en est l'effet de la condition résolutoire selon les articles 1087 et 1088 du *Code civil*. Tel est également le cas dans la répétition de l'indu, selon l'article 1050 alinéa 2 du *Code civil*.

¹⁷² *Ginn c. Conbec Auto Inc.*, (1976) C.S. 1416. Dans cette affaire, l'on a même, semble-t-il assoupli la règle jurisprudentielle selon laquelle l'acquéreur d'une automobile ne peut demander la nullité de la vente, lorsque tout en ayant offert de la rendre, il a continué à s'en servir après la signification de l'action, rendant ainsi impossible par son usage la restitution dans le même état qu'il l'avait reçue du défendeur (*Touchette c. Pizzagalli*, (1938) S.R.L. 433; *Sirois c. Demers*, (1945) B.R. 318). Le juge a en effet prononcé la nullité tout en faisant supporter l'usage au demandeur, mais en la compensant par le dommage résultant du dol commis par le défendeur.

¹⁷³ *Lortie c. Bouchard*, *op. cit.*, note 160.

¹⁷⁴ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, a. 52 par. 2 du livre des obligations.

¹⁷⁵ *Lortie c. Bouchard*, *op. cit.* note 160; J. PINEAU, *Théorie générale des obligations*, *op. cit.*, note 31, p. 121.

¹⁷⁶ *Bédard c. Eagle Lumber*, (1923) 35 B.R. 483; *Interprovincial Lumber c. Matapedia Co.*, (1973) C.A. 140; *Mechutan Fur Corporation c. Earl Druker Furs*, (1962) C.S. 429.

Le *projet de réforme du Code civil* prévoit cependant la solution inverse. C'est en fait sur l'acquéreur du bien que l'on propose de faire porter le risque du cas fortuit¹⁷⁷. De l'aveu même des rédacteurs du projet, il s'agit d'apporter un tempérament à la règle de l'effet rétroactif de la nullité¹⁷⁸. L'atténuation de ce principe s'inscrit cependant dans une nouvelle logique, puisqu'il correspond également à une atténuation de celui de la règle *res perit domino*, dans les cas fortuits. En effet, il semble résulter des articles concernant l'impossibilité d'exécuter l'obligation, que le transfert des risques ne se ferait plus en même temps que celui de la propriété, cette dernière continuerait en effet à se transmettre dès l'accord de volonté¹⁷⁹, alors que le risque ne se transmettrait qu'à la livraison¹⁸⁰. Il faut noter par ailleurs que cette exception au principe de l'effet rétroactif prévu en cas de nullité, l'est également dans celui de la condition résolutoire¹⁸¹. Elle n'existe cependant pas dans le cadre du paiement de l'indu¹⁸². Sans doute n'a-t-on voulu atténuer le principe que dans les situations contractuelles, du fait que l'acquéreur qui possédait la chose au moment du cas fortuit, avait accepté d'en être le propriétaire avec le risque que cela comporte, ainsi que celui d'avoir à la rendre en cas d'annulation ou de résolution de l'opération. Ceci ne serait pas le cas de l'accipiens puisqu'il a reçu le bien, suite à une erreur du solvens, et qu'à ce moment-là, en raison de sa bonne foi, il l'a accepté s'en croyant propriétaire, mais sans les risques d'avoir éventuellement à restituer. Son acceptation de mauvaise foi ferait au contraire naître en même temps celle du risque de restitution et justifierait alors qu'il supporte le cas fortuit, tel que le prévoit d'ailleurs le projet de réforme¹⁸³.

Il est à noter que la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* du Québec prévoit dans les cas où le consommateur bénéficie d'un délai de réflexion pour résoudre le contrat, que la destruction par cas fortuit, du bien qui lui a été remis, est à la charge du commerçant, jusqu'à l'expiration du délai de restitution fixé par la loi¹⁸⁴. Passé ce délai, le risque pèsera sur le consommateur, bien que du fait de la résolution, il ne soit pas propriétaire du bien¹⁸⁵. Dans le cas du contrat conclu par un commerçant itinérant, le commerçant assure en plus le risque de perte par cas fortuit du bien qu'il a reçu en paiement durant cette période, et cela, jusqu'à sa restitution¹⁸⁶. Selon cette nouvelle loi, la charge des risques de la détérioration par cas fortuit ne se rattache donc pas à la propriété,

¹⁷⁷ *Rapport sur le Code civil*, Vol. I, a. 57 du livre des obligations.

¹⁷⁸ *Rapport sur le Code civil*, Vol. II, Commentaires, t. 2, p. 621 a. 57.

¹⁷⁹ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, a. 390 du livre des obligations.

¹⁸⁰ Voir, *ibid.*, les a. 346 à 348. Il semble en effet résulter de la lecture de ces différents articles, que dans le cas d'une chose vendue non encore livrée et détruite par cas fortuit, l'acheteur soit libéré du paiement du prix. Cf. A. LAROCHE, *Les obligations*, *op. cit.*, note 32, p. 94.

¹⁸¹ *Ibid.*, a. 155.

¹⁸² *Ibid.*, a. 119, et a. 120 *a contrario*.

¹⁸³ *Ibid.*, a. 120.

¹⁸⁴ Cf. contrat conclu par un commerçant itinérant: a. 64, 63; Contrat de crédit: a. 78, 73; contrats accessoires 211 al. 3, 209.

¹⁸⁵ N. ARCHAMBAULT, *Protection du consommateur*, *op. cit.*, note 61 p. 27; *La Protection du consommateur*, Cours de formation permanente du Barreau du Québec, 1980-81, p. 81.

¹⁸⁶ L.Q. 1978, c. 9, a. 64 b).

mais plutôt à la volonté de ne pas contrecarrer dans ce cas la protection offerte au consommateur, par la faculté de résolution du bien. Ces règles peuvent également servir de mesures incitatives à la restitution des biens dans les délais. Il est à noter cependant, que dans le cas de la vente à tempérament, la charge du risque est liée à la propriété, puisque le commerçant doit l'assumer jusqu'à ce qu'elle ait été transférée au consommateur¹⁸⁷. Soulignons que, mis à part ces règles particulières, la *Loi sur la protection du consommateur* ne change rien quant aux principes de la rétroactivité et aux règles de la remise en état du droit commun¹⁸⁸.

En matière de *dépréciation de la chose résultant de son utilisation normale*, M. J. Ghestin souligne que la jurisprudence française s'oppose à ce qu'elle soit supportée par le vendeur, elle en tient donc compte pour diminuer d'autant le montant qu'il aura à restituer, par rapport à celui qu'il avait reçu¹⁸⁹. La *jurisprudence québécoise* semble admettre cette même solution bien que son fondement juridique ne soit pas très clair¹⁹⁰. De son côté, le *projet de réforme du Code civil* paraît au contraire vouloir faire supporter cette dépréciation au vendeur, puisque lorsque la restitution n'est pas possible en nature, elle se fait par équivalent, et que la valeur de cet équivalent s'apprécie au moment de la restitution, et non au moment où le contrat a été conclu¹⁹¹. Cette position qui est pour le moins surprenante, contraste avec les articles qui font supporter par l'acquéreur la détérioration résultant d'un cas fortuit. Il serait donc naturel, surtout si l'on considère que c'est lui qui a profité du bien, de lui en faire supporter également son usure normale.

Ces règles concernant les restitutions en cas de nullité sont en outre complétées par les suivantes, selon la *jurisprudence québécoise*. Sur la base des dispositions contenues dans le *Code civil* en matière de possession, la restitution ne comprend pas celle des *fruits* produits par la chose, du moins lorsque celui qui doit la rendre était de bonne foi¹⁹². Par ailleurs, celui qui a fait des *dépenses utiles pour la conservation et l'entretien* de la chose pourra en réclamer le rembourse-

¹⁸⁷ L.Q. 1978, c. 9, a. 133.

¹⁸⁸ N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, no 284, p. 222.

¹⁸⁹ J. GHESTIN, *Le contrat*, op. cit., note 2, no 926, p. 793.

¹⁹⁰ Le fondement de cette jurisprudence paraît surtout être la recherche d'une solution équitable, appropriée aux circonstances de l'espèce. Dans ce but, ils ont, semble-t-il, assoupli la rigueur des règles traditionnelles qui auraient empêchées l'annulation en raison de l'impossibilité de restituer le bien dans le même état que lorsqu'il avait été confié au demandeur. Cet assouplissement se réalise par l'analyse du comportement des parties, et en conséquence des responsabilités ainsi établies, par une diminution ou non du montant que le défendeur aura à restituer par rapport au prix qui lui avait été payé — Cf. *supra*, *Couture c. Entreprise d'auto W.P. Inc.*, op. cit. note 171; *Ginn c. Conbec Auto Inc.*, op. cit., note 172, et nos observations correspondantes.

¹⁹¹ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, a. 52 al. 3 du livre des obligations.

¹⁹² Cf. a. 411 et 412 C.c.; c'est également la règle que l'on applique en cas de résolution du contrat: *Martel c. Tremblay*, (1975) C.A. 586; *Les Entreprises Jean M. Saurette Inc. c. Marois*, (1975) C.S. 91. Cette solution est expressément consacrée par le *projet de réforme du Code civil* à l'article 56 du livre des obligations.

ment au moment de la restitution¹⁹³. Le juge pourra d'ailleurs effectuer, le cas échéant, une compensation judiciaire entre les fruits et les frais d'administration¹⁹⁴. Le sort des *améliorations* effectuées sur la chose à restituer devrait sans doute pouvoir également être réglé par les dispositions contenues dans le droit des biens¹⁹⁵.

Ces règles concernant les restitutions correspondantes à la nullité du contrat, contiennent des exceptions dans le cas des contrats immoraux, des incapacités et des contrats à exécution successive.

En ce qui concerne les *contrats immoraux*, M. J. Ghestin souligne que la jurisprudence française fait exception à la règle de la restitution réciproque des prestations qui accompagnent normalement la nullité, lorsque les deux parties connaissaient l'*objet ou le but immoral du contrat*. Citant la thèse de M. L. Tourneau¹⁹⁶, il souligne que plutôt que de l'application de la règle «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» (personne n'est entendue lorsqu'il invoque sa propre turpitude), il s'agit plutôt de l'application d'un autre adage plus authentiquement inspiré de la tradition romaine, et qui correspondrait d'ailleurs mieux au droit positif actuel: «*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*» (en pareil cas de turpitude le droit de répétition disparaît). Selon la jurisprudence en effet, lorsque l'immoralité des parties est la même, celle qui a déjà exécuté son obligation ne peut en obtenir la répétition malgré l'annulation du contrat. Il peut donc en résulter un enrichissement pour celui qui n'a pas encore exécuté son obligation corrélatrice et qui se refuse à le faire. L'on a d'ailleurs fait observer, souligne M. J. Ghestin, que cette sanction était injuste puisque précisément l'une des parties qui a reçu son dû, peut demander la nullité du contrat, uniquement dans le but de ne pas fournir la contre-partie à l'autre. En fait, observe fort justement M. J. Ghestin, la solution n'est choquante qu'en apparence, car en réalité il s'agit là d'une sanction de nature à décourager l'exécution d'un contrat immoral, et par-là même, sa conclusion. En effet, celui qui l'exécute le premier se met à la merci de son cocontractant pour obtenir la contre-prestation, puisqu'il sait que, contrairement aux situations normales, il ne pourra pas compter pour l'obtenir, sur le concours de la loi et des tribunaux.

Cette explication qui nous paraît correspondre parfaitement au but à atteindre, s'applique parfaitement à la *jurisprudence québécoise* qui refuse également la

¹⁹³ *Gosselin c. Gibson*, (1979) C.P. 183. Le *projet de réforme du Code civil* ne prévoit rien à ce sujet, bien qu'il contienne des dispositions en la matière au chapitre du paiement de l'indu. L'article 123 règle en effet le cas. Ceci est donc bien un exemple des lacunes que peut entraîner la solution des problèmes cas par cas, au lieu de codifier à partir des problèmes communs, voir *supra*, nos observations correspondantes aux notes 166 à 19.

¹⁹⁴ *Aubé c. Forget*, (1967) C.S. 412; *Bertrand Godbout Inc. c. John Deere Ltd.* (1972) C.S. 380; *Gascon c. Ford et Bonaventure Ford*, C.S. Hull, 1^{er} mai 1979, no 550-05-000377-74.

¹⁹⁵ A. 417 et a. 429 C.c. Aucune disposition n'est prévue dans ce cas par le *projet de réforme du Code civil*, alors que le problème est réglé par l'article 124 dans le contexte de la répétition de l'indu. Ceci est un autre exemple de lacune que peut entraîner la recherche d'une solution cas par cas. Voir nos observations, *supra*, note 193.

¹⁹⁶ Ph. LE TOURNEAU, «La règle *nemo auditur...*», th. Paris, *L.G.D.J.* 1970, préface P. RAYNAUD.

restitution dans le cas des contrats immoraux¹⁹⁷. Cette sanction n'y est également pas approuvée par tous les auteurs¹⁹⁸. Le *projet de révision du Code civil* propose d'entériner la solution jurisprudentielle actuelle¹⁹⁹.

Une deuxième exception à la règle de la restitution est prévue tant en France qu'au Québec, en faveur des incapables. Ceux-ci ne sont pas tenus de remettre ce qu'ils ont reçu en vertu du contrat, à moins que le cocontractant prouve que cela a tourné en leur faveur. Il ne s'agit là, souligne M. J. Ghestin, que de l'application de la règle selon laquelle le paiement fait à un incapable n'est pas valable, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné en sa faveur. Il s'agit, en effet dans les deux cas, de protéger l'incapable contre lui-même. Cette explication correspond au Québec à la formulation des articles 1011 et 1146 du *Code civil* et à leur application jurisprudentielle²⁰⁰. Cette exception ne s'applique cependant pas dans le cas où le mineur a pratiqué des manœuvres dolosives pour tromper son cocontractant sur son âge. Il ne mérite pas dans ce cas la protection de la loi²⁰¹. Ces règles sont toutes reprises dans le *projet de réforme du Code civil*. Notons par ailleurs que la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* ne prévoit pas, au profit de ce dernier, une exception correspondante à l'article 1011 du *Code civil*, même si par ailleurs, elle crée à l'article 8 une forme de lésion qui ressemble à celle du mineur²⁰².

La dernière exception à la règle de la rétroactivité de la nullité provient de la nature même du contrat. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un *contrat à exécution successive* tel qu'un bail, il est impossible de remettre les parties en état précontractuel. En effet s'il est possible pour l'une de remettre l'argent, il est par contre impossible pour l'autre de remettre le temps pendant lequel elle a profité des lieux. Il en résulte donc qu'à moins d'enrichir injustement l'une des parties, la nullité ne pourra avoir d'effet que pour l'avenir.

Telles sont entre les parties, les diverses règles qui gouvernent la rétroactivité de la nullité. Celle-ci a également un effet à l'égard des tiers.

M. J. Ghestin souligne que l'annulation d'un contrat affecte les tiers. En effet, dit-il, les droits conférés par le contrat étant rétroactivement anéantis, il en

¹⁹⁷ *Guay c. Vézina*, (1920) 58 C.S. 104; *Charles c. Lauzon*, (1967) R.L. 170; *L. c. B.*, (1954) C.S. 45; *Courteau c. Viau*, (1920) 58 C.S. 257; *Hébert c. Sauvé*, (1932) 38 R.L. 410.

¹⁹⁸ Elle est approuvée par J. PINEAU: *Théorie des obligations*, op. cit. note 31 p. 122; G. WASSERMAN: «*Répétition de l'indu*» arising from contracts based on illegal consideration», (1952) 12 R. du B. 172; elle est critiquée par J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 31, no. 264, p. 150.

¹⁹⁹ *Rapport sur le Code civil*, Vol. I, a. 55 du livre des obligations.

²⁰⁰ *Davis c. Kerr*, (1890) 17 R.C.S. 235; *Miller c. Demeule*, (1874) 18 L.C.J. 12; *Moreau c. Veilleux*, (1923) 35 B.R. 279; *Morin c. Dion*, (1957) C.S. 53. C'est pour cette raison que l'incapable pourra rendre le bien dans l'état où il se trouve sans encourir une réduction du prix. Cf. *Lepage Auto Ltée c. Couturier*, (1956) C.S. 80; *Dionne c. Tôle gaufrée de Québec Inc.*, (1976) C.P. 433; *Côté c. Larouche Auto Ltée*, (1977) C.P. 163.

²⁰¹ *Garage Maurice Girard Ltée c. Henault*, (1963) C.S. 253; *J.P. Charbonneau Auto Ltée c. Therrien*, (1967) R.L. 251.

²⁰² Cf. *supra*, notre étude de la lésion dans le cadre de cette loi.

résulte par voie de conséquence, que si ce droit avait été transféré à un tiers, il est également anéanti. Cette règle qui présente de graves inconvénients pour ces derniers, a cependant, dit-il, été atténuée par diverses limitations déduites soit de la possession, soit de la notion d'acte d'administration, soit de la théorie de l'apparence.

Au Québec également, la nullité est en principe, et pour les mêmes raisons, opposable aux tiers. Ceux-ci se trouvent cependant protégés dans certains cas contre la rétroactivité, notamment en matière immobilière, par les règles de l'enregistrement. Ainsi, il a été jugé que la nullité est inopposable au tiers de bonne foi qui a acquis ses droits du détenteur, alors que ceux-ci étaient valablement enregistrés et qu'il les a fait à son tour enregistrer²⁰³. Le *projet de réforme du Code civil* consacre ces principes puisqu'il prévoit à l'article 58 du livre des obligations que «la nullité d'un contrat est opposable aux tiers, sous réserve des dispositions expresses de la loi».

Outre l'anéantissement rétroactif de l'acte, la nullité, lorsqu'elle résulte de la faute de l'une des parties, peut entraîner la responsabilité de celle-ci.

TITRE III: LES RESPONSABILITÉS NÉES À L'OCCASION DE LA NULLITÉ DU CONTRAT.

Ainsi que le fait remarquer M. J. Ghestin, l'anéantissement des effets irréguliers du contrat ne fait pas disparaître les fautes commises par les parties à l'occasion de la conclusion du contrat annulé. Cela pourra ainsi faire naître à la charge de celle qui l'a commise, l'obligation de réparer les dommages qu'elle a causés. M. J. Ghestin observe qu'il s'agit là d'une responsabilité extra-contractuelle, puisque précisément le contrat a été anéanti de façon rétroactive.

Il en est de même au Québec, et ce fondement pourra avoir un effet sur le délai de prescription de l'action, puisqu'en matière délictuelle, l'action en réparation d'un dommage matériel est deux ans selon l'article 2261 C.c. à partir de la découverte du dommage. Ce fondement n'aura cependant aucune incidence en matière de dommage corporel puisque le délai de prescription est dans ce cas uniquement lié à la nature du dommage selon l'article 2262 C.c.²⁰⁴.

M. J. Ghestin souligne par ailleurs que même si l'action en responsabilité a une nature délictuelle, l'on doit cependant tenir compte du contrat et des principes qui régissent son annulation afin d'éviter, par la réparation notamment, de rendre inefficace la sanction de la règle. À cet égard, il distingue selon que les dommages sont réclamés par celui qui demande la nullité, ou au contraire par celui contre qui elle est demandée.

Lorsqu'ils sont réclamés par le demandeur en nullité, celui-ci doit établir que la cause de l'annulation du contrat provient d'une faute du défendeur. C'est ainsi qu'il devra prouver qu'il a utilisé des manœuvres frauduleuses ou la violence. *Au*

²⁰³ *Barsalou c. Royal Institution*, (1896) 5 B.R. 383; *Payette c. Baird*, (1940) 78 C.S. 371.

²⁰⁴ *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, (1975) 2 R.C.S. 388.

Québec, l'on pourrait ajouter dans le cadre de la nouvelle loi de la protection du consommateur, l'exploitation, qui a été la cause de la lésion²⁰⁵. Il en serait de même de *lege ferenda* selon le *projet de réforme du Code civil*²⁰⁶. Le demandeur doit en outre établir le dommage qu'il a subi. M. J. Ghestin souligne alors que celui-ci ne peut consister dans la compensation du profit qu'il espérait réaliser par l'opération dont il demande l'annulation, car il y aurait, dit-il, fort justement, contradiction à ne pas vouloir que le contrat produise d'effets, tout en réclamant en même temps compensation pour leur absence! Les dommages, dit-il, se résument alors pour le demandeur, aux frais encourus pour la conclusion du contrat. Il en est également ainsi au Québec²⁰⁷, sous réserve des dommages-intérêts exemplaires que la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* permet de réclamer dans son champ d'application, en vertu de l'article 272²⁰⁸. Il semble par ailleurs que cette possibilité existe également dans le droit commun, puisque l'article 49 alinéa 2 de la Charte des droits et libertés de la personne, lui permettrait de réclamer des dommages et intérêts exemplaires, en plus des dommages et intérêts réels, en cas d'atteinte intentionnelle à un de ses droits fondamentaux, dont font partie le respect de l'intégrité physique (a. 1) et le droit à la jouissance paisible de ses biens (a. 6)²⁰⁹. Le *projet de réforme du Code civil* prévoit également l'addition de dommages punitifs en cas de dommages causés par une faute intentionnelle²¹⁰. Ce type de dommages dont on peut sans doute regretter l'existence en droit civil²¹¹, fait cependant partie du droit positif même s'ils sont encore peu réclamés²¹². Ils ne viennent cependant pas indirectement sanctionner les effets du contrat dont le demandeur réclame la nullité, car leur but est tout autre. Leur objectif est en effet, comme leur nom l'indique, de punir de façon exemplaire, un comportement anti-social, dans un but dissuasif pour l'avenir, tant pour son auteur, que pour les autres membres de la société, qui craindront ce châtement privé²¹³.

²⁰⁵ L.Q. 1978, c. 9, a. 8.

²⁰⁶ *Rapport sur le Code civil*, vol. I, a. 37, du livre des obligations.

²⁰⁷ Les dommages additionnels prévus par l'a. 1056 c C.c. pourront, le cas échéant, s'appliquer, puisque le recours est de nature délictuelle.

²⁰⁸ Cf. N. ARCHAMBAULT, *La protection du consommateur*, op. cit., note 61, p. 85; A.P. BOURDON, *La protection du consommateur*, op. cit., note 61, p. 113; N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, no 289, p. 224 et s.

²⁰⁹ Pour plus de détails sur cette question, voir nos propos dans: «La protection des droits fondamentaux de la personne, au Québec, par le *Code civil* et la Charte des droits et libertés» — ou — «de l'impact de la Charte sur le droit commun des contrats et de la responsabilité civile», (1981) 27 *McGill L.J.*

²¹⁰ *Rapport sur le Code civil*, Vol. I, a. 290 du livre des obligations.

²¹¹ Cf. C. FABIEN, *De la responsabilité délictuelle, vers le régime des obligations légales relatives au comportement envers autrui*, in *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Faculté d'éducation permanente, Université de Montréal, 1979, p. 37, aux pp. 73 et 74; voir également nos propos dans: *La Protection des droits fondamentaux de la personne au Québec, par le Code civil et la Charte des droits et libertés*, op. cit., note 208; *Les garanties légales relatives à la qualité d'un produit selon la nouvelle Loi sur la protection du consommateur*, op. cit., note 9, p. 364 et s. Voir cependant N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 13, no 289, p. 224 et s.

²¹² *Commission des droits de la personne c. Emergency Car Rental*, C.P. Montreal 500-02-014-780-790, le 13 juin 1980, juris. Express 1980 no 20, jugement no 80-552.

²¹³ C'est précisément cet aspect de peine privée qui motive soit leur approbation soit leur désapprobation du fait que ce ne serait pas là le rôle de la responsabilité civile (voir *supra*, note 210). Les commentaires qui accompagnent l'a. 290 du *projet de réforme du Code civil*, sont également clairs quant aux objectifs visés par ces dommages exemplaires (cf. *Rapport sur le Code civil*, vol. II, *Commentaires*, t. 2, a. 289, pp. 684 et 685).

Lorsque la réparation est réclamée par le défendeur à l'action en nullité, du fait que la cause de celle-ci provient d'une faute du demandeur, le problème est plus délicat, puisque l'application stricte des règles de la responsabilité risque d'aboutir à contrecarrer l'effet de la protection offerte par la nullité, puisque le dommage qu'il a subi est en fait la perte de l'opération que le contrat avait pour objet. Face à ce problème, le droit français et le droit québécois divergent quant à la solution.

Selon le droit positif français, l'erreur inexcusable de la part du demandeur, constitue un abus de son droit d'exercer l'action en nullité, et en conséquence de cette faute, le demandeur peut lui réclamer la réparation intégrale du dommage résultant de l'annulation du contrat. Le refus de la jurisprudence de prononcer la nullité du contrat dans ce cas, constitue la meilleure des réparations en nature pour le défendeur. Cette solution ne pourrait cependant pas être applicable dans le cas où la faute du demandeur constitue la violation d'une règle sanctionnée de nullité absolue, puisque cette dernière exige que le contrat soit anéanti²¹⁴.

Selon le droit positif québécois, la solution est moins sévère puisque la jurisprudence accepte de prononcer la nullité même lorsque la faute du demandeur en nullité est inexcusable²¹⁵. Elle autorise cependant le défendeur à réclamer dans ce cas des dommages intérêts sur la base de l'article 1053 C.c. Elle ne paraît toutefois pas permettre de contrecarrer par ce moyen l'effet de la protection offerte par la loi, puisqu'elle semble limiter les dommages aux dépens de l'action en nullité²¹⁶. Cette solution fait donc passer avant tout, la protection du consentement, et c'est sans doute ce même souci qui justifie la limite apportée aux règles habituelles de détermination des dommages, de manière à ne pas rendre inefficace les règles de cette protection. Le projet de réforme du Code civil prévoit également à l'article 39 du livre des obligations, que «celui dont l'erreur inexcusable entraîne la nullité du contrat ou la réduction de ses obligations, peut être tenu à des dommages intérêts²¹⁷». Par ailleurs, comme en droit québécois, la sanction d'une faute inexcusable du demandeur n'est pas le maintien du contrat, il

²¹⁴ Cf. J. GHESTIN, *Le contrat*, op. cit., note 2, p. 807 et s.

²¹⁵ Cf. *supra*, note 31.

²¹⁶ *Watkins c. Lefebvre*, (1959) B.R. 758; *Hendelman Furs Ltd c. Hollander & Son*, (1971) C.S. 662; *Gosselin c. Gibson*, (1979) C.P. 183. Voir également A. LAROUCHE, *Les obligations*, op. cit., note 32, p. 88.

²¹⁷ La nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* qui semble couvrir la faute inexcusable du consommateur (cf. *supra*, notes 31, 32) est par ailleurs silencieuse sur la possibilité d'un tel recours de la part du commerçant contre le consommateur. Il semble toutefois que la même solution puisse être admise, lorsque par exemple, le consommateur a commis une erreur due à sa négligence grossière, ou encore, lorsqu'il a contracté une obligation trop lourde sans avoir vérifié ses capacités financières, et que par ailleurs, le commerçant n'a commis aucune faute ou pression induite. Il ne semble pas en effet y avoir l'objection de principe, puisque cette nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* n'empêche pas un tel recours, que le droit commun autorise cependant. Il est probable d'ailleurs que la jurisprudence y fixerait les mêmes limites afin de ne pas contrecarrer la protection offerte par la loi. Par ailleurs, il serait normal que le consommateur ne puisse jouir de la protection de la loi en lui refusant la nullité, chaque fois qu'il apparaît que le recours aurait pour but d'abuser de son droit en le détournant de sa fonction du fait de sa mauvaise foi, et qu'il n'aurait pour objet que de lui permettre de tirer un avantage au préjudice du commerçant (cf. *infra*, note 31).

n'y aurait en conséquence pas d'inconvénient à lui permettre de réclamer des dommages et intérêts ainsi limités, même dans les rares cas où la nullité résulterait de la violation par le demandeur d'une disposition sanctionnée par la nullité absolue, telle que par exemple la pratique d'une profession sans permis. Il y aurait cependant une exception dans le cas des contrats dont le but est immoral, puisque leur annulation suppose que les deux parties en aient eu connaissance. Le défendeur ne saurait en conséquence se prévaloir de son immoralité pour prétendre obtenir un partage de responsabilité!

Telles sont les règles de la formation des contrats et les sanctions des défauts qui sont susceptibles de les affecter. Que conclure à présent, de leur évolution récente et de celle annoncée par le *projet de réforme du Code civil*?

CONCLUSION

L'analyse de ces règles a permis de vérifier tout au long de cette étude, le rôle croissant du droit objectif en tant qu'instrument destiné à rétablir l'équilibre des forces entre les parties au contrat. La création de tout un ordre public de protection, dont la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* est par son étendue, le fer de lance dans tout le droit positif, en est l'illustration. Dans cette perspective, l'ordre public prend une nouvelle dimension. Il n'apparaît plus en effet comme l'entrave aux libertés individuelles, mais plutôt comme l'instrument du droit objectif au service des intérêts de l'individu, dans le but d'assurer une meilleure justice contractuelle. *La sanction de cet ordre public nouveau est ainsi la nullité relative.*

Ce souci de protection se manifeste également dans le droit positif par la recherche de nouveaux moyens pour rétablir cet équilibre menacé des forces contractuelles. Parmi ceux-ci, le plus important est sans doute l'application de la *notion de lésion aux majeurs*, dans les très nombreux contrats couverts par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, en attendant sa généralisation à tous le droit commun, ainsi que le propose le *projet de réforme du Code civil*. L'on peut y ajouter également un accroissement du *formalisme contractuel*, ainsi que le *développement de l'obligation d'information*, cette dernière ayant pour but d'exiger une plus grande loyauté dans les rapports contractuels.

Cet accroissement du nombre de causes de nullité qui peut apparaître comme un facteur d'instabilité dans les relations contractuelles, néfaste pour les échanges économiques, est cependant compensé dans ces cas par une *réduction des délais de prescription* qui diminue en conséquence la période d'incertitude contractuelle. Mais surtout cette stabilité se trouve moins menacée qu'il n'y paraît, en raison du fait que la tendance nouvelle est d'offrir au demandeur la *possibilité de demander au juge de maintenir le contrat tout en le modifiant*, de manière à le rendre plus équitable. Cette possibilité nouvelle a en outre le mérite de permettre au demandeur de réclamer la sanction qui lui semble la plus appropriée à sa situation. Cette faculté existe dès à présent d'une façon assez étendue dans le droit positif, puisqu'elle est prévue par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, qui couvre tous les vices du consentement, y compris la lésion, et qu'elle s'applique à

tout contrat portant sur un bien mobilier ou un service, conclu entre un consommateur et un commerçant. Sur le plan des principes juridiques, cette alternative à la nullité constitue *une atteinte très sérieuse au principe de la force obligatoire des contrats*. D'autre part, elle implique que la *sanction d'une cause de nullité relative, n'est plus forcément l'anéantissement rétroactif du contrat par le juge*. Ces mêmes principes doivent par ailleurs être étendus à tout le droit commun si le nouveau *Code civil* est adopté.

Quant aux effets des contrats, ils se trouvent également modifiés par cette même idée de justice contractuelle. C'est ainsi que le principe de la force obligatoire des contrats est de nouveau remis en cause par la *faculté de résolution unilatérale* offerte au consommateur pendant un certain temps, dans le cas de certains types de contrats visés par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*. L'objectif étant de lui permettre de se dégager d'un engagement insuffisamment réfléchi. C'est dans le même esprit d'équité, que la *jurisprudence a atténué le principe de l'effet relatif des contrats*, de manière à permettre à une personne de défendre ses droits dans certains cas où le cloisonnement contractuel devenu trop artificiel, lui interdisait d'obtenir justice.

Comme on le voit, les principes traditionnels du droit des contrats sont assez largement modifiés, soit par l'évolution de la jurisprudence, soit par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* qui apporte des changements en profondeur au droit positif, compte tenu de l'étendue de son champ d'application. Son évolution prochaine sera d'autant plus intéressante à suivre, que les changements apportés par la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* sont pour la plupart également contenus dans le *projet de réforme du Code civil*. Il y aura donc des leçons intéressantes à tirer de cette expérience, avant de l'étendre à tout le droit commun.

Cette analyse comparative avec le droit français a en outre permis de mesurer le caractère raisonnablement d'avant-garde de l'évolution récente et à venir de notre droit des contrats. Elle a en outre permis de souligner que celle-ci intéresse dans un sens positif d'éminents juristes de ce pays, tels que le professeur J. Ghestin.