



Essai sur la justice contractuelle
Contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection
de la partie vulnérable

Thèse

Joelle Manekeng Tawali

Doctorat en droit
Docteur en droit (L.L.D.)

Québec, Canada

© Joelle Manekeng Tawali, 2015

**Essai sur la justice contractuelle
Contribution à l'étude des fondements théoriques de la
protection de la partie vulnérable**

Thèse

Joelle Manekeng Tawali

Sous la direction de :

André Bélanger, directeur de recherche

RÉSUMÉ

Dans un contexte socio-économique dominé par la rapidité et la complexité des échanges, le sort du contractant est très souvent déterminé par sa position de vulnérabilité. Quelles formes prend cette vulnérabilité ? Quelles sont les idéologies, les valeurs et les critères de justice à partir desquels les mesures protectrices ont été édictées et mises en œuvre ? Ceux-ci tiennent-ils adéquatement compte de la vulnérabilité des parties ? Quelle place lui réservent les différentes réponses apportées par le droit des contrats ? Telles sont les questions sur lesquelles porte la présente étude sur la justice contractuelle dont l'objectif est de procéder à une analyse critique des fondements de la protection de la partie vulnérable. Ces derniers ne révèlent pas nécessairement l'existence d'une logique d'ensemble.

Dans une perspective idéaliste, la moralité contractuelle et l'utilité économique du contrat sont les bases sur lesquelles la protection de la partie vulnérable a été envisagée. Appréhendée sur un plan individuel, la vulnérabilité du contractant repose sur l'idée d'une justice essentiellement réparatrice. Celle-ci est axée sur le respect de la bonne foi contractuelle et sur le désir de donner à chacune des parties les moyens de défendre ses intérêts. C'est donc de manière exceptionnelle que la vulnérabilité sera prise en compte.

En réaction aux limites d'une protection faisant de l'existence d'un comportement fautif la condition de l'octroi de la protection, une vision réaliste de la sauvegarde des intérêts légitimes du contractant vulnérable a été mise de l'avant. Elle prend appui sur la dimension collective de la vulnérabilité du contractant. Il en résulte un régime de protection fondé sur la notion de relation et sur une conception objective de la justice. Toute chose qui se traduit soit par une protection technico-formaliste, soit par l'idée de solidarité faisant du contrat le lieu d'une communauté d'intérêts. Cependant, cette approche du contrat n'intègre pas forcément l'importance du rôle réservé à la volonté, ni les diverses catégories de contrats.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	III
TABLE DES MATIÈRES.....	IV
DÉDICACE	VIII
REMERCIEMENTS.....	IX
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	X
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE : LA PROTECTION DE LA PARTIE VULNÉRABLE TIRÉE DE LA MORALITÉ CONTRACTUELLE	27
TITRE I LA MORALITÉ CONTRACTUELLE, SOURCE DE LA PROTECTION DU CONTRACTANT EN RAISON DE SA VULNÉRABILITÉ	28
Chap. I La vulnérabilité du contractant saisie sur le plan individuel	29
Section I Nature et contours de la vulnérabilité du contractant	29
Para I La nature de la vulnérabilité du contractant	29
A La vulnérabilité inhérente	29
B. La vulnérabilité relative.....	35
Para II Les contours de la vulnérabilité du contractant	44
Section II L’influence de la vulnérabilité d’une partie sur la vision volontariste du contrat : Le déplacement de la limite morale	48
Para I Bref retour sur l’approche traditionnelle du principe de la liberté contractuelle : La séparation entre le droit et la morale	49
Para II La nouvelle moralité contractuelle : le retraçage des frontières de la liberté.....	56
Conclusion du chapitre I.....	72
Chap. II L’impact de la nouvelle moralité contractuelle sur les techniques de protection de la partie vulnérable lors de la formation du contrat	73
Sect. I Le contrôle accru du comportement des parties lors de la phase de formation du contrat.....	74
Para I L’extension de la théorie des vices de consentement.....	75
Para II Les limites de la théorie des vices du consentement	78
Para III La portée réduite du contrôle du comportement à la phase précontractuelle dans les contrats non négociés.....	85
Sect. II La bonne foi au service du contractant vulnérable sur le plan informationnel	88
Para I La bonne foi, fondement de l’obligation de renseignement	89
Para II L’obligation fondamentale de s’informer soi-même : postulat de départ	99
Para III Une approche restrictive du devoir de conseil.....	105
Sect. III La protection du contractant faible par l’organisation du consentement.....	108
Para I La réflexion du contractant vulnérable	109
Para II Le formalisme informatif au service de la protection du contractant vulnérable	110
Conclusion du chapitre II.....	123
Conclusion du titre I.....	124

TITRE II	LA MORALITÉ CONTRACTUELLE, VECTEUR DE LA PROTECTION DE LA PARTIE VULNÉRABLE AU REGARD DE LA SUPÉRIORITÉ DE SON COCONTRACTANT	125
-----------------	---	------------

Chap. I	La légitimité économique des contrats déséquilibrés	126
Sect. I	L'utilité économique, fondement de la force obligatoire du contrat d'adhésion	128
Para I	L'utilité économique du contrat d'adhésion sur le plan théorique	128
Para II	L'utilité économique du contrat garantie par l'État au profit de la partie forte	138
Para III	La conciliation du juste et de l'utile	146
Sect. II	La moralité contractuelle, marqueur de la légitimation économique des contrats d'adhésion	153
Para I	La moralité contractuelle, fondement du contrôle des pouvoirs unilatéraux de la partie en position de supériorité	154
Para. II	La transformation des pouvoirs du juge par la nouvelle moralité contractuelle	159
Conclusion du chapitre I.....	175	

Chap. II	Le contrôle des pouvoirs unilatéraux de la partie forte à la lumière de la nouvelle moralité contractuelle	176
-----------------	---	------------

Sect. I	Le pouvoir relatif du juge en matière de contrôle du déséquilibre contractuel	177
Para I	Les fonctions judiciaires tirées de la bonne foi, archétype contemporain d'une justice réparatrice 178	
A	L'étendue du pouvoir modérateur du juge	178
B	La tournure réparatrice de la fonction interprétative découlant de la bonne foi	180
C	Le fondement délictuel de la fonction complétive du juge issue de la bonne foi	185
D	La théorie de l'abus de droit ou la fonction limitative du juge dérivée de la bonne foi, sanction spécifique du comportement fautif du contractant	187
Para II	L'impossible contrôle objectif de l'équilibre contractuel par le juge	190
A	Une intervention judiciaire parcellaire en matière de protection directe du contractant faible 190	
B	La portée réduite du contrôle des clauses abusives sous l'emprise du volontarisme	194
C	Un pouvoir de correction restreint	206
Sect. II	Une responsabilisation accrue des parties face au déséquilibre contractuel	220
Para I	Une approche des devoirs contractuels marquée par l'idée de responsabilité	220
Para II	Le devoir de loyauté, sanction de l'abus de faiblesse	223
Para III	L'approche individualiste du devoir de coopération des parties	228
Conclusion du chapitre II.....	234	
Conclusion du titre II.....	234	
Conclusion de la première partie.....	236	

PARTIE II	LA PROTECTION DU CONTRACTANT VULNÉRABLE ISSUE DE LA NOTION DE RELATION.....	237
------------------	--	------------

TITRE I	LA NOTION DE RELATION À LA BASE D'UNE APPROCHE FORMALISTE DE LA PROTECTION DU CONTRACTANT VULNÉRABLE	239
----------------	---	------------

Chap. I	La vulnérabilité du contractant appréhendée sur le plan collectif	240
Sect. I	Le contrat à titre de relation	240
Para I	Le contrat d'adhésion ou de consommation, un fait social	241
Para II	La portée du contrat d'adhésion ou de consommation à titre de fait social	245
Sect. II	L'approche collective de la vulnérabilité du contractant	248
Para I	Une vulnérabilité systémique	248
Para II	Une vulnérabilité stratégique	251
Para III	Une vulnérabilité symbolique	255
Sect. III	La nécessité d'une justice correctrice basée sur la répartition des droits et obligations contractuelles.....	258
Para I	La nécessaire approche objective de la vulnérabilité du contractant	258

Para II	L'avènement d'une justice correctrice fondée sur la répartition des droits et obligations...	262
Conclusion du chapitre I.....		266

Chap. II L'approche technico-formelle de la protection du contractant vulnérable..... 267

Sect. I L'apport du droit contractuel de la consommation à la protection de la partie faible : un autre modèle de contrat..... 268

Para I	L'émergence d'un droit de la protection du consommateur	268
Para II	L'influence du droit contractuel de la consommation sur la qualité du consentement	271
A	L'octroi d'un délai de réflexion.....	272
B	L'information du consommateur et le renouveau du formalisme contractuel	274
Para III	Le contrôle de l'équilibre contractuel par le droit de la consommation	282
A	Le régime mixte de la lésion au sein de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	282
B	Le contrôle du contenu contractuel dans le cadre de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	286
Para IV	Les moyens juridiques de sauvegarde des droits reconnus au consommateur	290
A	Le recours collectif, spécificité du droit de la consommation	290
B	La garantie légale, symbole du renforcement et du dépassement du cadre contractuel.....	293
Para V	L'attente légitime de la partie vulnérable, fondement d'une protection spécifique aux consommateurs.....	302

Sect. II Un droit de la protection des consommateurs essentiellement procédural 311

Para I	La normalisation croissante de l'opération de consommation	312
A	Les raisons de la normalisation de l'opération de consommation	312
B	La régulation objective de l'information	315
C	Le contrôle du prix des services, des produits et biens de consommation	323
D	Le contrôle de la qualité des biens et des services de consommation.....	326
Para II	Le dispositif de régulation du droit de la protection du consommateur.....	331
A	Les fonctions curative et préventive des sanctions des lois de protection du consommateur ..	332
B	Les acteurs publics intervenant dans la protection du consommateur	340
C	Les acteurs privés intervenant dans la protection du consommateur	343
Para III	Les paradoxes de l'approche procédurale de la protection du contractant vulnérable	345
A	La réglementation du contenu contractuel ou le contrat règlementé.....	345
B	Les limites du formalisme informatif dans le cadre de la protection du consommateur.....	346
C	La sphère restreinte du contrat de consommation.....	349
D	Les risques de perte par les contractants du statut de sujet de droit	354

Conclusion du chapitre II..... 362

Conclusion du titre I..... 362

TITRE II LA NOTION DE RELATION À L'ORIGINE DE LA VISION SOLIDARISTE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE VULNÉRABLE 363

Chap. I La valeur du contrôle de l'équilibre contractuel dans la vision solidariste 366

Sect. I Les racines théoriques du solidarisme contractuel..... 368

Para I	Le solidarisme contractuel, une théorie juridique aux assises théoriques et.....	368
	philosophiques inutiles et introuvables?	368
Para II	La naissance du courant solidariste au début du 20 ^e siècle	373

Sect. II Le recours au solidarisme contractuel pour contrer les inégalités entre les parties 381

Para I	Le solidarisme contractuel au début du 20 ^e siècle	382
Para II	Le renouveau du solidarisme contractuel	387
Para III	La mesure des critiques à l'égard du solidarisme contractuel contemporain	395

Sect. III La place du solidarisme contractuel dans le paysage juridique de la protection de la partie vulnérable 416

Para I	Un solidarisme contractuel indépendant de la moralité contractuelle.....	416
Para II	Un solidarisme contractuel distinct du droit de la consommation.....	423
Para III	L'idée de solidarité au sein de la théorie générale des contrats	428

Conclusion du chapitre I..... 440

Chap. II	L'apport de la perception solidariste à la recherche de l'équilibre contractuel.....	441
Sect. I	Du renforcement essentiel de l'équilibre normatif du contrat	442
Para I	Le sens normatif de l'équilibre contractuel dans le solidarisme contractuel	442
Para II	Le principe de proportionnalité.....	444
A	L'approche finaliste du principe de proportionnalité en matière contractuelle	444
B	Le devoir de juste mesure dérivé de l'exigence de proportionnalité	445
Para III	Le principe de cohérence	461
A	Le sens du principe de cohérence et ses éléments de définition	461
B	Le contenu et les conditions du devoir de cohérence.....	463
Para IV	Le principe de coopération.....	466
A	La signification de la coopération.....	466
B	Quelques obligations et devoirs découlant du principe de coopération.....	473
Sect. II	Au renouvellement indispensable de l'équilibre économique du contrat	495
Para I	Le contrôle des stipulations essentielles : l'exemple du prix	496
A	La proportionnalité dans le prix	497
B	Le rôle des tribunaux dans le contrôle de la proportionnalité du prix	502
Para II	Le contrôle des clauses accessoires disproportionnées et incohérentes	506
A	La définition des clauses accessoires	506
B	Les clauses relatives à la sanction de l'inexécution du contrat	507
C	Les clauses limitant l'exercice d'un droit ou d'une liberté	514
D	Le contrôle des clauses accordant une prérogative ou un avantage à un contractant.....	517
	Conclusion du chapitre I.....	526
	Conclusion du titre II.....	526
	Conclusion générale.....	528
	OUVRAGES GÉNÉRAUX	531
	THÈSES, MÉMOIRES ET MONOGRAPHIES	533
	ARTICLES.....	539
	JURISPRUDENCE CITÉE	546

DÉDICACE

À mes parents

À mes enfants : Paula-Maria Youmbi et Gaby Kenmoe

REMERCIEMENTS

Cette travail n'aurait probablement jamais vu le jour sans l'apport et le soutien constant de nombreuses personnes. Je voudrais commencer par dire un merci très spécial au professeur André Bélanger. Un directeur de thèse qui, au fil des années, est devenu bien plus qu'un directeur. Il m'a apporté le soutien moral, sans lequel, mes nombreuses périodes de découragement auraient certainement eu raison de ma détermination. Il m'a offert un encadrement et le suivi nécessaires qui ont couronnés de succès mes études doctorales. Je ne trouve pas le mot qui pourrait adéquatement qualifier sa patience face à mes nombreuses questions et à mes doutes. Toujours ouvert à la discussion et sachant m'orienter et m'aider à préciser ma pensée, il a su me pousser à donner le meilleur de moi-même face à un sujet présentant de réels défis. Sa disponibilité et sa confiance à toute épreuve ont permis de maintenir la motivation qu'exige un travail d'une telle envergure. Je remercie également Michèle Cumyn, Frédéric Levesque, Sylvette Guillemard et Élise Charpentier pour leurs commentaires et suggestions très appréciés respectivement lors de mes examens de doctorat, de la pré-lecture et des rapports. Et plus généralement, mes remerciements vont à la faculté de droit de l'Université Laval qui m'a donné l'occasion de réaliser mes études dans un environnement favorable. Ma gratitude s'adresse en outre à une amie chère, Me Carine Djonang, avocate, qui a pris le temps de lire mon travail. Je ne saurai passer sous silence l'aide précieuse et attentive de mon père, Kenmoe Emmanuel, juge, qui a consacré des semaines à relire ma thèse et proposer quelques améliorations. Et que dire des sacrifices qu'il a consentis afin que je puisse poursuivre mes études jusqu'au doctorat? Son soutien a été à plusieurs titres inestimable. L'occasion m'est ici donnée de lui dire merci pour son amour et sa confiance. Je ne peux finir sans remercier la Chambre des notaires du Québec qui m'a offert le support financier sans lequel tout étudiant au doctorat serait confronté à des contraintes pouvant miner la sérénité nécessaire à l'aboutissement de ses études.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A. P. D. :	Archives de philosophie du droit
Bepress :	The Berkeley Electronic Press
C. A. :	Cour d'appel
Cass. Corn :	Cour de cassation, chambre commerciale
C. S. C. :	Cour suprême du Canada
C. c. F. :	Code civil de France
C.c.Q. :	Code civil du Québec
C. D. :	Les Cahiers de Droit
Chap. :	Chapitre
Chron. :	Chronique
D. :	Dalloz
DEF. :	Defrénois
dir. :	Directeur
Dr. & Pat. :	Droit et Patrimoine
éd. :	Édition
G. P. :	Gazette du Palais
Ibid. :	Ibidem, au même endroit
Id. :	Idem, la même chose
J. C. P. G :	Juris-Classeur périodique, édition générale
L. G. D. J. :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit. :	Loco citato, à l'endroit cité
L. P. A. :	Les Petites Affiches
L.p.c. :	Loi sur la protection du consommateur
n°. :	Numéro
OH.AD.A. :	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
Op. cit. :	Opus citatum, œuvre citée
P. :	Page
PP-:	Pages
P. U.A. M. :	Presses Universitaires d'Aix Marseille
P. U. F.:	Presses Universitaires de France

P. U.G. :	Presses Universitaires de Grenoble
P. U. L.:	Les Presses de l'Université Laval
R.C.S. :	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.C. :	Revue des contrats
R.D. McGill :	Revue de droit de McGill
Rép. Defrénois :	Répertoire du notariat Defrénois
R. I. D. C. :	Revue internationale de droit comparé
R. J. D. A. :	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
R. J. Q. :	Recueil de jurisprudence du Québec
R. R. J.:	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
R. T. D. Civ. :	Revue trimestrielle de droit civil
R. T. D. Com. :	Revue trimestrielle de droit commercial
t. :	Tome
Vol. :	Volume
W&L. :	Wilson & Lafleur

« Il semble que ce soit là une difficulté d'époque : aujourd'hui, pour le moment encore, il n'y a qu'un choix possible, et ce choix ne peut porter que sur deux méthodes également excessives : ou bien poser un réel entièrement perméable à l'histoire, et l'idéologiser; ou bien, à l'inverse, poser un réel *finale*ment impénétrable, irréductible, et, dans ce cas, poétiser. En un mot, je ne vois pas encore de synthèse entre l'idéologie et la poésie (j'entends par poésie, d'une façon très générale, la recherche du sens inaliénable des choses). C'est sans doute la mesure même de notre aliénation présente que nous n'arrivions pas à dépasser une saisie instable du réel : nous voguons sans cesse entre l'objet et sa démystification, impuissants à rendre sa totalité : car si nous pénétrons l'objet, nous le libérons, mais le détruisons; et si nous lui laissons son poids, nous le respectons, mais nous le restituons encore mystifié. Il semblerait que nous soyons condamnés pour un certain temps à parler toujours *excessivement* du réel. C'est que sans doute l'idéologisme et son contraire sont des conduites encore magiques, terrorisées, aveuglées et fascinées par la déchirure du monde social. Et pourtant c'est cela que nous devons chercher : une réconciliation du réel et des hommes, de la description et de l'explication, de l'objet et du savoir ».

Roland Barthes, *Mythologies*

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le déploiement des contrats déséquilibrés. L'intensification et la rapidité des échanges économiques ont été possibles en partie grâce à la figure du contrat¹. Cependant, la standardisation des échanges qui en résulte a pour conséquence la généralisation des contrats d'adhésion, des contrats types et des contrats imposés². Dans la première catégorie, les clauses sont prédéterminées par une partie, l'autre n'ayant pas la possibilité de les discuter ne peut qu'adhérer en bloc³. Pour ce qui est du second groupe, il est applicable automatiquement si aucune convention n'a été rédigée entre les parties. Le troisième type de contrat est quant à lui obligatoire et s'applique contre le gré des deux contractants. Ces trois entités contractuelles sont marquées par le défaut de négociation ou de discussion. En outre, le contenu contractuel est soit fixé par la partie en position de supériorité, soit de l'extérieur par la loi ou plus tard défini par le juge. Ces contrats se distinguent très nettement du contrat de gré à gré négocié entre des parties de forces égales. Leur apparition a été l'un des éléments qui ont permis de prendre acte de la vulnérabilité des contractants alors même que les échanges économiques s'accéléraient et se complexifient. Cette vulnérabilité est d'autant plus grande que la teneur du contrat est

¹ Voir Éric BROUSSEAU, *L'économie des contrats. Technologie de l'information et coordination interentreprises*, Paris, PUF, 1993; Le contrat serait en passe de devenir le modèle d'expression par excellence du rapport social. Voir Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le modèle de marché », (1996) 40 *A.P.D.* 287; Alain SUPLOT, « La fonction anthropologique du droit », (2001) Fév. *Esprit* 155; Christophe JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 13.

² Le constat de l'extension des contrats d'adhésion, des contrats types et des contrats imposés dans les rapports privés ressort de plusieurs études effectuées dans différents systèmes juridiques. Voir Olivier LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris, LGDJ, 1999; Nathalie GIGUÈRE, *La notion de contrat d'adhésion en droit civil*, Thèse de maîtrise (LL.M.), Université Laval, 1996; Karl Heinz NEUMAYER, *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Genève, Édition Librairie Droz, 1999; Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1996; Louis JOSSERAND, « Contrats d'adhésion et contrats dirigés », (1933) *D. Chr.* 89; Vera BOLGAR, « The contract of adhesion. A comparison of theory and practice », (1972) 20 *American Journal of Comparative Law* 53. Le même constat général a été fait par la Cour suprême, voir *Garcia Transport Ltée c. Cie Royal Trust*, [1992] 2 *R.C.S.* 1992 499.

³ Voir l'article 1379 du *Code civil du Québec*.

quelquefois dominée par des clauses de pouvoir. Ce qui peut placer l'une des parties, voire les deux, en situation de dépendance⁴, et ce, quelques fois même au sein des contrats négociés ou entre professionnels⁵.

L'expansion des clauses unilatérales de pouvoir. Les clauses unilatérales de pouvoir « peuvent se définir comme des prérogatives reconnues à l'une des parties au contrat, celle en position de force, qui lui procurent la faculté de décider unilatéralement du sort du lien obligationnel en fonction des circonstances qui l'y obligeraient »⁶. Elles portent tant sur les stipulations essentielles que sur les dispositions contractuelles accessoires ou périphériques. Ce ne sont alors plus les catégories de contrats qui sont directement concernées que l'existence d'une relation verticale entre la partie vulnérable et la partie forte qui permet à cette dernière d'insérer dans le contrat de telles clauses. C'est donc le phénomène d'adhésion, des contrats types, des contrats imposés et l'usage des clauses unilatérales de pouvoirs qui fait apparaître la vulnérabilité d'une partie au rapport d'obligations.

La notion de vulnérabilité réduite à l'idée de faiblesse. La notion de vulnérabilité est récente en droit, car elle n'appartient pas aux catégories traditionnelles du droit des contrats⁷. Pourtant, depuis quelques décennies, elle suscite beaucoup d'intérêt, du moins, dans ses manifestations. Par conséquent, elle mérite qu'on lui consacre une étude plus approfondie. Ce d'autant que

⁴ Pour une étude qui y est totalement consacrée, voir Georges VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans la dépendance économique*, Paris, LGDJ, 1986. Dans cette thèse, l'auteur met en lumière la vulnérabilité des distributeurs dans le contrat de distribution. Pour cela, il passe en revue les règles et les techniques de protection. Il est important de noter que la position de dépendance ne renvoie pas nécessairement à celle de l'adhérent, puisque, quelques fois, la dépendance peut changer, évoluer ou même alterner. Tel est le cas dans les contrats de distribution. En effet, le distributeur a pendant longtemps été en situation de dépendance vis-à-vis des fournisseurs. Il a été remarqué qu'en France, c'est le producteur qui se voit de nos jours dicter la loi du contrat par le distributeur. La dépendance, comme la vulnérabilité en général, est donc loin d'être un phénomène statique. Voir les remarques préliminaires de Martine BEHAR-TOUCHAIS et Georges VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, Paris, LGDJ, 1999. Le même constat a été émis à propos du contrat de travail. Voir Marielle PICQ, « Le droit du travail est-il le droit des vulnérables? », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 293 et s. L'auteure se demande s'il n'y a pas eu une évolution partant du droit individuel du travail vers une plus grande vulnérabilité de l'employeur.

⁵ Voir Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004.

⁶ Voir Ghislain TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 C. de D. 577, 600.

⁷ Voir Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « Rapport de synthèse », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 24.

lorsqu'une notion n'a pas acquis le titre de concept juridique, cela ne signifie pas forcément que le fait qu'elle décrit ne renvoie pas à une réalité pouvant rejoindre les préoccupations du droit⁸. En ce sens, la vulnérabilité n'est pas étrangère au droit des contrats. En effet, au sein de la doctrine juridique, elle est souvent envisagée à travers les expressions « partie faible »⁹ ou en référence à la « faiblesse d'une partie »¹⁰. Être « faible » ou « vulnérable » sont à cet égard des expressions utilisées de manière synonymique. À première vue, la vulnérabilité peut être confondue avec l'existence d'un état de faiblesse¹¹. Dans cette optique, elle « apparaît comme un élément de fait que le droit appréhende et tente de combattre. C'est l'état de faiblesse générale du sujet ou de la chose que le droit ne tolère pas. La règle de droit vient dès lors au secours de celui ou celle qui est vulnérable »¹². Le droit doit non seulement s'ouvrir pour prendre en compte les vulnérabilités ou situations de faiblesse jusque-là ignorées, mais il doit également offrir une protection appropriée à celles qui sont reconnues¹³. Dans la mesure où la notion de vulnérabilité traduit avantagement une situation dont le droit se soucie, le temps n'est-il pas venu de songer à lui ouvrir les portes du monde juridique, spécialement celui des contrats¹⁴? La réponse semble à première vue négative lorsqu'on envisage la vulnérabilité sous le prisme de la faiblesse, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, la vulnérabilité apparaît comme une notion fuyante et floue

⁸ Le concept est une représentation mentale générale et abstraite des objets. Dans le domaine juridique, il doit être déterminé en fonction du droit objectif et des réalités sociales. Leur émergence découle de la législation, de la jurisprudence ou de la pratique juridique. Le concept prend appui sur des règles et normes mouvantes et quelques fois contradictoires et sur la variabilité des comportements humains et des phénomènes relevant à la fois de la psychologie, du social, de l'économie, de l'éthique ou encore de la morale. En tout état de cause, il est soumis à une constante évolution étant donné que de nouveaux éléments de la réalité des relations humaines dont ni la loi, ni la jurisprudence n'ont pu encore connaître en justifient le renouvellement permanent. Voir sous la direction de Guillaume TUSSEAU, *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2007. Voir aussi l'étude détaillée de Franck HAID, *Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille 3, 2005, spéc. p. 15 et s. et p. 68 et s.

⁹ Voir Hervé JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010; Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, Paris, LGDJ, 1996.

¹⁰ Voir Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse de doctorat, Université des sciences sociales de Toulouse, 2005; Christophe BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2003; Olivier LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, *supra*, note 2.

¹¹ Voir Sylvain GRATALOU, « La vulnérabilité de la règle de droit », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, *supra*, note 7, p. 33.

¹² *Ibid.*, p. 34.

¹³ Telle est la synthèse qu'opère Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « Rapport de synthèse », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, *supra*, note 7, p. 325 et s.

¹⁴ Voir Frédérique COHET-CORDEY, « Préface », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, *supra*, note 7, p. 9.

pouvant ajouter de l'incertitude au droit¹⁵. Ensuite, l'identification d'un concept juridique est soumise à la condition de l'originalité tant de ses éléments constitutifs que des situations auxquelles il renvoie. Considérer sous ce prisme, il n'y a pas lieu de voir dans la vulnérabilité un concept nouveau, car elle se laisse saisir par le droit à travers des pans précis, notamment en droit de la consommation, en droit du travail ou encore au sein du droit des assurances¹⁶. Enfin, sa reconnaissance n'ajouterait rien de plus aux règles protectrices qui existent déjà¹⁷. L'émergence de cette notion ne serait donc ni pertinente, ni utile. Toutefois, une telle conclusion ne se justifie que parce que la vulnérabilité est réduite à l'idée de faiblesse, ce qui ne rend pourtant pas compte de toute sa richesse.

La vulnérabilité comme entrave à l'autonomie individuelle. Dissocier au préalable de l'idée de faiblesse, il est alors possible de faire apparaître une définition inédite de la vulnérabilité. C'est dans ce sens qu'il a été souligné qu'« être vulnérable n'est pas avoir une quelconque faiblesse. Plus qu'un être atteint d'un "handicap", l'emploi du terme sert à qualifier un être se trouvant dans une situation ou position. Il s'agit en l'occurrence d'une situation ou position physique ou morale qui rend un être plus fragile qu'il ne l'est normalement ou qu'il ne devrait l'être »¹⁸. Ainsi présentée, la vulnérabilité apparaît comme une entrave à l'autonomie individuelle et c'est son existence qui témoigne de l'hétéronomie dans laquelle baigne l'individu dans son environnement social. Plus que la lutte contre les faiblesses, la prise en compte par le droit des états de vulnérabilité vise à rétablir les personnes dans leur autonomie. Bjarne Melkevik explique que, comme tel, l'homme est un être vulnérable et pour comprendre l'action de l'individu, il faut saisir

¹⁵ Voir Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, supra, note 7, p. 28 et s.

¹⁶ Voir Jean-Pascal CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, supra, note 7, p. 243-264; Marielle PICQ, « Le droit du travail est-il le droit des vulnérables? », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, supra, note 7, p. 277-293; Claude-J. BERR, « Vulnérabilité et assurance », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, supra, note 7, p. 233-242.

¹⁷ Voir Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, supra, note 7, p. 28 et s.

¹⁸ Voir Bjarne MELKEVIK, « Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit », dans *Considérations juridiques-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2005, p. 6. Ce n'est pas une nouveauté de constater que le droit emprunte, « juridicise » ou intègre dans le droit positif des concepts venus d'ailleurs, notamment de la philosophie. Nombreuses sont les notions qui ont migré de la seconde vers la première à l'instar de la faute ou de la responsabilité.

à quel point celle-ci est conditionnée par sa vulnérabilité¹⁹. Contrairement à ce qu'on retrouve dans la théorie générale des contrats, « il faut pourtant admettre en toute lucidité que l'autonomie s'acquiert souvent grâce à un processus ayant l'hétéronomie [donc la vulnérabilité] pour point de départ »²⁰. (Nos ajouts) L'un des principaux objectifs du droit des contrats n'est-il pas de s'assurer que les parties contractent et exécutent leurs obligations en toute autonomie, du moins, ne tend-t-il pas à réduire le plus possible l'hétéronomie qui les conditionne²¹ ? L'autonomie des contractants n'a-t-elle pas souvent été plus postulée que vérifiée²² ? La prise en compte de la vulnérabilité par le droit offre l'occasion de rechercher les moyens juridiques pouvant réduire leur hétéronomie ou favoriser une certaine autonomie. C'est pourquoi nous préférons le terme vulnérabilité à celui de faiblesse, puisqu'il saisit la fragilité des parties au contrat dans une perspective globale et rend mieux compte de la spécificité de l'hétéronomie des protagonistes dans les rapports contractuels déséquilibrés²³. Dans ce contexte, la reconnaissance de la vulnérabilité comme catégorie du droit est légitime, tout au moins pour ce qui est de notre étude, car elle fournit une grille de lecture pertinente à l'analyse des fondements théoriques de la protection du contractant. Toute chose qui se justifie encore davantage étant donné que la vulnérabilité du contractant comporte plusieurs variantes.

Le double aspect de la vulnérabilité : individuelle et collective. Du point de vue de ses manifestations, la vulnérabilité du contractant peut se présenter sous des formes diverses, notamment sur le plan économique, informationnel ou cognitif²⁴. Elle peut aussi être fonction de la situation ou de la nature du contrat, spécialement lorsqu'il s'agit d'un contrat d'adhésion²⁵. Elle

¹⁹ *Idid.*, p. 8.

²⁰ *Idid.*, p. 8.

²¹ Voir dans cette perspective, de Nicole CHARDIN, *Le contrat de consommation et l'autonomie de la volonté*, Paris, LGDJ, 1988.

²² Voir Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Dijon, Arthur Rousseau, 1912.

²³ Voir Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », dans Frédérique Cohet- Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, *supra*, note 7, p. 13-32. Nous tenons à prévenir le lecteur que, tout au long de nos développements, nous utiliserons les termes vulnérabilité et faiblesse du contractant de manière synonymique, tout en gardant à l'esprit la dimension plus large de la seconde.

²⁴ Voir Jean-Pascal CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », dans Frédérique Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, *supra*, note 7, p. 247-250.

²⁵ *Ibid.*, p. 249 et s. Voir Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSAUX-VAN-MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, *supra*, note 9, p. 1-72.

prendra la forme d'une dépendance économique ou/et d'une subordination juridique ou de fait²⁶ respectivement dans les contrats de distribution ou au sein du contrat de travail. Autant d'expressions des disparités générées par la production de masse et la concentration des capitaux²⁷. Mais ces différentes descriptions du contractant vulnérable ne permettent pas de saisir l'approche du contrat qui les sous-tend²⁸. Dans cette optique, la vulnérabilité contractuelle se présente sous deux versants : individuel et collectif. Lorsqu'elle est individuelle, la vulnérabilité du contractant se rapporte soit à l'état de fragilité intrinsèque d'une partie, soit à la relation avec son partenaire. Dans ce dernier cas, elle est dite relative. L'hétéronomie doit donc être envisagée au regard de la liberté du sujet²⁹. La vulnérabilité collective est quant à elle la conséquence du fonctionnement normal des échanges économiques et des contraintes qui en résultent sur les individus. L'hétéronomie du contractant lui est alors extérieure. C'est à travers cette double perspective que les multiples facettes de la protection du contractant vulnérable peuvent être appréhendées. Dès lors, la prise en compte de la vulnérabilité d'une partie au contrat nécessite de protéger cette dernière non seulement contre son partenaire, mais aussi contre elle-même, ses propres choix et les risques auxquels elle s'expose³⁰. Face à cette nouvelle donne, organiser la protection du contractant et contrôler ou réduire les abus ou injustices dont il peut être la victime constitue l'objectif premier ou collatéral de nombreux mécanismes juridiques mis en place dans le droit. Le besoin de sauvegarder les intérêts du contractant vulnérable et la pertinence de la généralisation de sa protection vont, sur le plan théorique et au sein de la doctrine juridique, prendre le substantif équivoque de justice contractuelle.

La notion de justice contractuelle. L'invention de divers moyens de protection de l'individu contre les coups du sort est l'une des principales fonctions du droit tirées de l'État providence³¹. La notion

²⁶ Voir Georges VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans la dépendance économique*, *supra*, note 4.

²⁷ Voir René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2^e série, Paris, Dalloz, 1959, n° 26 et s.

²⁸ Excepté lorsqu'il s'agit de l'analyse d'un régime précis comme celui du contrat de consommation.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Voir Luc THIBAudeau, *Guide pratique de la société de consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 56-57; Jean-Guy BELLEY et Jacques HAMEL, *La société de consommation*, Publications du Québec, 1980, p. 77; Nicole L'HEUREUX, « L'identification du consommateur, son besoin de protection », (1979) 39 *R. du B.* 41.

³¹ Voir à cet égard l'étude célèbre de François EWALD qui débute avec cette remarque assez évocatrice de Le Baron de Beauverger : « Il y a une considération qui me frappe au moment où je vous parle, et je la livre à vos méditations : c'est que le système de notre société n'est autre chose qu'une vaste assurance, assurance contre la faiblesse, assurance contre le malheur, assurance contre l'ignorance. Examinez à ce point de vue toutes nos institutions, et vous verrez

de contrat n'échappe pas à cette logique³². Elle s'y traduit par l'idée de justice contractuelle³³. Vague et obscure, elle est pourtant considérée comme la nouvelle valeur fondamentale du droit des contrats³⁴. Si l'expression n'a pas été inventée par Jacques Ghestin, c'est du moins lui, qui, pour la première fois, a tenté un minimum de synthèse et de définition dans le cadre de la théorie générale du contrat³⁵. Au-delà de l'expression « justice contractuelle », l'établissement du lien entre la justice et les contrats est, quant à lui, très ancien, et tout juriste connaît le rapprochement que fait Aristote entre la justice et la notion d'échange³⁶. De prime abord, bien que la notion de

qu'elles concourent toutes au même but, à un but noble et heureux ». Voir *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 13.

³² Le contrat en est à la fois le lieu d'expression et l'instrument. D'ailleurs, il intervient dans le choix des modes d'intervention de l'État. Ce qui se traduit en partie par le phénomène de contractualisation. Voir Pascal ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », dans S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 20 et s.

³³ Voir Jean-Pascal CHAZAL, « La justice contractuelle », dans Loïc Cadiet (dir.), *Le dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 743-747.

³⁴ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN en coll. avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n°126, p. 206; Jean-Louis BAUDOUIN, « Justice contractuelle : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans Gilles GOUBEAU et Jacques Ghestin (dir), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 29; Louis PERRET, « Une philosophie nouvelle fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 471. La jurisprudence a également mentionné à quelques reprises l'existence de cette nouvelle valeur fondamentale, soit en faisant référence aux auteurs : *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques Decisionone*, [2004] R.J.Q. 69 (C.A.), paragr. 57; *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, [2009] R.J.Q. 54 (C.A.), paragr. 34; soit directement et de manière explicite. Ainsi, dans l'affaire *Gareau auto inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.), le juge affirme que : « Les concepts antiques et encore respectables de la liberté contractuelle fondée sur l'autonomie de la volonté et de l'obligation d'honorer la parole donnée ne suffisent plus de nos jours à satisfaire à cette autre notion tout aussi impérative qui est celle de la justice contractuelle » (p. 5 du texte intégral).

³⁵ Voir Jacques GHESTIN, « Le juste et l'utile dans le contrat », (1981) 26 *A.P.D.* 47 et s. Toutefois, on retrouve déjà, chez Emmanuel Gounot, l'idée que, par opposition au volontarisme, c'est la justice contractuelle qui doit justifier la reconnaissance de la lésion ou de la théorie de la cause par le législateur. Voir *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *supra*, note 22, p. 368 et s. Un auteur a utilisé l'expression pour analyser la fonction du juge en matière de contrat en 1970, voir Bruno OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », dans *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1970, t. XXII, Paris, Dalloz, 1975, p. 191. Dans les dictionnaires et les lexiques juridiques, la déclinaison « justice contractuelle » est rare. À notre connaissance, seul le dictionnaire de la justice propose une synthèse faite par Jean Pascal CHAZAL, « La justice contractuelle », *supra*, note 33, p. 743-747. Sans prétendre à l'exhaustivité, au Québec, c'est Maurice Tancelin qui y fait directement allusion dans une publication intitulée « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », (1978) 30 *Revue internationale de droit comparé* 1009-1025. Brigitte LEFEBVRE s'y est également penchée, « La justice contractuelle: mythe ou réalité? », (1996) 37 *C. de D.* 17-30. Il arrive aussi que la justice contractuelle soit abordée, non plus à partir de l'idée que l'on se fait du contrat, mais à partir des différentes définitions de la catégorie de justice qu'offre la philosophie. Voir Guido SMORTO, « La justice contractuelle », (2008) 60 *Revue internationale de droit comparé* 583-602.

³⁶ Aristote subdivise la justice particulière en justice commutative ou correctrice et distributive. La première est conçue pour les échanges en général, d'où le contrat tire son origine. Voir ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*. tr. fr. J. Tricot, 1983, Paris, Vrin, 2, p. 216 et s. Voir aussi Pierre KAYSER, « La justice selon Aristote », (1996) *R.R.J.* 315; Constantin DESPOTOPOULOS, « La notion de synallagma chez Aristote », (1968) *A.P.D.* 115-128. Les références à Aristote doivent cependant être utilisées avec prudence dans la mesure où l'oeuvre de l'auteur n'est pas aisée à pénétrer, mais également parce qu'on pourrait être tenté de lui faire dire plus ou moins que sa pensée. En outre, il faut garder à l'esprit le contexte tout autre dans lequel il a écrit, bien que des ajustements soient possibles. Voir Denis BERTHIAU, *Le principe de l'égalité*

justice contractuelle paraisse plus conceptuelle que fonctionnelle, on ne saurait réduire son étude à des questions abstraites³⁷. S'il n'est pas possible de donner *a priori* un critère unique et universel au contrat juste, il est tout aussi difficile, comme l'affirme Patrick Pharo, « de séparer l'analyse du sens conceptuel de la justice de toute approche critériologique »³⁸. Une position qui peut être associée à celle de Magali Bessone, qui estime que « la justice est relative à des significations sociales »³⁹ prédéterminées par la manière avec laquelle les personnes sont liées les unes aux autres. Dans le cadre de la théorie générale des contrats, pour François Collart Dutilleul, la justice contractuelle permet de « débusquer derrière le contrat, les idées et les valeurs sociales sur lesquelles il se construit »⁴⁰. Ce qui signifie que le contrat est régi par des valeurs qui en imposent la reconnaissance. À cet égard, « la justice, valeur supérieure, est ce qui justifie et fait triompher l'égalité et l'équilibre entre contractants dans un rapport d'échange »⁴¹. La recherche de l'équilibre contractuel et la correction des inégalités apparaissent alors comme les principaux desseins de la justice contractuelle.

Les objectifs de la justice contractuelle. L'étude de la justice contractuelle ne consiste pas à se demander si tel ou tel contrat annulé ou invalidé est injuste, car il est clair que c'est le cas aux yeux du juriste qui l'affirme, mais il s'agit plutôt de comprendre comment, en règle générale, on arrive à une telle conclusion. Pour être tributaire d'un quelconque effet juridique, le recours à la justice contractuelle doit-il toujours être appliqué de manière exceptionnelle? Pour répondre à ces interrogations, il faut préciser que la justice contractuelle ne vise pas à déterminer ce qu'est ou ne doit pas être le contrat. Elle n'en donne pas la qualité physique ou le contenu. Elle ne porte pas sur la définition du contrat. Il en va autrement des règles sur lesquelles on s'appuie pour comprendre le contrat. La justice contractuelle renvoie à la justification ou au fondement de l'approche que l'on adopte du contrat, et c'est sous cet angle qu'elle permet d'analyser la règle

et le droit civil des contrats, Paris, LGDJ, 1992, n° 302 et s. François, CHENEDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, LGDJ, 2008, p. 236 et s.

³⁷ Pour les tribunaux, l'injustice n'est pas abstraite. En fait, elle n'a pas « de sens à moins de se rapporter aux effets qu'elle peut créer ». Voir *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, paragr. 33.

³⁸ Pour cet auteur, la démarche qui consiste à rechercher les critères de la justice ne saurait être identique à une théorie générale ou à un contenu *a priori* de la justice. Voir Patrick PHARO, *Le sens de la justice essai de sémantique sociologique*, Paris, PUF, 2001, p. 2. Ainsi, lorsqu'Aristote dit que le juste repose dans la conformité à la loi et à l'égalité, il ne donne rien d'autre que des critères du juste. Voir ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, *supra*, note 36, p. 216.

³⁹ Voir Magali BESSONE, *La justice*, Paris, Flammarion, 2011, p. 142 et s.

⁴⁰ François COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, note 1, p. 226.

⁴¹ Voir Mustapha EL GHARBI, « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », (2005) 1 R.R.J. 167.

de droit qui intervient dans le cadre du déséquilibre et de l'inégalité contractuels. Partant, l'étude de la justice contractuelle concerne la justification des principes applicables au contrat et relatifs aux situations qui le caractérisent; elle vise la direction et le résultat que doit avoir la relation contractuelle. Elle touche à la perception du contrat, son sens et ses significations. À ce stade, une distinction doit être faite entre la justice contractuelle et l'équité. Alors que la seconde vise essentiellement la correction du contrat, la première opère au niveau plus profond des arguments philosophiques et épistémologiques qui interviennent dans le cadre des différents moyens juridiques de correction et de rééquilibrage du contrat. C'est du moins la nuance qui est faite par la doctrine et que nous prenons à notre compte pour exclure l'équité du champ déjà vaste de notre étude⁴². D'ailleurs, l'idée de justice contractuelle ressort de manière plus ou moins directe dans un grand nombre d'écrits.

La protection du contractant vulnérable comme grille de lecture du droit des contrats. On ne compte plus les travaux sur la faiblesse du contractant⁴³, le fondement de la faiblesse du contractant⁴⁴, l'équilibre contractuel⁴⁵, la correction du contrat⁴⁶, ou l'inégalité des parties⁴⁷. La protection du contractant peut être traitée directement ou indirectement⁴⁸ au Québec⁴⁹, en Europe⁵⁰ ou en Afrique⁵¹. Cela concerne aussi bien les règles procédurales que de fond, civilistes,

⁴² Voir Patrick PHARO, *Le sens de la justice essai de sémantique sociologique*, supra, note 38, p. 18; ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, supra, note 36, p. 217 et s. Christophe ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000, p. 59 et s.

⁴³ Voir Christophe BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, supra, note 10.

⁴⁴ Voir Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, supra, note 10.

⁴⁵ Laurence FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, 2002.

⁴⁶ Voir Gaël PIETTE, *La correction du contrat*, PUAM, 2004.

⁴⁷ Voir Olivier LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, supra, note 2.

⁴⁸ Voir Stéphane DARMAISIN, *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 2000; Sophie LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000.

⁴⁹ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *La bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003; *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

⁵⁰ Voir l'ouvrage de Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, supra, note 9.

⁵¹ Pour quelques études au Cameroun, voir Henriette KAMENI KEMADJOU, *La bonne foi dans le contrat d'assurance*, Mémoire de master 2 recherche, Université de Douala, 2008; Henri TEDONDJIO, *La protection du consommateur en droit camerounais*, Mémoire de DEA de droit des affaires, université de Douala, FSJP 2003/2004; Laure Reine BETGA MENGUETE, *L'obligation d'information du banquier*, Mémoire de Master 2 en droit des affaires, Université de Douala, Cameroun, 2008. Dans d'autres pays africains, voir Flavie Stéphanie SENIADJA, *La protection des parties dans le contrat de vente civil*, Mémoire de maîtrise, Université catholique d'Afrique de l'Ouest, 2006; Justin KAKARA, *De la nécessité d'une protection de la caution en matière de sureté en droit positif congolais*, Mémoire de licence, UNIGOM, 2007; Gervais MUBERANKIKO, *La protection du preneur dans un contrat de location-gérance*, Mémoire de maîtrise en droit privé, Université d'Abomey-Calavi, 2004; À ce niveau, des changements juridiques importants ont lieu dans le cadre des actes uniformes visant à harmoniser le droit des affaires dans les pays appartenant à l'espace OHADA. Ce dernier

administratives, voire de droit public, qui semblent aujourd'hui pouvoir être analysées sous l'angle de la meilleure protection des contractants ou, plus largement, d'un individu en position de vulnérabilité⁵². Ces dernières décennies, différentes législations et dispositions légales en matière de contrat ont été adoptées afin d'assurer la protection du contractant vulnérable⁵³. Les institutions contractuelles les plus traditionnelles, les règles et les instruments nouveaux sont mis en œuvre essentiellement en vue de sauvegarder les intérêts légitimes de la partie en position d'infériorité⁵⁴. L'équilibre contractuel, l'égalité contractuelle, la proportionnalité ou la bonne foi sont autant de principes élaborés ou revus par la doctrine, la jurisprudence ou le législateur⁵⁵ en vue de soumettre la théorie générale à l'idée de justice contractuelle⁵⁶. Celle-ci ne peut aujourd'hui être envisagée sans assurer la protection de la partie vulnérable contre son ignorance, son incompetence, mais également contre le risque que constitue le processus contractuel lui-même⁵⁷. Un besoin croissant de sauvegarde de l'intérêt du contractant vulnérable qui n'est pas sans déstabiliser les grandes classifications et catégories du droit. La distinction entre l'ordre public de protection et de direction a pratiquement volé en éclats, puisque les règles d'ordre public, dans un cas ou dans l'autre, en matière contractuelle, tendent largement à assurer la

compte dix-sept pays membres sont : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo (RDC), le Sénégal, le Tchad et le Togo. À ce jour, neuf actes uniformes ont déjà été adoptés, spécialement en droit commercial général, droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, droit des suretés, procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, procédures collectives d'apurement du passif, droit de l'arbitrage, organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises, contrats de transport de marchandises par route et sociétés coopératives. Un avant-projet d'acte uniforme portant sur le droit des contrats a également vu le jour. À ce propos, s'il est vrai que le contrat est l'un des principaux instruments d'échange économique, on est autorisé à se demander si la réglementation de la relation contractuelle doit se faire uniquement sous le prisme de l'accroissement des affaires. Autrement dit, le droit des contrats doit-il être considéré comme faisant partie intégrante du droit des affaires? La question ne se pose pas vraiment du point de vue de la faisabilité d'un tel projet, mais de celui de son opportunité, spécialement en ce qui concerne les moyens mis en place pour protéger les intérêts légitimes du contractant en position de vulnérabilité.

⁵² Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1; Catherine PICHE, « La proportionnalité procédurale : perspective comparative », (2009) 40 *R.D.U.S.* 551; Nathalie VEZINA et Françoise MANIET, « Le consommateur: La sécurité du consommateur au Québec...deux solitudes : mesures préventives et sanctions civiles des atteintes à la sécurité », (2008) 49 *C. de D.* 57.

⁵³ Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 119-146.

⁵⁴ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, Thèse, Université Laval, 2011.

⁵⁵ Voir les analyses de ces différentes interventions pour le cas de la France, notamment par Catherine THIBIERGE GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation des contrats », (1997) *RTDciv.* 375.

⁵⁶ *Idid.*

⁵⁷ Voir l'analyse de Jean-Guy BELLEY qui considère le contrat de consommation comme un « processus à risque ». Voir « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse : En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34.

justice contractuelle⁵⁸. Toute chose qui traduit l'existence d'une logique de protection générale et systématique du contractant en position de faiblesse. En outre, le recours à la justice contractuelle par les tribunaux a entraîné la relecture de nombre de règles jusqu'alors considérées comme le socle intouchable dans la définition du contrat. En effet, la jurisprudence considère la justice contractuelle tantôt comme un complément de l'équité⁵⁹, tantôt comme le fondement de la bonne foi permettant de justifier le devoir de loyauté, d'honnêteté ou l'obligation de ne pas exploiter⁶⁰. Elle sert en outre de règle d'interprétation ou de délimitation de la liberté contractuelle, de l'impératif de sécurité et de respect de la parole donnée⁶¹, ou encore, est utilisée afin de rétablir l'équilibre contractuel⁶². La nouveauté mérite d'être soulignée. Ainsi « s'est développée avec vigueur depuis un demi-siècle surtout, une seconde valeur fondamentale du droit privé : la justice contractuelle. Comme l'a écrit la Cour d'appel, la lutte contre les injustices fait désormais partie des politiques fondamentales du droit québécois »⁶³. Il a même été noté que « notre époque passera à l'histoire comme celle de la naissance de la justice contractuelle »⁶⁴. Dans ce contexte, il convient de tenter d'en saisir le sens véritable. De plus, tant de dispersion dans l'utilisation de l'idée de justice contractuelle témoigne à coup sûr de l'ambiguïté de celle-ci. Il appert en fait que si la majorité des auteurs s'entend sur la nécessité de réformer la théorie générale, afin de mieux protéger la partie en position de vulnérabilité, la discorde porte sur les solutions et leur efficacité⁶⁵. N'a-t-on pas vu dans cette prolifération de dispositifs protecteurs une crise annonciatrice de la fin du contrat⁶⁶? La justice contractuelle, liée

⁵⁸ Voir dans ce sens l'étude plus large faite par Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52.

⁵⁹ Voir *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques Decisionone*, [2004] R.J.Q. 69, paragr. 55-61.

⁶⁰ Voir *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, p. 158.

⁶¹ Voir *Gareau auto inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, J.E. 89-721 (C.A.), p. 5 du texte intégral.

⁶² *Nichols c. Toyota Drummondville inc.*, J.E. 95-668. (C.A.), p. 4; Pour des taux d'intérêts lésionnaires condamnés, voir *Riendeau c. Cie de la Baie d'Hudson*, J.E. 2000-641 (C.A.), paragr. 40-48. Voir aussi Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSÈRE, *Le droit de la consommation*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 18.

⁶³ Voir Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, p. 136.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 137. Voir *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.Q. 961 (C.A.), paragr. 37-40.

⁶⁵ Le principe de l'existence du déséquilibre contractuel fait presque l'unanimité. La réelle difficulté se situe au niveau des remèdes à adopter et de l'orientation à donner aux éventuels changements. Voir Christophe ATIAS, « L'équilibre renaissant de la vente », (1993) *D. chr.* 1; Jean-Jacques BARBIERI, *Vers un nouvel équilibre contractuel? Recherche d'un nouvel équilibre contractuel des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, Thèse, Toulouse, 1981; Alain BENABENT, « L'équilibre contractuel, une liberté contrôlée », (1998) 54 *Petites Affiches* 14; Élise CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre contractuel », (2004) 45 *C. de D.* 69; Françoise WARENBOURG-AUQUE, « Rapports locatifs : l'équilibre introuvable », (1989) *I JCP* 3421.

⁶⁶ Voir Henri BATTIFOL, « La crise du contrat et sa portée », (1968) 13 *A.P.D.* 13; Louis JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, T.II, p. 340. L'auteur dénonce le « forçage du contenu contractuel ». D'une manière générale, il s'agit moins du constat

au thème récurrent de la crise du contrat, poursuit encore ses transformations, sans qu'on en saisisse l'exacte mesure. Il nous a dès lors apparu opportun de prendre un temps de réflexion afin de tenter d'en dégager la portée, la signification et le sens.

Problématique. L'étude de la justice contractuelle ne porte pas immédiatement sur la description des techniques juridiques de protection du contractant. Celles-ci sont prises en considération de manière plus englobante. Plus profondément, il s'agit de débusquer et d'examiner quelles sont les visions et les idéologies contractuelles sur lesquelles reposent ces mécanismes de protection. Tel est le premier volet de la question. Le second renvoie à l'identification des moyens les plus efficaces, compte tenu de la nature de la vulnérabilité du contractant résultant du lien obligationnel. Toute chose qui oblige à faire ressortir les piliers sur lesquels repose la mise en œuvre juridique du désir de protection de la partie vulnérable. Une telle perspective n'est pourtant pas sans embuche.

La première a trait à l'idée que la recherche de la justice est inhérente aux règles de droit⁶⁷. En effet, d'un côté, c'est au nom de la justice contractuelle que le législateur et le juge retiennent des contrats, ce qui est conforme ou non aux visées de la loi. D'un autre côté, c'est uniquement dans la mesure où le contrat est respecté que la justice contractuelle est possible⁶⁸, d'où l'importance de tenter de concilier ces deux dimensions. Le deuxième écueil réside dans le lien entre la justice contractuelle conçue abstraitement et son application au niveau des rapports contractuels par l'effet de la loi ou par le juge. Un tel concept est soumis tantôt à la subjectivité

de la disparition du contrat que de la remise en cause de l'approche volontariste du contrat. Cette crise a une histoire qui pourrait remonter à bien plus loin qu'Henri Batiffol et se situer au moment de la critique faite par Emmanuel Gounot de la conception libérale et individualiste du contrat. Voir Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, supra, note 22. Il expliquait alors que « de tout temps, du reste, les juristes se sont plu à mettre en parallèle la convention et la loi, la *lex privata* et la *lex publica*, à les assimiler l'une à l'autre, voire les expliquer l'une par l'autre : à donner pour fondement à la loi une convention, ou à faire découler la force obligatoire des contrats d'une sorte de délégation que le législateur ferait de ses pouvoirs aux volontés individuelles. Et le Code civil n'a fait que continuer de vieilles traditions juridiques, lorsqu'il a consacré cette classique assimilation du contrat à la loi dans ce contexte fondamental : "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". C'est cette efficacité juridique propre du vouloir individuel que l'on désigne sous le nom d'autonomie de la volonté. Cette expression qui, depuis vingt ans, pénètre de plus en plus la littérature juridique française n'est peut-être pas à l'abri de toute critique [...] Elle exprime mieux que toute autre ce qu'il s'agit d'exprimer, savoir le rôle de la volonté comme organe créateur du droit » (p. 2-3). Plus loin, Emmanuel Gounot ajoute qu'« à vouloir résoudre toutes les questions et trancher toutes les difficultés par la considération de la seule volonté, on aboutit fatalement à un dogmatisme étroit et rigide, contre lequel [...] la vie juridique réelle incessamment proteste » (p. 138).

⁶⁷ Rappelons la formule du *Digeste*, *Just est ars boni et aequi* (le droit est l'art du bien et du juste). Un art façonné par des hommes, donc toujours à faire et à construire.

⁶⁸ Or, une connaissance minimale du volontarisme ou de la théorie relationnelle manifeste très bien cette tendance.

du législateur ou de l'interprétation de la loi par le juge, tantôt à la facticité des échanges qui peuvent contredire le contenu légal. Catherine Thibierge Guelfucci estime que pour prendre en compte dans les règles contractuelles les transformations des contrats⁶⁹, il faut les soumettre à des valeurs ou à des principes objectifs supérieurs⁷⁰. Une telle conclusion n'est toutefois pas suffisante dans la mesure où elle suppose que ces valeurs soient connues d'avance ou bien induites. Comment alors en définir le contenu? À notre avis, il y a à ce niveau une difficulté réelle, car les valeurs dépendent également de la loi et de l'interprétation jurisprudentielle. Il n'est pas possible d'appréhender la justice contractuelle sans tenir compte de la forme que prennent les rapports contractuels à un moment donné⁷¹. Parce qu'elle porte un jugement de valeur sur le contrat, la justice contractuelle n'est pas seulement un principe fondateur. En ce sens, si elle inspire le juge ou le législateur, elle ne crée pas immédiatement de droit subjectif⁷². On ne saurait se limiter à qualifier la justice contractuelle de finalité supérieure des contrats. Elle doit plutôt permettre d'aménager les moyens de réalisation de la signification que prend le contrat et servir à l'orientation de ses modifications⁷³. Elle peut à la rigueur être considérée comme un impératif, étant donné qu'elle prescrit et impose des actions. En effet, les significations sont vécues, critiquées et souvent dépassées. Elles ne sont pas fixes ni immuables, mais découvertes sous la pression des transformations sociales sur des échanges interindividuels⁷⁴. À la lumière de ces précisions, quelques pistes de recherche peuvent être dégagées.

Hypothèses de recherche. Afin de répondre aux deux questions ci-dessus, il faudrait partir du constat de la généralisation des rapports déséquilibrés à travers les contrats d'adhésion, les contrats types et les clauses unilatérales de pouvoir. Leur caractère dominant justifie qu'on ne saurait les aborder simplement comme des contrats parmi d'autres. Aussi, nous soutenons que c'est à partir de ces formes contractuelles qu'il convient désormais d'articuler la réflexion autour de l'idée de justice contractuelle, afin de mieux cerner tant la teneur théorique que la cohérence

⁶⁹ Aujourd'hui, la lésion a été reconnue dans certains pays sans que le régime des contrats ne s'écroule. Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L.J.* 903 et s.

⁷⁰ Voir Catherine THIBIERGE GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation des contrats », *supra*, note 55, 375 et s.

⁷¹ Le tribunal affirme qu'« une condition d'assurance peut paraître à première vue [...] juste, mais elle peut être [...] injuste dans son application ». Voir *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, paragr. 155.

⁷² Il appartient au juge de lui donner un sens et de déterminer les conditions de son application. Voir *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, paragr. 86.

⁷³ Voir Léon HUSSON, « Réflexions sur le congrès de Gardone Riviera: La dialectique de l'être et du devoir-être », (1968) 13 *A.P.D.* 305-332.

⁷⁴ Notons que lors de l'adoption du Code civil du Bas Canada, la nécessité de protection de la partie faible dans le contrat n'avait certainement pas l'ampleur qu'on lui connaît aujourd'hui.

d'application des instruments de protection du contractant vulnérable. Pour ce faire, il faudrait procéder en deux temps. Dans une première analyse, l'idée de justice contractuelle, longtemps assimilée à l'accord de volonté présumée entre les parties, apparaît par la suite comme une critique de l'approche volontariste et libérale du contrat telle que les juristes la conçoivent. Celle-ci appelle la correction des principes issus du dogme de l'autonomie de la volonté afin de mieux prendre en compte les intérêts légitimes du contractant en position de vulnérabilité ou, du moins, de les adapter dans ce sens. Un second examen fait apparaître que la notion de justice contractuelle ne se réduit pas à cette dimension critique, elle prétend participer d'une réelle positivité, s'inscrivant alors en nette rupture avec l'approche individualiste du contrat. D'où l'émergence d'un véritable changement paradigmatique qui débouche sur une tout autre approche du contrat⁷⁵. Ce qui se traduit à la fois par la légitimité de l'existence d'un droit de la protection du contractant vulnérable et à travers la reconnaissance d'une théorie générale qui pose celle-ci comme étant une donnée incontournable⁷⁶. Le sens que prend l'idée de justice contractuelle dépend alors pleinement de la vision du contrat qui lui est sous-jacente.

La justice contractuelle et la perception du contrat. La conception volontariste du contrat a été depuis longtemps mise en doute dans sa prétention à saisir l'ensemble de la matière contractuelle⁷⁷. En fait, elle occultait les contrats d'adhésion⁷⁸ pourtant présents dans la pratique des échanges contractuels à l'époque. De nos jours, sa crédibilité est encore moindre que par le passé, dans la mesure où aux contrats d'adhésion se sont ajoutés les contrats imposés et les contrats types. Ces derniers, caractérisés par l'absence de négociations et le déséquilibre

⁷⁵ Voir Catherine THIBIERGE GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation des contrats », *supra*, note 55.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Voir Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *supra*, note 22, p. 342 et s. L'auteur estime que : « Nous avons beau, en effet, tourner et retourner les concepts de volonté et de libre promesse, nous n'arrivons pas à en déduire ceux d'obligation et de droit. Que les hommes soient tenus, sous certaines conditions, d'exécuter leurs promesses, pas un seul instant nous n'en doutons. Ce que nous nions, c'est que la notion classique d'autonomie de la volonté soit suffisante à fonder l'obligation » (p. 344); Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, François Pichon, 1901; Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse multicopiée, Paris, 1965. Pour l'auteur, « si le principe de décision [dans la formation du contrat] ne doit pas être trouvé dans une analyse logique – ou métaphysique – de la notion d'accord, on peut songer à le chercher dans une pesée des intérêts en présence, compte tenu des circonstances de la cause » (p. 572). (Nos ajouts) Le volontarisme apparaît alors davantage comme un postulat explicatif du fonctionnement des échanges et non comme un fait historique. Fonder le contrat sur la théorie de la déclaration de volonté permet de mettre davantage de l'avant l'idée que celui-ci est d'abord un fait social. Voir les analyses de Christophe GRZEGORCZYK, « Connaître le droit », (1981) 26 *A.P.D.* 430.

⁷⁸ L'expression inventée en 1901 par Raymond Saleilles. Voir Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 1976, p. 27.

contractuel, tendent à se multiplier⁷⁹. De plus, il peut parfois être juste de rompre certains contrats même librement consentis⁸⁰. Par opposition à une conception statique de la justice contractuelle, une approche dite dynamique, fondée non plus sur la lettre des clauses étroitement entendue et les fictions de l'autonomie de la volonté, mais sur la communauté d'intérêts entre les parties, a vu le jour. Le contrat doit être exécuté conformément à cet intérêt et non en vue du respect d'une hypothétique promesse ou consentement, même si la lettre du contrat est en ce sens⁸¹. Cette idée est exprimée en France sous le nom de « solidarisme contractuel » : chaque contractant doit être solidaire des intérêts de l'autre et ne doit pas défendre une position exclusivement égoïste⁸².

Toujours en réaction à la conception volontariste du contrat et aux dérives de l'interventionnisme contractuel, des conceptions empiristes du contrat se sont développées⁸³. C'est le cas de la théorie relationnelle de Macneil⁸⁴. Selon cette dernière, le rapport contractuel est caractérisé par des interactions contextuelles. Chaque contrat est considéré comme un réseau de relations et

⁷⁹ Pour certains, « un simple « oui » en réponse à une offre précise, complète et ferme n'enlève pas à ce contrat son caractère de gré à gré ». Voir Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., par Jean PINEAU et Serge GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 65. Position qui contraste nettement avec celle de Maurice TANCELIN qui soutient que le contrat de gré à gré « n'est pas une catégorie de contrats, c'est une tautologie pure et simple inventée pour masquer l'antinomie de la définition du contrat d'adhésion, qu'elle est destinée à promouvoir. Ces définitions relèvent de la logique formelle, c'est-à-dire sans contenu ». Voir *Des obligations, actes et responsabilité / l'acte juridique*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 51. L'idée est restée la même dans l'édition plus récente, mais l'auteur n'utilise plus exactement la même terminologie. Voir *Les obligations en droit mixte du Québec*, 10^e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2009, n°90.1, p. 84; Marc LEMIEUX conclut que « le régime du contrat d'adhésion apparaît donc comme un compromis législatif plutôt que l'aboutissement d'une analyse juridique ». Voir « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2000) 41 *C. de D.* 64.

⁸⁰ Rappelons la synthèse de François COLLART DUTILLEUL : « tout n'est pas contractuel », « tout n'est pas obligationnel » et « tout n'est pas consensuel » dans le contrat. Voir « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique », *supra*, note 40, p. 231 et s. Voir également, Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) *RTDciv.* 771; Pour Max Weber, le contrat ne peut être réduit à sa définition légale. Voir *On Law in Economy and Society*, Trad. Par Shills et M. Rheinstein, Cambridge, Harvard University Press, 1954, p. 1-40.

⁸¹Le constat selon lequel « Tout n'est pas contractuel dans le contrat » sonne alors comme une réponse à la conception libérale critiquée par Fouillée. Voir Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, réed. 1973, p. 189.

⁸² Voir Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans Gilles GOUBEAU et Jacques Ghestin (dir), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 449 et s.

⁸³ Voir Michel Armand PREVOST et Daniel RICHARD, « Le contrat déstabilisé », (1979) *I JCP* 2952.

⁸⁴ Pour la théorie relationnelle, voir Ian R. MACNEIL, « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 691; « Relational Contract : What we do and do not know », (1985) 2 *Wis. L. Rev.* 483; « Contracts adjustment of long term economic relations under classical, neo-classical and relational contract law », (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 854; *The new social contract : an inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. Cette théorie présente un intérêt pour notre étude car certains préceptes mis de l'avant ont été utilisés par la jurisprudence ou par la doctrine, notamment à travers les analyses du professeur Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société. Étude socio-juridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998. Pour la jurisprudence, voir *Scott c. Wawanesa mutual insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, 1989; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303.

d'acteurs permettant à chacune des parties de tirer profit du lien⁸⁵, sans qu'on puisse mettre en évidence une règle de justice, des valeurs ou des justifications centrales et uniques⁸⁶. Ainsi entendu, le contrat est une source normative au même titre que la loi⁸⁷. Dans cette démarche, la justice contractuelle ne présente aucun intérêt, seule la technicité des outils de protection est privilégiée. Jean-Guy Belley y voit une approche mécaniste et techniciste, justifiée par les impératifs de pragmatisme et d'utilité économique faisant des contractants de simples acteurs économiques⁸⁸ au détriment de l'individu, sujet de droits et d'obligations⁸⁹. De cette approche plutôt matérielle du contrat, plusieurs réserves ont été mises de l'avant. Ainsi, elle peut déboucher sur une forme de dirigisme contractuel, puisque le contrat juste est progressivement devenu celui dont les termes sont imposés tantôt par la loi⁹⁰, tantôt par les tribunaux⁹¹. C'est dans ce contexte que le désir de protéger la partie vulnérable à travers un contenu contractuel prescrit de l'extérieur peut éventuellement renverser la position des parties⁹². En outre, la création de

⁸⁵ Rappelons que David Hume critique l'idée de promesse et préfère celle de convention, qu'il définit comme la pratique d'une coopération fondée sur l'intérêt réciproque. Ainsi, pas de promesses sans conventions humaines. L'obligation morale ne précède pas la convention. Voir *Traité de la nature humaine*, 1739, tr. fr. A. Leroy, Paris, Aubier, 1973, p. 606 et s. La liaison entre justice et utilité se retrouve chez John STUART MILL, *L'utilitarisme*, Paris, Flammarion, 1993, p. 148 et s.

⁸⁶ Voir différentes études sociologiques : Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme instrument de justice privée », dans Nicolas Kasirer et Pierre Noreau (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 379-432; Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, supra, note 84; Voir aussi Luc BOLSTANSKI, et Laurent THÉVENOT, *De la justification, les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991; Raymond BOUDON, *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995.

⁸⁷ Voir Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans Jean-Guy Belley (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1995, p. 195.

⁸⁸ Voir Jean-Guy BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 144; Claude MASSE fait le même constat. Voir « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 107-117. Notons la nette contradiction avec la position de Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE qui soutiennent que la *Loi sur la protection du consommateur* est fondée sur un principe de justice contractuelle. Les auteurs empruntent l'idée à Benoît Moore. Voir *Le droit de la consommation*, supra, note 62, p. 21.

⁸⁹ Voir les analyses de Jean-Guy BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 119-146.

⁹⁰ L'État intervient souvent pour imposer aux deux contractants les termes préétablis du contrat. Ce modèle est présent au Québec, notamment en matière de distribution d'électricité, en matière de bail résidentiel ou encore dans le transport urbain. Par ailleurs, on retrouve l'utilisation des contrats types dans les rapports entre particuliers, notamment dans les contrats de licence et de brevet.

⁹¹ Voir François-Xavier TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », (1993) *JCP* 3673; Georges WEIDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? Nouveaux juge, nouveaux pouvoirs ? », *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 575; Pierre LEGRAND, « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) *22 R.D.U.S.* 109; Laurent LEVENEUR, « Le forçage du contrat », (1998) *58 Droit et patrimoine* 69. Un exemple de modification et de rectification dans la jurisprudence, voir *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678. Un cas de découverte d'obligations implicites, voir *Machtiger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986.

⁹² Voir Anne SINAY-CYTERMANN, « Protection ou surprotection du consommateur », (1994) *JCP* 3804.

multiples contrats dirigés, ajoutée aux diverses protections catégorielles, a paradoxalement contribué à augmenter les inégalités, les déséquilibres et le risque d'arbitraire. Ces nombreuses interventions ont, de surcroît, créé une sorte de paternalisme à l'égard de la partie faible, accentuant paradoxalement sa vulnérabilité⁹³. D'où les doutes importants entretenus à l'égard notamment des lois visant la protection du consommateur⁹⁴.

L'exigence croissante de protection conduit-elle toujours, comme le craignent les partisans de l'approche individualiste du contrat, au paternalisme et à la mainmise des tiers sur le contrat, faisant ainsi échapper complètement celui-ci à la volonté des parties? Afin d'éviter que sous le prétexte de protection de la partie faible, le dirigisme contractuel ne porte un coup de grâce à la volonté et à la liberté des parties, nous devons vérifier dans quelle mesure les critiques ci-dessus mentionnées sont justifiées. De plus, il convient de nuancer le discours relatif à l'opposition nette entre la conception volontariste du contrat et l'interventionnisme protecteur⁹⁵. Il faudrait plutôt noter que le volontarisme contemporain enferme les parties dans les grandes notions présentées comme essence du contrat, notamment la liberté contractuelle, la force obligatoire ou l'égalité des parties. Sous son influence, la loi opère de la même façon avec des notions totalisantes et vagues telle la bonne foi. Ainsi, la nouvelle moralité contractuelle qui fonde les règles applicables au contrat d'adhésion et aux contrats types en droit québécois des contrats tend à faire de cet instrument juridique un accord de volonté déformé, revenant alors aux fictions du dogme de l'autonomie de la volonté. Pour échapper aux avatars des différentes perceptions du contrat à la base de la protection du contractant vulnérable, il faudrait envisager l'idée de justice contractuelle à travers la dynamique normative qui la caractérise.

La fonction normative de la justice contractuelle. Comment rendre compte de l'importance des contrats d'adhésion et de la nécessité de protection de la partie vulnérable qui en découle, sans

⁹³ Jean-Pierre NANDRIN, « Entre l'État libéral et l'État assurantiel, un État paternaliste? L'exemple de la loi belge du 24 décembre 1903 sur les accidents de travail », (1996) 5-6 *Cahier du CRHIDI (Centre de recherches en histoire du droit et des institutions)* 179.

⁹⁴ Voir Jacques DELGA, « Le consommateur est-il devenu moins intelligent? », (1995) 2 *Gaz. Pal. doct.* 1066.

⁹⁵ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « Convention », (1990) 35 *A.P.D.* 18. L'auteur remarque qu'« il n'est pas incohérent que l'État intervienne dans les conventions sous l'angle du volontarisme » (p. 18). Ajoutons qu'il suffit que le stipulant n'abuse pas, n'agisse pas de mauvaise foi ou de manière excessive. Or, ces critères moraux redonnent à la volonté un rôle fictif tant au niveau du vouloir du stipulant que de celui de l'adhérent. On demeure largement sous le schéma du respect de la parole donnée. En fait, la volonté du stipulant est fictive parce qu'elle est interprétée comme une volonté commune, ce qu'elle n'est pas. Par la suite, l'acceptation de l'adhérent est considérée comme une volonté fictive, étant donné le défaut de compréhension de celui-ci.

revenir à la distinction délicate devenue récurrente entre une disposition légale et la norme dont elle procède ⁹⁶? Comment ne pas rappeler la distinction subtile entre l'unicité des principes et des moyens juridiques et la pluralité, voire l'incompatibilité des conclusions qui pourraient en résulter? Faut-il alors croire qu'une norme de protection gît dans chacune des règles applicables au contrat? *A priori*, une même règle ne visant pas directement, ni même indirectement, la protection d'une partie vulnérable peut devenir un instrument de protection⁹⁷. C'est ainsi qu'au nom de la justice contractuelle, il est possible d'avancer qu'il existe une sorte de norme protectrice potentielle au sein de chacune des règles et principes applicables au contrat. Elle présente une dimension normative indéniable en ce qui concerne la transformation des mécanismes juridiques, mais également en ce qui a trait à la création de moyens de protection. En ce sens, la justice contractuelle est une idée qui ne saurait être appréhendée de manière simplement descriptive⁹⁸.

La dimension normative de celle-ci modifie non seulement le rôle du législateur, mais aussi du juge qui s'est octroyé le pouvoir de détecter la vocation protectrice de la règle de droit. Si l'attitude des juges a été assez réservée à une époque, allant jusqu'à tolérer certaines injustices, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence témoigne d'une transformation réelle du rôle du juge qui a su trouver des normes protectrices dans de nombreuses règles⁹⁹. Il est clair qu'au moment de l'adoption d'une loi ou d'une disposition, la charge normative voulue par le législateur est d'une certaine nature, mais il arrive que cette norme change sans que la règle soit modifiée pour autant¹⁰⁰. Il arrive aussi que l'interprétation donnée par le juge ait un sens normatif différent de celui que le législateur avait en vue au moment de la codification, ce qui marque la possibilité d'une évolution de la norme¹⁰¹. C'est en ce sens que l'impératif de protection de la partie faible a

⁹⁶ Voir Catherine THIBIERGE GUELFUCCI et al., *La force normative : Naissance d'un concept*, Paris, LDGJ, 2009; Voir aussi Pascal ANCEL, « La force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat », (1999) *RTDciv.* 771.

⁹⁷ Signalons que la fonction normative du droit a fait l'objet de controverses entre différents courants juridiques. Voir l'étude de Georges KALINOWSKI, *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, Paris, LGDJ, 1969.

⁹⁸ Voir Luc B. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 71-95. L'auteur y explique d'ailleurs que les deux aspects ne peuvent être envisagés de manière strictement étanche, puisque la dimension descriptive ne peut exister pour elle-même et rend toujours compte d'un sens normatif (94).

⁹⁹ Les développements de la jurisprudence en termes de découverte de l'existence d'une norme de protection sont assez éloquents. Nous aborderons le revirement de la jurisprudence dans ce domaine dans le deuxième titre de la deuxième partie de cette étude.

¹⁰⁰ Voir Bjarne MELKEVIK, « Discours d'application des normes en droit : méthodologie juridique et considérations de philosophie du droit », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *La vie des normes et l'esprit des lois*, Paris, Harmattan, coll. Èthiké, 1998, p. 75-90.

¹⁰¹ *Id.*

suscité, sur le plan normatif, une véritable transformation de certains principes et règles contractuels. Il en va ainsi de la reconnaissance de l'obligation d'information ou d'une obligation de coopération dans le cadre des contrats d'adhésion ou des liens contractuels déséquilibrés qui n'a pas nécessité une intervention du législateur. Toute chose qui inscrit le droit des contrats dans une approche juridique qui ne saurait assimiler la loi et le droit. Cependant, une telle évolution ne peut s'opérer sans danger, puisqu'elle rompt avec la sécurité qu'est censée offrir la loi. Elle inscrit surtout le contrat dans un contexte où il est difficile de déterminer avec précision la nature et l'étendue des obligations et devoirs des parties de même que la portée exacte du rôle du juge. Tout un pan de l'étude de la justice contractuelle vise alors à trouver dans le droit, suite au déploiement du contrat d'adhésion et des pouvoirs unilatéraux, comment rendre compte des différents aspects de la norme de protection de la partie faible au sein de la loi et de la jurisprudence.

La double nature de la norme de protection : objective et subjective. L'approche analytique de la norme protectrice de la partie vulnérable au nom de la justice contractuelle y fait apparaître deux dimensions : objective et subjective. Si les notions de faute, de responsabilité ou de bonne foi jouent un rôle assez important, il n'en demeure pas moins que l'idée de protéger le contractant vulnérable ne fait pas toujours de l'existence d'un manquement fautif une condition *sine qua non*. Le pouvoir de révision du juge en matière de clause abusive et, plus spécialement de clause pénale, est emblématique à cet égard. La protection du contractant faible existe aussi pour elle-même. C'est à partir de cette double perspective qu'on peut dresser le cadre de recherche du présent travail. Il se situe en deçà de l'opposition entre droit naturel et positivisme.

En deçà du débat entre le droit naturel et le positivisme. La fonction normative de la justice contractuelle rappelle la frontière floue entre le contractuel et le non-contractuel, entre les obligations contractuelles d'origine morales et juridiques. Comment en rendre compte sans faire appel au droit naturel? À ce niveau, rappelons la distinction faite par François Ewald sur la critique positiviste du droit naturel. L'auteur explique que :

Le droit naturel désignerait une sorte de morale, un petit nombre de règles de conduite, prétendues universelles, dont le droit positif devrait être la sanction et qu'il devrait lui-même respecter. Cette présentation du droit naturel confond deux choses pourtant distinctes : d'une part, l'idée d'une

morale universelle – le contenu du droit naturel – et, d’autre part, l’idée que le droit positif devrait être lié à un principe de censure ou de limitation – fonction du droit naturel¹⁰².

Il en résulte qu’on ne saurait préjuger du contenu du droit naturel, puisque « la nature est devenue une référence muette, et que nous avons le sentiment d’une irréductible dispersion quant aux valeurs et la conviction qu’il n’y a pas moyen de s’accorder sur une conception de la justice [...] Cela n’affecte pas le second point, qui concerne la fonction du droit naturel dans l’expérience juridique occidentale »¹⁰³. Il en va de même de notre point de vue en ce qui concerne la notion malléable de justice contractuelle. Il est vain de tenter de lui donner une essence, mais il est tout à fait possible de saisir, au sein du droit des contrats, le rôle que celui-ci tend à lui donner, le sens vers lequel son utilisation pousse le droit. Cela étant, notre démarche se situe en deçà du débat entre le droit naturel et le positivisme¹⁰⁴. En fait, nous emprunterons des arguments aux deux approches sans tenter de démontrer la supériorité de l’une par rapport à l’autre. Nous ferons appel au droit naturel tout en évitant une approche dogmatique, mais en vue de présenter les arguments permettant d’illustrer notre propos et de jauger la possibilité de les réactualiser. Cette méthode se justifie d’autant plus que la justice contractuelle comporte une dimension historique ou, plus précisément, relève de la généalogie.

La justice contractuelle et la généalogie des contrats. La norme de protection permet de mettre en lumière les valeurs et des idéaux sous-jacents à la notion de contrat. Elle s’inscrit dans le cadre de l’histoire des contrats et de l’importance accordée à la vulnérabilité du contractant. Toutefois, l’étude de la justice contractuelle n’est pas tant une synthèse ou un résumé du droit des contrats que l’occasion de comprendre et de mettre en lumière les métamorphoses qu’ont subies les fondements théoriques, philosophiques ou moraux du contrat. Précisons à cet effet que l’histoire du contrat n’est pas forcément linéaire. Il ne s’agit pas de décrire un itinéraire après-coup d’une réalité dont on ne peut prétendre rendre complètement compte. Dans notre optique, l’étude de la justice contractuelle résulte de l’évolution des différents courants qui traversent le contrat, non

¹⁰² Voir François EWALD, *L’État providence*, *supra*, note 31, p. 38.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Cette méthode nous est inspirée par les analyses de Bjarne MELKEVIK, « Un regard moderniste sur le « droit naturel » ou comment rejoindre la modernité juridique », dans *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l’Université Laval, coll. Diké, 2005, p. 69 et s. Dans le même sens, Jean-Pascal Chazal rappelle qu’« aujourd’hui, la réflexion sur le droit ne peut plus s’articuler autour de l’opposition absolue, de l’irréductible alternative, entre jusnaturalisme et positivisme juridique. Certes, des auteurs posent encore les débats en ces termes, mais ce n’est plus qu’un combat de mots, servant à étiqueter les opinions adverses en les caricaturant. Il est ainsi facile de fustiger l’étroitesse de vue des positivistes, ou la fameuse métaphysique des partisans du droit naturel ». Voir « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l’illusion scientifique », (2001) 45 *A.P.D.* 211.

pas linéairement, mais de façon plutôt discontinue; non pour établir un ordre chronologique, mais afin de rendre compte des tensions entre ceux-ci. Il s'agit de déterminer pourquoi les méthodes et les acteurs de la protection du contractant ont pris telle forme à un moment donné, et pour quelles raisons il devrait en être autrement à une autre période de l'histoire. En ce sens, notre étude pourrait davantage se rapprocher d'une perspective « généalogique » au sens où François Rangeon l'utilise dans son ouvrage portant sur l'intérêt général¹⁰⁵. Il importe ici de reprendre intégralement les explications de cet auteur, car elles cadrent en plein avec l'optique dans laquelle s'inscrit le présent travail :

Quant à la « généalogie », avant de voir ce qu'elle peut être, voyons d'abord ce qu'elle ne veut pas être. La généalogie est une discipline qui a pour objet la prospection des filiations et des dénombrements des ancêtres. Certes, la généalogiste ne saurait ignorer l'histoire ni les méthodes de l'historien. Mais sa perspective est différente et ses techniques lui sont propres. La démarche du généalogiste n'est pas historique au sens où il serait tenu de rassembler tous les éléments d'information sur une période donnée, de les agencer dans une interprétation globale du sens de l'histoire. La généalogie ne se préoccupe pas de savoir si l'histoire a un sens, c'est-à-dire une orientation et une signification. Elle veut se démarquer de toute philosophie de l'histoire, d'une histoire des idées linéaire et progressive censée aboutir à un état présent de la pensée. Plutôt qu'un progrès continu, la généalogie des concepts décèle des filiations multiples, divergentes. En d'autres termes, l'objectif n'est pas de déterminer les étapes successives de la définition d'un mot, mais de rechercher les parentés, les filiations multiples qui composent une même famille conceptuelle. La généalogie n'est donc pas tenue de respecter rigoureusement l'ordre chronologique. Elle a son ordre propre qui vise à reconstituer l'intelligibilité des lignes de filiation. L'ordre généalogique ne recoupe pas toujours l'ordre chronologique. À l'intérieur de chaque groupe de famille conceptuelle se produisent parfois des chevauchements, des déplacements, des retours en arrière [...] Les partisans du bien commun partagent, par-delà leurs divergences, une même vision du monde. Ils constituent une famille conceptuelle relativement homogène qui a encore actuellement des descendants. La généalogiste estimera donc logique de regrouper les membres de cette famille, même si cela l'oblige à rompre le fil du temps. Ces entorses à la chronologie sont d'ailleurs

¹⁰⁵ Voir *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Économica, 1986.

compréhensibles si l'on veut bien admettre avec M. Foucault que l'histoire des idées n'est pas « une sorte de grand texte ininterrompu [...] Un livre démesuré qui s'écrirait peu à peu à travers le temps »¹⁰⁶.

Transposée à la matière contractuelle, cette remarque permet aussi de noter que le contrat n'a pas de substance et que son évolution s'est formée par couches successives.

Le contrat n'a pas d'essence. Comme l'a bien montré Éric Savaux, la théorie générale du contrat n'est en fin de compte que le résultat de constructions intellectuelles ou d'une série de modèles qui traduisent elles-mêmes, directement ou non, la vision que l'on adopte du contrat¹⁰⁷. Pour conserver la figure de la généalogie, « dénombrer les ancêtres ne suffit pas. Il faut encore établir les filiations. En d'autres termes, il faut, à travers le désordre apparent des représentations juridiques des moyens de protection du contractant, "définir une régularité : un ordre des corrélations, des positions et des fonctionnements, des transformations". Il faut étudier les héritages discursifs, les récurrences »¹⁰⁸. Appliquée à la notion de contrat, la justice contractuelle implique une mise en ordre des règles qu'il n'est pas évident à saisir, ce d'autant qu'au fil du temps, la norme de protection s'est déployée aussi bien dans la réalité humaine que patrimoniale du contractant¹⁰⁹. Une évolution du droit des contrats qui peut s'expliquer aussi bien d'un point de vue dogmatique que politique¹¹⁰. François Ewald révèle en ce sens que cette :

dualité de perspectives, qui renvoie à ce que le droit est une pratique dont la fonction sociale lui impose d'être rationnelle, cohérente, organisée (à la fin de sécurité), et cela dans des conditions historiques telles qu'elles défont régulièrement l'ordre que la raison juridique s'acharne obstinément à maintenir. Paradoxe de la quête de justice : il n'y a pas de justice sans ordre; mais l'ordre juridique est tel que ce qui l'appelle est en même temps ce qui la déforme. La justice, qui appelle l'exercice de la rationalité, est aussi bien le principe le plus sûr de sa transformation¹¹¹.

¹⁰⁶ Voir *Ibid.*, p. 32-33.

¹⁰⁷ Voir Éric SAVAUX, *La théorie générale du contrat : Mythe ou réalité ?* Paris, LGDJ, 1997, p. 44 et s.

¹⁰⁸ Voir François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *supra*, note 105, p. 35.

¹⁰⁹ Voir l'étude de Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, *supra*, note 10.

¹¹⁰ Voir François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 40.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 41.

Sujet à une constante transformation, le contrat est réfractaire à toute essence qu'on tente de lui imposer¹¹². Toute tentative d'interprétation unique du contrat est vouée à l'échec¹¹³. Bien qu'ils adoptent une « définition fonctionnelle du contrat », Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet concluent à l'inexistence d'une constance à partir de laquelle définir le contrat tout en rendant compte de toute sa densité. Ces juristes constatent que :

La notion actuelle de contrat se serait progressivement élaborée [...] le contrat est le produit de l'histoire du monde [...] existe-t-il aujourd'hui dans les États occidentaux eux-mêmes une conception unique du contrat? En réalité les mots hérités du droit romain n'ont pas le même sens, malgré la racine commune. Quant à l'opinion souvent exprimée que le droit des contrats serait fondé sur des valeurs communes, elle a été contestée à partir d'exemples pertinents. Dans l'espace et dans le temps, le contrat est certainement une notion plurielle, même si l'on peut constater des évolutions pertinentes¹¹⁴.

Il est dès lors étonnant qu'adopter une approche du contrat autre que celle reconnue ou dominante débouche sur le thème de la crise. Ce qui suppose que *le contrat* existe et que les changements légaux ou jurisprudentiels qui l'influencent entraîneraient sa disparition. Mais il n'en est rien¹¹⁵, car « "le droit" est à la fois programmé, problématisé et contesté »¹¹⁶. On peut seulement constater qu'il y a plus d'une approche du contrat, parmi lesquelles il est possible de choisir ou de combiner. Chacune pouvant de manière plus ou moins satisfaisante prendre en compte la problématique de la protection de la partie faible. Des techniques juridiques similaires peuvent être mises en œuvre. Cependant, la similarité des mécanismes ne saurait être confondue avec les objectifs, puisque les seconds donnent toute leur signification et leur portée aux premiers. La protection de la partie vulnérable apparaît comme un point transversal, mais le sens et la place qui lui sont donnés ne sont pas les mêmes. L'idée de justice contractuelle, autour de laquelle elle s'est cristallisée, est une notion passablement obscure qui ne permet pas toujours de saisir ces

¹¹² Voir Alain CAILLÉ, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, supra, note 1. L'auteur indique, à propos du contrat, « qu'il est de son essence en somme de contrevenir toujours à toute essence qu'on tenterait de lui imputer » (p. 27). Le même constat est opéré notamment en droit public et administratif par Didier TRUCHET, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », dans Loïc Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 186; il en est de même pour Marcel A. SINKONDO, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration », (1993) *RTDciv.* 239 et s.

¹¹³ Voir Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement*, 4^e édition, Tome 1, Paris, LGDJ, 2013, p. 35 et s. et p. 55-56.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 36.

¹¹⁵ Georges Rouhette faisait à son époque état des risques d'enfermement du contrat dans les méandres du consensualisme. Il remarquait que la tentation de mettre de côté l'accord de volonté était grande dans la mesure où la définition même de cet accord varie avec les auteurs, « ce qui pourrait jeter un doute fâcheux sur son "essence" ». Voir *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, supra, note 77, p. 572.

¹¹⁶ Voir *L'État providence*, supra, note 31, p. 30.

différentes nuances¹¹⁷. Toute chose qui doit être prise en compte afin de faire ressortir, au court de nos développements, toute la complexité du sujet.

Le mode de démonstration. Deux axes peuvent être utilisés pour déterminer la démarche à suivre afin de reconnaître l'existence d'une norme de protection de la partie vulnérable et les conditions dans lesquelles elle doit être prise en compte par le droit. Il s'agit des approches réaliste et

¹¹⁷ Et ce d'autant que de nombreuses études qui prétendent s'appuyer sur la justice contractuelle, même dans une perspective vis-à-vis du volontarisme, ne précisent pas toujours nettement leur positionnement idéologique, se contentant de faire appel à un vaste ensemble de règles positives et de principes permettant de justifier leur position. Voir Jean-Pascal CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », (2003) 1 *Revue des contrats* 27-34. Pour l'auteur, qu'ils soient ou non clairement exprimés, les conflits entre auteurs traduisent le plus souvent une divergence idéologique qui ne dit pas toujours son nom. Nous mettrons en lumière quelques illustrations de ces oppositions idéologiques sous-jacentes et non-dites dans les visions du contrat qui interviennent dans le cadre de la protection de la partie vulnérable. Cependant, il ne faudrait pas tomber dans le piège inverse qui consiste pour la théorie générale à se couper de la pratique, des réalités contractuelles et du droit positif. Voir à cet égard Jean-Guy BELLEY, « La théorie générale des contrats : pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 *C. de D.* 1045-1058.

idéaliste¹¹⁸, étant entendu que « de chaque type se dégagent la forme du juste et le régime convenant à ses modalités »¹¹⁹. Deux angles d'analyse qui aideront à rendre compte de manière intégrale de l'idée de justice contractuelle puisqu'elles permettent d'harmoniser et d'incorporer les différents aspects intervenant dans la protection de la partie vulnérable. Cette dernière s'étant

¹¹⁸ D'autres axes de lectures auraient pu être envisagés. C'est ainsi que nous excluons d'emblée le recours à la théorie des droits de l'homme et à la notion de dignité humaine pour justifier l'idée de justice contractuelle qui sous-tend la protection du contractant faible ou vulnérable. Non pas que la question ne présente pas d'intérêt en matière contractuelle. Pour une analyse plus générale des liens entre le *Code civil du Québec* et la Charte des droits et libertés, voir Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013. Pour une étude récente et détaillée sur le contrat dans le contexte français, voir Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2013. Si nous évacuons cette théorie, ce n'est pas seulement à cause du champ déjà vaste de notre étude parce qu'il nous semble que la sauvegarde de la dignité humaine ne paraît pas être un aspect fondamental de la protection du contractant, surtout si l'on prend comme point de départ la prolifération des contrats d'adhésion et, plus largement, des rapports contractuels déséquilibrés comme outils du capitalisme économique contemporain. Ceci ne veut pas dire qu'il faille nier l'apport éventuel de la théorie des droits de l'homme et la Charte des droits et libertés au Québec en droit des contrats. Ceux-ci sont d'ailleurs présentés par Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA comme des « valeurs imminentes du droit tout entier, qui imprègnent de plus en plus le droit contractuel de principes supérieurs tels que l'égalité entre les individus et l'intégrité physique de la personne humaine. ». Voir *Les obligations, supra*, note 34, p. 131; Pierre-Olivier LAPORTE, « La charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T* 287; France ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *R. du B.* 1; Louis PERRET, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121; Pierre-Gabriel JOBIN « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357. En ce qui nous concerne, il ne nous est pas apparu que ce rôle soit déterminant ou même qu'il soit souhaitable d'étendre la portée de la théorie des droits de l'homme au contrat. Tout ce qui est possible n'étant pas forcément nécessaire, surtout dans un contexte où l'opposition entre les intérêts des parties ne permet plus à elle seule de comprendre la complexité de la relation contractuelle. Or, le rôle que l'on serait tenté de reconnaître à cette théorie en matière contractuelle est intrinsèquement lié à la vision du contrat que l'on adopte en lien avec celle du marché. À cet effet, Christophe JAMIN signale que « bien plus, ce droit des droits de l'homme me paraît être en parfaite adéquation avec ce modèle du marché en prônant, comme lui, une vision atomistique de la société : à l'atome constitué par l'agent économique, qui doit être en compétition avec tous les autres (que l'on songe à la prohibition des ententes), lui répond en écho l'atome formé par le sujet de droit, qui revendique ses droits contre tous les autres ». Voir « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat, supra*, note 1, p. 16-17; Christophe JAMIN « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhail Xifaras et Gregory Lewkowics (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 174 et s. Toutefois même en France, la dignité humaine a déjà été présentée comme un fondement possible et pertinent de la protection du contractant. Voir Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, supra*, note 10. Au sein de la jurisprudence, le recours à la Charte des droits et libertés peut effectivement fonder la protection des personnes vulnérables. Voir à cet effet, sur l'exploitation financière de la vulnérabilité d'une personne âgée dans le cadre d'une relation contractuelle : *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.Q. 961 (C.A.); en matière de contrat de travail et du droit à la santé, à la sécurité et à la dignité du salarié : *Desgagné-Bolduc c. Provigo Distribution Inc.*, [1997] R.J.Q. 1622, spéc. paragr. 157 (C.S.); le refus de renoncer à la liberté de religion dénoncé dans un contrat : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551; pour atteinte à la vie privée par une restriction de résidence portée au contrat de travail : *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844. Pour une comparaison récente en droit français et québécois dans laquelle l'auteur montre que malgré le caractère fuyant de la notion de dignité, elle peut jouer un rôle dans la protection des intérêts des parties. Voir Jérémie TORRES CEYTE, « Le droit des contrats à l'épreuve de la dignité en France et au Québec : de la protection à la direction des contractants », (2013) 47 *R.J.T.UM.* 167-193.

¹¹⁹ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, p.16.

développée sans une véritable logique d'ensemble¹²⁰, cette étude sera l'occasion de saisir le droit des contrats comme un tout¹²¹. Même si les niveaux et les formes de protection s'expriment de diverses manières, ils restent en interdépendance. Nous verrons que par opposition à une approche de la protection de la partie vulnérable fondée sur la moralité contractuelle (première partie), l'idée de relation en offre une tout autre perspective (deuxième partie).

Première partie : La protection de la partie vulnérable tirée de la moralité contractuelle

Deuxième partie : La protection de la partie vulnérable issue de la notion de relation

¹²⁰ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, n°74 et s. En France, voir les analyses de Frédéric BÉRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2007; Nathalie SAUPHONOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000.

¹²¹ On pourrait aussi parler d'une perspective holistique dans le sens du grec *holos* : le tout. Une approche intégrative repose sur un tel paradigme et suppose qu'une vision holistique de l'être humain est possible.

Première partie : La protection de la partie vulnérable tirée de la moralité contractuelle

Aborder la vulnérabilité à partir de l'idée de moralité contractuelle n'est rien d'autre qu'en rendre compte sous l'angle volontariste. Il s'agit de savoir comment celle-ci y est problématisée, quelles formes et stratégies en sont issues et les principes et critères de protection du contractant vulnérable. Celle-ci repose sur une approche formelle et abstraite de la justice qui vise principalement à donner aux parties les moyens d'exercer leur liberté et de défendre leurs intérêts¹²². La protection est opérée d'une part à partir du regard posé sur la situation du contractant vulnérable (Titre I). D'autre part, elle renvoie au contrôle du comportement et des obligations de la partie en position de supériorité afin de sanctionner les abus (Titre II). La délicatesse de la distinction entre la protection de la partie vulnérable en raison de son infériorité et en considération de la position de force de son cocontractant peut sembler difficile à saisir. Elle est pourtant profonde. En effet, comme d'autres l'ont déjà montré, le contrat met aux prises des acteurs dont les spécificités doivent être prises en compte en termes d'exigences de protection¹²³. Ces deux angles d'analyse permettent surtout de mieux identifier les déplacements opérés au sein de la théorie volontariste afin d'intégrer le besoin de protection du contractant vulnérable.

¹²² Voir Nicole CHARDIN, *Le contrat de consommation et l'autonomie de la volonté*, *supra*, note 21.

¹²³ Georges BERLIOZ envisage le contrat d'adhésion du côté de l'adhérent par l'étude de la notion d'adhésion, et, du côté du stipulant, par l'analyse de la notion de stipulation, ce qui lui permet de rendre adéquatement compte de la position et des intérêts des deux contractants : le fort et le faible. Voir Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, p. 42 et p. 107. Cela dit, cette distinction ne doit pas toujours être entendue de manière péjorative. Ainsi, un mécanisme juridique peut servir les intérêts du plus fort dans la mesure où cela lui évite de se retrouver dans une situation désastreuse, notamment au plan financier. C'est par exemple le cas avec certains pouvoirs unilatéraux en matière de prix ou de négociation. Voir les analyses de Philippe JESTAZ, « Rapport de synthèse », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 97-99.

Titre I La moralité contractuelle, source de la protection du contractant en raison de sa vulnérabilité

Faisant la synthèse de la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Marcel Fontaine remarque que « le phénomène de la protection de la partie faible est partout dans le droit contemporain des contrats »¹²⁴. Si l'affirmation est avérée, il faudrait ajouter que la protection offerte au contractant varie avec la forme que prend sa vulnérabilité. Dans le cadre de la moralité contractuelle, elle est envisagée de manière individualisée et intervient dans un cadre précis et limité. Elle est donc appréhendée essentiellement sur le plan individuel. À ce niveau, la nature de la vulnérabilité du contractant est de deux ordres : inhérente et relative¹²⁵. La vulnérabilité du contractant est d'abord conçue comme un obstacle à l'exercice de la liberté contractuelle. C'est en vue de rétablir celle-ci que le juge ou le législateur pourra intervenir et faire appel à des règles protectrices¹²⁶. La prise en compte de la vulnérabilité du contractant au sens individuel du terme a eu pour effet de remanier les principes du volontarisme libéral et individualiste (Chap. 1). Toute chose qui n'a pas été sans un impact concret sur les techniques de protection des parties lors de la phase de formation du contrat (Chap. 2).

¹²⁴ Voir Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 615.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 616. La distinction a été reprise dans certaines études, voir notamment Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, *supra*, note 10, p. 335-360.

¹²⁶ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra* note 95, 14.

Chap. I La vulnérabilité du contractant saisie sur le plan individuel

Notre objectif dans ce chapitre est de montrer que non seulement la vulnérabilité du contractant n'est pas une réalité ignorée de l'approche volontariste et individualiste des contrats, mais qu'elle apparaît au cœur même de cette théorie. Un constat qui ressort de l'analyse détaillée de la nature et des contours de la vulnérabilité du contractant (Sect. I) et de leur effet sur la compréhension du principe de la liberté contractuelle (Sect. II)¹²⁷.

Section I Nature et contours de la vulnérabilité du contractant

La nature de la vulnérabilité du contrat dépend pour une large part de celle du contrat en cause (paragraphe I) et ses contours sont tout aussi variables (paragraphe II).

Para I La nature de la vulnérabilité du contractant

A La vulnérabilité inhérente

Définition. La vulnérabilité inhérente existe en dehors de la qualité de contractant, bien que ce dernier en subisse les effets. Cette forme de vulnérabilité est interne, intrinsèque et propre à l'individu. Comme le mentionne Bjarne Melkevik, cette « vulnérabilité est donc consubstantielle à la personne humaine »¹²⁸. Et « est *inhérente* la faiblesse du cocontractant, dont l'état de développement mental, en soi, ou le niveau de connaissance dans la matière du contrat s'avère insuffisant pour porter un jugement éclairé sur la portée des engagements respectifs »¹²⁹. Elle porte sur les qualités intellectuelles ou la faculté de porter un jugement réel et clair. La vulnérabilité inhérente est celle qui a trait à la personne même du contractant et qui découle de ses caractéristiques. Elle ne présente pas de lien avec son environnement. Ces vulnérabilités sont faciles à repérer et elles sont communes. Il s'agit principalement de celles qui sont liées à l'âge,

¹²⁷ Notre objectif n'est pas de donner une description très détaillée de la vulnérabilité du contractant, puisque d'autres l'ont déjà fait. Voir Laurent BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, *supra*, note 10. Il s'agit pour nous d'en présenter les grandes lignes afin de la situer par rapport à la vision du contrat qui sous-tend les mécanismes juridiques de protection de la partie vulnérable qui en résultent.

¹²⁸ Voir Bjarne MELKEVIK, « Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit », dans *Considérations juridico-philosophiques*, *supra*, note 18, p. 7

¹²⁹ Voir Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 616.

au handicap mental, à la maladie. Le contractant vulnérable de manière intrinsèque renvoie en principe au régime des personnes incapables.

La vulnérabilité inhérente dans les différents codes civils au Québec : le régime des incapacités.

Au sein du Code civil du Bas Canada, dont on ne discute plus les orientations purement libérales et le dogme de l'autonomie de la volonté sur lequel il reposait¹³⁰, le codificateur n'avait pas été insensible à la situation de faiblesse de certaines catégories de personnes, notamment les enfants ou les personnes majeures inaptes¹³¹. Il en est de même pour le Code civil de 1994. Les régimes de protection tels que la tutelle ou la curatelle mis en place au profit du mineur¹³² ou du majeur inapte, afin de leur substituer une personne ou de leur accorder une assistance notamment dans le cadre de leur engagement contractuel¹³³. La présence de ces régimes est la preuve que l'approche volontariste et individualiste du contrat n'est pas indifférente à la situation des personnes faibles et vulnérables. Une position qui trouve sa justification principalement dans la morale. En effet, comme le note un auteur à propos de la protection juridique des personnes incapables :

Derrière le mot incapacité se profile la faiblesse humaine avec ses diverses facettes : l'enfant, le vieillard, le malade, le handicapé, l'idiot, le pauvre type, le fou, l'exclu social, le clochard, le surendetté, l'alcoolique, le drogué, etc. Aussi, dans le droit des incapacités y a-t-il de puissants et nobles sentiments : la solidarité et la miséricorde, la pitié, l'entraide et l'amour, la compassion et le combat contre la cupidité, contre l'exploitation de la faiblesse d'autrui, contre la domination des puissants et contre la déchéance de ceux qui sont fragiles. Le droit des incapacités [...] a un souffle immense : l'amour du faible, du petit et de celui que la vie a broyé¹³⁴.

C'est également dans cette logique que s'inscrit le volontarisme individualiste dans la mesure où il ne permet pas qu'une personne privée de ses facultés ou diminuée puisse s'engager contractuellement ou sans aucune précaution particulière. Le contractant est protégé en tant qu'il ne peut pas suffisamment exprimer sa volonté ni donner son consentement. La vulnérabilité

¹³⁰ Bien que selon certains auteurs, « le droit québécois n'a jamais endossé cette doctrine dans toute sa rigueur ». Voir Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, n°84, p. 141.

¹³¹ Voir les articles 985 et 986 du C.c.B. C.

¹³² Voir les articles 177 et s. portant sur la tutelle au mineur.

¹³³ Voir pour l'ouverture d'un régime de protection au majeur, voir les articles 256 et les articles 285 et s. C.c.Q. portant sur la tutelle du majeur et les articles 281 et s. C.c.Q. concernant le régime juridique du majeur en curatelle. Les articles 291 et s. C.c.Q. prévoient quant à eux les règles applicables au majeur assisté par un conseiller. Pour le cas spécifique des personnes âgées, voir Marie Annick GRÉGOIRE, « Ces fous qui dérangent », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 41-57.

¹³⁴ Voir Philippe MALAURIE, *Les personnes : La protection des mineurs et des majeurs*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2014, n°493, p. 222.

inhérente implique que la personne du contractant soit protégée contre elle-même dans la mesure où elle est dépourvue complètement, partiellement ou temporairement, d'intelligence et de discernement. Les régimes de protection ont été mis en place afin de substituer ou assister le contractant. Il est clair que sans la capacité de contracter, la rencontre des volontés devient impossible. Dans un sens plus large, les dispositions de l'article 1398 C.c.Q. mettent l'accent sur l'aptitude à s'engager contractuellement. Elles précisent que : «Le consentement doit être donné par une personne qui, au temps où elle le manifeste, de façon expresse ou tacite, est apte à s'obliger ». Or, la maladie, l'âge, les conditions sociales et économiques constituent autant de fragilités qui en empêchent l'expression libre et réelle. Cela étant, la vulnérabilité du contractant ne se réduit pas au régime des incapacités.

La vulnérabilité inhérente irréductible à l'état d'incapacité. Il ne faudrait pas se méprendre sur le lien entre la vulnérabilité inhérente et l'inaptitude d'une personne au plan juridique. En réalité, cette forme de vulnérabilité peut également se retrouver chez le contractant tout à fait apte. Aussi, il n'existe pas de lien nécessaire entre la vulnérabilité inhérente et l'état d'incapacité de l'individu puisque la faiblesse des capacités intellectuelles n'en est pas l'unique caractéristique. Il peut arriver qu'une personne majeure et apte se retrouve dans une situation de vulnérabilité inhérente, spécialement lorsqu'une partie ignore certains éléments essentiels du contrat. Il en va ainsi de celui qui se méprend sur les dispositions légales applicables à son contrat¹³⁵ ou à une partie de celui-ci¹³⁶ ou encore, lorsque le contrat est soumis à un régime juridique étranger¹³⁷. Le contractant peut être vulnérable, non plus pour des causes objectives qui lui sont inhérentes, mais du fait de son comportement. Dans ces conditions, la vulnérabilité inhérente du contractant relève de « la légèreté (incurie, insouciance, paresse) avec laquelle certaines personnes

¹³⁵ Voir à cet égard en matière de droit de la consommation, *Dell Computers Corp. c. Union des Consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, paragr. 65. Notons qu'avec le nouvel article 11.1 de la Lpc, le consommateur ne peut plus se voir imposer une clause d'arbitrage.

¹³⁶ C'est le cas avec la clause externe. Elle renvoie plus largement à celle contenue dans un document extérieur et qui est nulle dans les contrats d'adhésion et de consommation conformément à l'article 1435 C.c.Q. si elle n'a pas été portée à la connaissance de l'adhérent ou du consommateur au moment de la formation du contrat. Et dans la jurisprudence, les documents extérieurs les plus divers sont visés, dans le cadre d'un bail, *Fairview Pointe-Claire Leaseholds Inc. c. Café suprême F. et P.*, J.E. 2000-1458 (C.S.); concernant des transactions survenues autour d'une convention sur l'usage d'une plage, *Domaine de la Rivière-aux-Pins Inc. c. Plage du Lac St-Joseph Inc.*, J.E. 2002-1734 (C.S.).

¹³⁷ Certaines dispositions du Code civil interdisent justement la référence à une loi étrangère, notamment dans le contrat d'adhésion ou de consommation, surtout si ce choix a pour effet de priver le consommateur de la protection qui lui est accordée, voir en ce sens l'article 3117 C.c.Q.

s'engagent dans un contrat, ou dans les passions qui peuvent les motiver »¹³⁸. D'une manière générale, la vulnérabilité inhérente met l'accent sur la personne du contractant, et spécialement sur sa capacité à défendre ses intérêts. À ce titre, elle apparaît comme étant « le propre des sujets qui n'ont pas de cuirasse suffisante pour évoluer sans danger tant dans la société que dans la norme juridique »¹³⁹. La vulnérabilité est alors considérée comme « la conséquence de l'état d'une personne qui la rend plus fragile que les autres, qui ne lui permet pas de se défendre convenablement »¹⁴⁰. Par conséquent, le contractant vulnérable est celui qui n'est plus dans les conditions psychiques, intellectuelles ou morales lui permettant de sauvegarder ses intérêts. Pour ce faire, il faut être en pleine possession de ses moyens mentaux et intellectuels. La vulnérabilité inhérente renvoie plus largement à l'ignorance, au manque de connaissance ou au défaut d'expérience d'un contractant. Une situation que l'on retrouve notamment chez le consommateur et qu'on ne peut pourtant pas assimiler à un incapable.

La distinction nécessaire entre les incapables et le consommateur. Il n'est pas toujours simple de déterminer avec précision la figure du contractant intrinsèquement vulnérable surtout dans un contexte d'échanges de masse. Cette difficulté naît de la confusion opérée entre la notion de consentement et celle de capacité. En effet, si l'incapacité du mineur, du majeur en curatelle ou sous tutelle va de soi, encore qu'elle n'est pas illimitée¹⁴¹, les choses ne sont pas toujours aussi simples. En fait, l'incapacité d'une catégorie de personnes peut résulter du seul effet de la loi. Il en allait ainsi des femmes sous le Code civil du Bas Canada. Maurice Tancelin note à cet égard que :

La société industrielle du XIX^e siècle prévoyait en effet la protection de la personne inapte à défendre ses intérêts, 986 c.c.B.c. Cette protection se traduisait par une déclaration d'incapacité de principe contre les personnes physiquement inaptes, enfants en bas âge et handicapés mentaux, et contre les personnes mises socialement, politiquement et économiquement en état d'infériorité, les femmes mariées en Occident, parfois jusqu'au dernier tiers du XX^e siècle¹⁴².

¹³⁸ Voir Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuel. Comparaisons Franco-Belge*, supra, note 9, p. 616.

¹³⁹ Voir Frédérique COHET-CORDEY (dir.), « préface », *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 9.

¹⁴⁰ Voir Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, supra, note 10, p. 335.

¹⁴¹ Voir les articles 156 et 157 C.c.Q. qui prévoient que dans certaines situations, le mineur sera considéré comme un majeur et, dans certains cas, les actes posés sont annulables, voir l'article 162 C.c.Q.

¹⁴² Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, p. 95.

Aujourd'hui, la question se pose de savoir si le consommateur est l'objet d'une vulnérabilité semblable, dans la mesure où la protection de ce dernier s'est développée dans le sillage de celle des incapables. En effet, comme le souligne encore Maurice Tancelin :

La société de consommation du XX^e siècle a récupéré la notion de protection et a transformé subtilement son objet en l'appliquant socialement et économiquement à la totalité des personnes physiques, les consommateurs des deux sexes. Mais tout ce monde fait maintenant affaire avec des personnes morales ou avec d'autres entités à formes variées comme les compagnies à numéro. Cette nouvelle protection collective s'ajoute à la protection individuelle des enfants et des handicapés¹⁴³.

Le consommateur ou l'adhérent peut, à certains moments et selon les mêmes critères, se retrouver dans une position pouvant être assimilée à la vulnérabilité inhérente. En outre, certaines règles de protection du consommateur laissent penser que celui-ci est traité au même titre qu'un incapable, soit en lui accordant une trop grande protection¹⁴⁴, soit par l'établissement en sa faveur d'une présomption de faiblesse¹⁴⁵. Des mesures proches d'un régime de protection des mineurs qui a fait dire que « le consommateur est un majeur que son contrat replace en état de minorité »¹⁴⁶. À notre sens, la vulnérabilité inhérente ne vise pas le contractant en tant que tel, ou plutôt ne le concerne que dans la mesure où il s'agit d'un être humain, non directement pris dans sa qualité de contractant. Mettre l'accent sur l'âge, les facultés mentales ou intellectuelles ne concernent en rien directement la qualité de contractant, mais vise plus globalement l'individu en tant que tel. C'est dans ce sens qu'il convient d'isoler les notions d'incapacité de celui du consentement, afin d'opérer une meilleure distinction de leurs rôles respectifs dans le régime de la protection du contractant vulnérable.

¹⁴³ *Ibid.*, n°106.1, p. 95-96.

¹⁴⁴ D'ailleurs, certains auteurs se demandent si le consommateur n'est pas quelques fois surprotégé. Voir Anne SINAY-CYTERMANN, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels déséquilibrés. Comparaisons Franco-Belge*, supra, note 9, p. 259 et s.

¹⁴⁵ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, supra, note 62, p. 61 et s. Mais la *Loi sur la protection du consommateur* est-elle vraiment d'essence volontariste? La question est traitée en majorité dans la doctrine d'un point de vue formelle à travers celle de l'autonomie de cette loi par rapport au *Code civil du Québec*. Voir Benoît MOORE, « Autonomie et dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1; Pierre-Claude LAFOND, « Le *Code civil du Québec* et la *Loi sur la protection du consommateur* : un mariage de solitudes », (2009) 58 R. du B. Can. 407. Mais il semble en dernière analyse que, pour prendre parti sur la possibilité de fusionner ou non la *Loi sur la protection du consommateur* et le *Code civil du Québec*, il faut commencer par se demander si les deux législations relèvent d'une approche du contrat commune ou simplement compatible. Voir en ce Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 123-144.

¹⁴⁶ Voir Jean CARBONNIER, *Les obligations*, 20^e éd., Paris, Thémis, 1996, n°3; Philippe MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle », dans *Mélanges Cabrillac*, Paris, Dalloz-Litec, 1999, p. 195.

La vulnérabilité des personnes majeures et capables : l'approche objective du consentement.

La protection du consommateur ne relève pas de la logique du droit des incapacités, mais repose sur la nécessité de protéger les intérêts ou les attentes légitimes de celui-ci, considérant qu'il a par ailleurs la pleine possession de ses facultés intellectuelles et mentales. Il s'agit donc d'apprécier objectivement, non sa capacité juridique, mais le consentement des deux parties¹⁴⁷. La capacité est un élément du consentement. Toutefois, elle ne suffit pas pour conclure à un consentement éclairé et réel. La protection de l'incapable relève d'une approche subjective du consentement consacrée dans la vision volontariste qui s'y accommode assez bien. Cependant, elle n'intègre pas suffisamment la dimension objective du consentement reconnue par l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Il y ressort que, pour l'appréciation du consentement du consommateur, il faut tenir compte des conditions des parties, des circonstances de conclusion du contrat et des avantages qui en résultent¹⁴⁸. Plus largement, le droit de la consommation apparaît en grande partie comme un ensemble de règles objectives de protection qui octroie des droits au consommateur. Ses détracteurs y voient un droit des incapables. Pourtant, une telle perspective n'est pas l'apanage de ce seul droit, puisque d'autres corps de règles opèrent sur le même registre et accordent des faveurs à des catégories d'individus, et personne n'y voit pour autant la consécration d'un droit des incapables¹⁴⁹. La difficulté à défendre ses propres intérêts et à prétendre ainsi à la liberté de la volonté est liée à des aspects intrinsèques à la personne du contractant protégé. Néanmoins, il arrive que la qualité de l'engagement ne soit pas au rendez-vous à cause de la relation établie avec le cocontractant. On dit alors que sa vulnérabilité est relative. Cette autre forme de vulnérabilité va également poser de nouveaux défis à l'approche volontariste du contrat.

¹⁴⁷ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec, supra*, note 79, n°134, p. 153.

¹⁴⁸ Les dispositions légales permettent de ne pas confondre l'incapable du consommateur puisque ce n'est pas le sujet qui est visé mais bien l'objet du contrat. Ainsi, l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* dispose que : « Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante ». L'article 9, quant à lui, prévoit que : « Lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur ».

¹⁴⁹ Voir les commentaires de Guy RAYMOND, « Le solidarisme en droit de la consommation », dans *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), Paris, Économica, 2004, p. 110.

B. La vulnérabilité relative

Définition. La vulnérabilité du contractant est dite relative lorsqu'il n'est pas totalement ou partiellement en mesure d'exercer ses droits en raison de la relation contractuelle ou du lien établi par les parties¹⁵⁰. Cette forme de fragilité vise les cas dans lesquels la liberté de la volonté ne présente pas les qualités requises pour la conclusion d'un contrat juste et équilibré. Les sources d'une telle fragilité résident dans le lien noué avec son cocontractant. Ainsi, une des parties n'est pas apte à défendre ses intérêts et de s'engager librement, en toute connaissance de cause, étant donné la dissymétrie de force, de pouvoir ou de moyens entre les parties. L'une est plus puissante ou plus compétente que l'autre. La question est alors de savoir quel type de puissance est ainsi visé. Sans reprendre le débat sur la distinction entre pouvoir et puissance¹⁵¹, il faut simplement prendre acte de ce que l'une des parties est dans une position d'infériorité, tandis que l'autre peut librement exercer sa liberté et influencer la formation et le contenu du contrat. Dans ce cadre, « le contractant faible peut être parfaitement conscient de ce à quoi il s'engage, mais il doit accepter les clauses léonines que son partenaire lui impose, car il n'a pas le choix »¹⁵². La vulnérabilité relative a pour figure principale le contrat d'adhésion et le contrat de consommation. Il n'empêche qu'elle renvoie plus largement aux rapports contractuels déséquilibrés. Il existe des pans entiers du droit qui reposent sur la prise en compte de cette forme d'inégalité de pouvoir. C'est le cas des relations de travail, du contrat d'assurance, du bail résidentiel ou encore du droit de la consommation¹⁵³. Le résultat est quelques fois similaire à celui de la vulnérabilité inhérente, puisqu'une partie se voit imposer de l'extérieur la volonté de son partenaire. L'inégalité qui en

¹⁵⁰ L'expression est utilisée par Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, *supra*, note 10, p. 342 et s. Christophe BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, *supra*, note 10, p. 29 et s.

¹⁵¹ Selon le petit Robert 2014, le pouvoir se définit comme étant le fait de disposer de moyens permettant une action. Il est tout à la fois la faculté, la possibilité ou la capacité d'agir. Il renvoie en outre à la permission de faire chose. Il s'exerce dans le mandat donnant à une autre personne la capacité légale d'agir. Par ailleurs, il peut se traduire par l'ascendance ou la domination exercée sur une personne ou un groupe. En général, dans le cadre de la capacité, le pouvoir résulte d'une autorisation ou d'une habilitation légale ou contractuelle. Ce qui ressort très bien des règles de l'administration du bien d'autrui dans lesquelles on peut recevoir le pouvoir d'agir d'une autre personne ou, comme dans le cas du mineur ou du majeur protégé, par l'effet de la loi. La puissance renvoie quant à elle à l'état d'une personne ayant le pouvoir ou la force pour agir. Elle est moins le pouvoir lui-même, que la traduction concrète de celui-ci. Le pouvoir exerce sa puissance au travers des lois et des sanctions. Voir Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *supra*, note 5, p. 12 et s.; Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Économica, 1985.

¹⁵² Il faut entendre le terme léonine dans le sens de clauses déséquilibrées. Voir Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 616.

¹⁵³ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, p. 174-185.

résulte implique une disparité de pouvoir et de puissance de négociation entre les deux contractants dans le sens où un contractant a une ascendance sur l'autre¹⁵⁴. Ainsi, comme dans le contrat d'adhésion, « si l'une des parties est en mesure d'imposer à l'autre des conditions contractuelles préétablies à son avantage, c'est que l'autre partie se trouve, par rapport à elle, en position de faiblesse »¹⁵⁵. En fait, la vulnérabilité du contractant peut être la conséquence d'un déséquilibre de pouvoir résultant de l'état de faiblesse propre au contractant. Ce qui provient soit de la position de force de son cocontractant, soit de la position de dépendance ou du besoin dans lequel se retrouve le contractant faible. La vulnérabilité relative du contractant naît donc de la dissymétrie de forces entre les parties, qui elle-même engendre le déséquilibre économique et informationnel.

L'inégalité de forces ou le pouvoir unilatéral de contrainte. La vulnérabilité relative implique la possibilité d'exercer sur l'autre un pouvoir ou une contrainte. Elle est de « celle qui affecte le consentement du contractant faible dans sa composante de liberté. Celui-ci n'est pas à même de négocier au mieux de ses intérêts parce qu'il n'est pas réellement libre d'accepter ou de refuser. L'acceptation a évidemment une portée limitée, car elle émane d'une personne qui n'a pas les moyens de refuser »¹⁵⁶. Bien que Guy Couturier envisage ici les relations contractuelles employeur-employé, rien n'empêche de considérer cette forme d'infériorité dans le cadre des relations adhérent-stipulant, puisque le second peut imposer sa volonté au premier. C'est bien sur ce type de vulnérabilité que repose la définition du contrat d'adhésion de l'article 1379 C.c.Q. dont les critères principaux sont l'absence de faculté de négociation ou de discussion d'une partie et la contrainte dans laquelle elle se retrouve d'accepter ce qui a été préparé par l'autre, pour son compte ou selon ses instructions¹⁵⁷. L'infériorité du contractant porte donc sur sa capacité à

¹⁵⁴ Voir Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, *supra*, note 10, p. 342.

¹⁵⁵ Voir Paul-Henri DELVAUX, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 78.

¹⁵⁶ Voir Guy COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 148.

¹⁵⁷ Pour le caractère abusif d'un avis de 30 jours contenu dans un contrat de distribution qualifié de contrat d'adhésion, voir *Yaskawa Motoman Canada Ltd. c. Bercar Electronics Ltd.*, 2004 QCCS 46982 (CanLII), paragr. 86-95; pour un cas dans lequel toute possibilité de négocier le contrat intervenu avec la banque était exclue, voir *Caisse c. Centre de réadaptation Lisette Dupras*, 2006 QCCS 1351 (CanLII), paragr. 84-88; pour un contrat de service informatique entièrement rédigé par une partie, voir *Informatique EBR inc. c. Hewlett-Packard (Canada) inc.*, 2007 QCCS 1941 (CanLII), paragr. 36-37.

négocier ou à modifier le contrat. En fait, c'est l'inégalité des forces en présence qui permet de conclure à l'impossibilité par l'une des parties de négocier les stipulations essentielles.

L'imposition des stipulations essentielles. Pour que le contrat soit qualifié d'adhésion, il faudrait que les stipulations essentielles aient été imposées. Cette notion de « stipulations essentielles » n'est toutefois pas facile à définir. Elle renvoie aux principaux droits et obligations prévus dans le contrat¹⁵⁸. Il faudrait aussi « y inclure des éléments contractuels qui ne constituent pas des obligations en tant que telles, comme les clauses de non-garantie, les clauses d'exclusion, ou de limitation de responsabilité ou, en droit des assurances, les clauses d'exclusion du risque ou les clauses de suspension de garanties »¹⁵⁹. Dans tous les cas, les clauses non négociées doivent donc être d'une certaine importance et être considérées comme des obligations principales¹⁶⁰. Au reste, il peut arriver que, malgré la négociation d'un élément important tel que le prix, le caractère d'adhésion demeure dans la mesure où d'autres stipulations essentielles ne l'ont pas été¹⁶¹. C'est en principe la situation spécifique des parties que le juge doit apprécier. Dans le cas contraire, « les dispositions protectrices du Code civil sur le contrat d'adhésion risqueraient de n'avoir guère de portée réelle et pratique si, au contraire, on donnait aux mots "stipulations essentielles" le sens strict des quelques éléments caractéristiques du contrat concerné »¹⁶². La nécessité d'une interprétation large se justifie d'autant plus que, dans le cadre du contrat d'adhésion, l'adhérent est souvent dans l'impossibilité de négocier ou de modifier l'ensemble des termes du contrat. Or, dans un environnement juridique où les règles applicables portant sur le contrat d'adhésion, en dehors du petit régime qui lui est consacré, sont finalement celles tirées de la définition volontariste du contrat adoptée en 1994, on voit difficilement comment une interprétation large serait possible et cohérente sans rompre avec la perspective individualiste qui y domine. Il faudrait par ailleurs que l'adhérent ait été dans l'impossibilité de négocier.

¹⁵⁸ On devrait d'ailleurs y voir une certaine redondance car le terme même de « stipulation » signifierait imposer. Didier LLUELLES et Benoît MOORE rappellent en ce sens la définition donnée par Paul-André Crépeau. Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, n°197, p. 100.

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ Pour un cas dans lequel le délai a été considéré comme stipulation essentielle, voir *Nepean Carleton Developments c. Hope et al.*, [1978] 1 R.C.S. 427.

¹⁶¹ Selon Brigitte LEFEBVRE, la négociation d'un loyer dans le cadre du bail n'empêche pas d'en arriver à conclure à un contrat d'adhésion. Voir Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 442, 447. Didier LLUELLES et Benoît MOORE donnent quant à eux l'exemple de la négociation des redevances dans un contrat de franchise alors que les stipulations qui font l'essence même de ce contrat ne l'ont pas été. Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, n°199, p. 101.

¹⁶² Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, p. 99.

L'impossibilité de négocier. Il arrive que la négociation de certains aspects essentiels soit suffisante pour la qualification de contrat d'adhésion, tels les honoraires dans un contrat de gestion d'immeubles¹⁶³. Néanmoins, il peut arriver que l'existence d'une discussion sur un élément essentiel tel que le prix soit insuffisante à conclure à un accord de gré à gré¹⁶⁴. En tout état de cause, les dispositions n'ayant pas fait l'objet de négociation (ou une telle possibilité n'ayant pas été offerte,) visent aussi bien les composantes faisant partie de la définition même du contrat (le prix, l'objet, la cause) que ceux qui interviennent dans le contenu du contrat, notamment de son étendue ou de la garantie de qualité dans la vente d'un véhicule, par exemple¹⁶⁵. En fait, l'impossibilité de discuter librement les clauses du contrat lors de sa formation n'est rien d'autre que la conséquence du pouvoir qu'a la partie en position de supériorité d'imposer les stipulations essentielles. C'est parce que celles-ci ont été arrêtées unilatéralement sans que l'autre ne puisse pas les discuter. La définition du contrat d'adhésion repose donc entièrement sur l'absence de négociation. Une impossibilité de négocier a pour corolaire la stipulation par l'une des parties du contenu du contrat à l'autre. Une chose est d'avoir été dans l'impossibilité totale de négocier, et l'autre chose est d'en avoir eu l'opportunité. Telle est la distinction faite par le législateur.

La prise en compte de la faculté de négocier. Au sens de l'article 1379 C.c.Q., ce n'est pas tant la réalité de la négociation qui importe que la possibilité qu'a eue l'une des parties de le faire. En ce sens, les commentaires du Ministre mentionnent qu'« on évite ainsi que de véritables contrats de gré à gré ne soient interprétés comme des contrats d'adhésion simplement parce qu'ils n'ont pas été négociés, alors qu'ils auraient pu l'être »¹⁶⁶. La jurisprudence abonde dans le même sens et ne reconnaît pas la qualification de contrat d'adhésion si le prétendu adhérent avait eu une opportunité réelle de négociation qu'il n'a pas utilisée¹⁶⁷. Le contrat d'adhésion suppose par

¹⁶³ Voir *Services immobiliers Pierre Leblanc inc. c. Bouchard*, J.E. 2000-140 (C.Q.).

¹⁶⁴ Voir *Gagnon c. Hydro-Québec*, J.E. 2005-2052 (C.S.).

¹⁶⁵ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, p. 98; Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », *supra*, note 161.

¹⁶⁶ Voir Gil RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice – Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 837.

¹⁶⁷ L'absence de lecture du contrat peut entraîner le refus de la qualification du contrat comme un contrat d'adhésion, voir *Centre du Camion Gamache Inc. c. Bolduc*, J.E. 2000-241 (C.Q.), p. 9-10 du texte intégral; *Entreprises L.T. Ltd. c. Aubit*, [1995] R.L. 110 (C.Q.); *Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*, [1996] R.D.I. 508 (C.A.), p. 6.

conséquent une dépendance complète¹⁶⁸. C'est pourquoi la seule présence de forces inégales ou le manque de négociation du contrat ne suffit pas, encore faut-il que, dans les faits, le contractant n'ait pas eu l'occasion de négocier les clauses importantes ou essentielles. Cela dit, cette exigence n'est pas sans présenter quelques dangers pour les contractants vulnérables principalement parce qu'elle pourrait manquer de réalisme. Si la codification du contrat d'adhésion suppose bien la prise en compte du contractant vulnérable, la sanction du non-exercice de la faculté de négocier, sans en jauger concrètement la portée, traduit l'influence de la logique individualiste sur la compréhension du contrat. En effet, il appartient aux parties de défendre leurs intérêts et de négocier au mieux. Le contractant perd sa protection s'il ne profite pas de cette faculté de négociation. Encore faudrait-il s'assurer que cette occasion de négociation aurait eu un effet réel sur le contenu du contrat ou les modalités d'exécution des obligations. Dans certaines hypothèses où les juges ont refusé la protection, la situation aurait pu être analysée en termes d'obligation de renseignements ou de conseil. Pour la qualification du contrat, il aurait été préférable de considérer non pas tant la possibilité de négociation, mais son impact sur l'inégalité réelle entre les parties. Quel effet peut avoir une faculté de négocier dans un contexte de déséquilibre contractuel? Au lieu de postuler que chacun doit défendre ses intérêts, il aurait fallu reconnaître à l'encontre du cocontractant en situation de force, l'existence d'obligations positives au profit de son cocontractant. Une protection accrue du contractant vulnérable justifie d'éviter d'étendre la faculté de négocier, à l'exigence de faire une demande d'informations ou encore à la possibilité de discuter le contenu du contrat¹⁶⁹. Dans le cadre du contrat de cautionnement, par exemple, quelle portée donner à l'obligation de renseignement du créancier, lorsque sa mise en œuvre est soumise à l'exigence faite à la caution d'en faire la demande? Une condition d'autant plus problématique lorsque le créancier est un professionnel faisant face à un profane qui ne saisit pas toujours la portée de son engagement¹⁷⁰. Dans ces hypothèses, la possibilité de négocier est

¹⁶⁸ Il y a contrat d'adhésion lorsque finalement l'adhérent n'a pas la possibilité de négocier les stipulations essentielles. Lorsque cette faculté existe, le contrat est de gré à gré. Ce qui importe est que la volonté du stipulant soit « une application générale sans modification majeure des conditions essentielles du contrat et d'autre part, l'intention de l'adhérent de se soumettre, sans possibilité de discussions, aux termes et conditions stipulées ». Voir *Walsh & Brais inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.), paragr. 238.

¹⁶⁹ Toute la question est de savoir quelles sont les stipulations qui doivent être qualifiées d'essentielles. De plus, si la faculté de négociation existe, cela ne signifie pas forcément que la négociation influencera la formation ou le contenu du contrat de manière significative. Voir *Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*, J.E. 96-8160 (C.A.), p. 6 du texte intégral. Dans cette affaire, la cour a refusé la qualification de contrat d'adhésion parce que le sous-traitant avait une faculté de négociation qu'il n'a pas utilisée. Notons que la position n'aurait pas été la même si le lien contractuel avait été envisagé sous l'angle de l'obligation de renseignement au profit de tous les sous-traitants.

¹⁷⁰ Pour un cas dans lequel les codébiteurs n'ont pas compris qu'ils demeuraient liés par une dette contractée solidairement alors que la banque n'envoyait les correspondances qu'à l'un d'entre eux, voir *Lacharité c. Caisse*

purement fictive vu le rapport déséquilibré des forces en présence¹⁷¹. Ainsi que le rappelle un auteur : « l'inégalité des forces en présence lors de la formation du contrat, si elle ne permet pas en soi et *a priori* de conclure à un contrat d'adhésion, peut néanmoins servir de facteur dans l'appréciation concrète de la possibilité de négocier le contrat »¹⁷². C'est en grande partie dans ce sens qu'il faudrait interpréter l'élargissement de la sphère des contrats d'adhésion et favoriser la protection de celui-ci¹⁷³.

Le contrat d'adhésion : une catégorie purement formelle de contrat. De prime à bord, le contrat d'adhésion et le contrat négocié reposent sur deux définitions diamétralement opposées. Le premier exclut toute égalité et implique l'existence d'une situation profondément déséquilibrée, tandis que le second table sur l'accord entre contractants en principe égaux. Pour pertinente qu'elle soit, cette distinction entre le contrat d'adhésion et le contrat de gré à gré n'est pas aussi importante qu'il paraît. Il ne faudrait pas y voir une distinction de principe, mais formelle¹⁷⁴. En effet, le contrat est défini au sein du *Code civil du Québec* en référence à l'accord de volonté, avec pour figure principale le contrat de gré à gré. Cependant, la différence avec le contrat d'adhésion est de pure forme car la définition de ce dernier n'est utile qu'à titre de critère de classification des catégories de contrats. À la différence des contrats qui se forment de manière consensuelle, il y en a qui opèrent par simple adhésion¹⁷⁵. On se serait attendu à ce qu'un véritable corps de règles soit établi pour ce contrat spécifique. Il n'en est rien. Elle demeure, non sans contradictions, sous le régime général du contrat de gré à gré¹⁷⁶. Un choix qui traduit surtout le désir de fédérer

populaire Notre-Dame de Bellerive, [2005] R.J.Q. 1408 (C.A.), paragr. 43-53; dans le même sens, *Caisse populaire Immaculée-Conception c. 2855-5431 Québec inc.*, J.E. 96-531 (C.S.). Même lorsque le débiteur est un profane, l'obligation d'information du créancier n'est pas « une obligation de résultat, en vertu de laquelle le créancier est tenu d'assurer la compréhension exacte que la caution doit avoir des renseignements fournis ». Voir *Caisse populaire Desjardins de Neuville c. Jean-Hugues Paré et Louise Paradis*, [1999] R.L. 125 (C.Q.), paragr. 9.

¹⁷¹ Voir *Hydro-Québec c. Surma*, [2001] R.J.Q. 1127 (C.A.), paragr. 64-71.

¹⁷² Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, p. 97. Voir dans le même sens, Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », *supra*, note 161, 439.

¹⁷³ Il existe un débat portant sur la prise en compte ou non du rapport de forces inégales entre les parties comme critère de formation du contrat d'adhésion. Il y a eu un revirement à cet égard dans la jurisprudence. En effet, la Cour d'appel a d'abord affirmé que la liberté de soumissionner est de l'ordre de la liberté contractuelle. Voir *H. Cardinal construction Inc. c. Ville de Dollard-Des-Ormeaux*, J.E. 87-970 (C.A.), spéc. paragr. 28-29; *Communauté Urbaine de Montréal c. Ciment indépendant Inc.*, [1989] 17 Q.A.C 161 (C.A.), p. 29-30 du texte intégral. Plus tard, elle a élargi le contrat d'adhésion aux appels d'offres. Voir *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.), p. 39-45 du texte intégral.

¹⁷⁴ Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec, supra*, note 79, p. 83 et s.

¹⁷⁵ *Ibid.*, n°87, p. 81 et s.

¹⁷⁶ Voir Adrian POPOVICI, « Le nouveau Code civil et le contrat d'adhésion », dans *Le franchisage, Conférence Meredith 1992*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 137.

le contrat sous un mode de pensée unique : celui du volontarisme individualiste, et ce, même lorsque la réalité à laquelle renvoie ledit contrat ne cadre pas avec les préceptes de ce courant. Qu'en est-il de l'inégalité économique entre les parties, autre visage de la vulnérabilité relative?

L'inégalité économique. L'inégalité économique renvoie à la maîtrise des paramètres du marché uniquement par le contractant en position de force. Elle est surtout la marque de la disparité de puissance entre les parties. En effet :

Le déséquilibre contractuel qu'il convient de corriger trouve son fondement bien souvent dans une inégalité de puissance des parties. La répartition des contractants en deux catégories, les forts et les faibles, à la base des exigences de justice contractuelle, est déduite principalement à partir de leur situation économique et sociale, interprétée comme de purs rapports de forces. Vu sous cet angle, le contrat est perçu comme un instrument de domination en créant des relations de dépendance inégalitaires entre les parties, en laissant des volontés puissantes dominer d'autres volontés moins puissantes, en servant des intérêts au détriment des autres. À cet égard, la dépendance, particulièrement économique, à l'égard d'autrui, est un concept qui joue désormais un rôle crucial [...] ¹⁷⁷.

L'inégalité économique constitue donc une différence notable entre les contractants au niveau de leur pouvoir économique. Le législateur n'a pas directement pris en considération cet aspect de la vulnérabilité du contractant, car la position de monopole ou le non-respect des règles de la concurrence n'intervient pas dans la qualification de contrat d'adhésion. Il est clair pourtant que la pratique des contrats d'adhésion est une chose commune dans les environnements économiques monopolistiques. Les compagnies de distribution du gaz, d'électricité et autres fournisseurs uniques de services publics recourent à l'adhésion pure et simple du client dont la vulnérabilité est accentuée par l'impossibilité de choisir son contractant. Devant ce déséquilibre économique, on est tenté de chercher la réponse, dans une optique volontariste et individualiste, dans le libre jeu de la concurrence pouvant réduire le pouvoir économique du contractant économiquement fort. Chacun étant obligé de respecter la libre concurrence, celle-ci aurait pour effet de réguler le marché. Pourtant, l'influence du libre jeu de la concurrence n'est pas grande en matière d'inégalité contractuelle. Premièrement, telle n'est pas la vocation directe ou principale de la régulation de la concurrence ¹⁷⁸. Deuxièmement, sur le plan purement pratique,

¹⁷⁷ Voir Mustapha El GHARBI, « Justice contractuelle et liberté contractuelle : un rapport problématique », *supra*, note 41, 174.

¹⁷⁸ Voir Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSEAU-VAN-MELLE, « Les contrats d'adhésions et les clauses abusives en droit français », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 35-36. À propos du droit de la concurrence, les auteurs remarquent que « les objectifs qu'il poursuit, et, par

les concurrents sont au fait du contenu des clauses offertes par leurs adversaires et s’y adaptent assez rapidement. Ce qui fait dire que « chaque professionnel est généralement en situation d’imposer à sa clientèle ses conditions générales, ne serait-ce que parce qu’elles sont sensiblement identiques à celles de ses concurrents »¹⁷⁹. Par conséquent, même lorsque la concurrence est présente, rien n’empêche de recourir au contrat d’adhésion, et ce, au moins pour les facilités qui en résultent¹⁸⁰. En réalité, « une infériorité semblable [à celle de l’adhérent] peut naître, même dans un marché concurrentiel, de l’urgence qui interdit à l’autre partie de prendre le temps de discuter ou de faire appel à des concurrents, ou encore la fausse croyance en l’équivalence des conditions offertes par les différents concurrents »¹⁸¹. (Nos ajouts) En réalité, le critère majeur dont il faut tenir compte est la position de puissance économique écrasante de l’une des parties¹⁸². La jurisprudence l’a d’ailleurs reconnue notamment en matière d’appel d’offres¹⁸³ ou dans les contrats de construction¹⁸⁴. D’une manière générale, l’inégalité économique a souvent été prise en compte lorsque les institutions bancaires sont concernées¹⁸⁵, les compagnies d’assurance¹⁸⁶ ou les franchiseurs¹⁸⁷, ou encore les compagnies de distribution

la suite, les règles qu’il recouvre ne correspondent pas nécessairement aux besoins de protection du consommateur » (p. 35).

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸⁰ Quelques fois, le contenu des services soit identique ou passablement similaire, mais systématiquement. Voir Henri DELVAUX, « Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit belge », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, supra, note 9, p.78.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² Voir Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, supra, note 34, p. 100.

¹⁸³ Voir 3051226 *Canada Inc. c. Aéroports de Montréal*, [2008] R.J.Q. 872 (C.A.), paragr. 52 et 54.

¹⁸⁴ Voir *Régie d’assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.); *Gagnon c. Hydro-Québec*, J.E. 2005-2052 (C.S.); *Norclair Inc. c. Ville de Longueuil*, [2003] R.J.Q. 2997 (C.Q.); *Jean-Yves Fortin Soudure Inc. c. Procureur général du Québec*, J.E. 2000-11234 (C.S.).

¹⁸⁵ Voir *Banque Toronto-Dominion c. Bouganim*, 2008 QCCS 241 (CanLII); *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339. Faut-il rappeler le cri du cœur du juge de première instance dans cette affaire : « Impuissant à trouver dans notre droit la solution équitable d’une situation aussi pénible, le tribunal exprime le souhait que nos juristes, chargés de la révision du Code civil, à cette époque où les transactions bancaires courantes s’accompagnent très souvent d’exigences aussi exorbitantes, se penchent sur ce véritable problème social, ne serait-ce que pour restreindre la liberté de passer outre aux dispositions du Code qui se veulent protectrices de la caution, ou pour décréter une certaine limite de temps au recours fondé sur des cautionnements de ce genre quant aux dettes futures du moins » (p. 346).

¹⁸⁶ Voir *Latreille c. Industrielle-Alliance, compagnie d’assurance sur la vie*, 2007 QCCS 6495 (CanLII); *Groupe pétrolier Nirom inc. c. Cie d’assurance du Québec*, [1996] R.R.A. 176 (C.S.); *Promutuel Valmont, société mutuelle d’assurances générale c. Henderson*, [2006] R.R.A. 541 (C.A.); *Wofford c. Boreal Insurance*, [1995] R.R.A. 811 (C.Q.); *Perron c. Compagnie d’assurance canadienne universelle Ltée/Gore générale compagnie d’assurance générales*, [1995] R.R.A. 686 (C.S.).

¹⁸⁷ Voir *Distribution Stério plus inc. c. Télévision J. M. Beaudoin inc.*, 2009 QCCA 315 (CanLII); *Treats inc. c. Sachian inc.*, J.E. 97-728 (C.A.), p. 3-4 du texte intégral.

d'électricité¹⁸⁸. En plus de l'inégalité économique, l'absence ou l'insuffisance d'information est une autre caractéristique importante de la vulnérabilité relative du contractant.

L'inégalité informationnelle. La dépendance économique de l'une des parties est une dépendance de fait. Quelques fois, elle est associée à une dépendance intellectuelle, c'est-à-dire au manque de renseignements ou de connaissances propres à l'objet ou l'étendue du contrat. Cette vulnérabilité informationnelle est au cœur de la distinction entre professionnel et profane. Le technicien, le professionnel ou « l'homme de l'art »¹⁸⁹ est censé à tout le moins maîtriser les rouages du service ou du bien objet du contrat. C'est celui qui détient les connaissances pertinentes sur les tenants et les aboutissants du contrat sans être forcément un expert. C'est la qualité de la décision du contractant qui s'engage qui fait ici défaut. Habituellement, ce sont les connaissances techniques des parties qui sont concernées. L'une des parties ne dispose pas suffisamment d'information, de connaissances, de compétences ou d'éducation lui permettant de saisir la nature, le sens, la portée ou le contenu du contrat. Il importe pourtant qu'elle s'engage en toute connaissance de cause. Comme le mentionnent Baudoin, Jobin et Vézina, « celui qui contracte doit donc avant de s'engager avoir en sa possession les éléments essentiels lui permettant de prendre sa décision »¹⁹⁰. Le manque d'information du contractant n'est pas directement traité dans le cadre du contrat d'adhésion. S'il arrive souvent que les deux éléments soient liés, il n'y a pas de liens intrinsèques entre les deux¹⁹¹. C'est dans cette perspective que le juge d'abord, et le législateur ensuite, ont développé un ensemble de moyens visant à rétablir la qualité du consentement des contractants et portant sur l'information¹⁹². D'ailleurs, la reconnaissance d'une obligation de renseignement est l'une des sanctions juridiques majeures en

¹⁸⁸ Voir pour les contrats de fournitures d'électricité, *Gagnon c. Hydro-Québec*, J.E. 2005-2052 (C.S.); *Hydro-Québec c. Surma*, [2001] R.J.Q. 1127 (C.A.), paragr. 64-71.

¹⁸⁹ Voir *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.), p. 34-38 du texte intégral.

¹⁹⁰ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, supra, note 34, p. 396.

¹⁹¹ Voir *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.), p. 34-38 du texte intégral.

¹⁹² Voir *Assurance-vie Desjardins-Laurentienne inc. c. Société en commandite Les appartements Darce*, J.E. 2000-1987 (C.S.); *Crédit industriel Desjardins inc. c. Moulins Grover Ltée*, J.E. 2001-69 (C.S.); *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.); *Beachcomber Hot Tubs Inc. c. Lapointe*, [2004] R.L. 327 (C.Q.); *Banque de Montréal, c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 587-589. Voir les commentaires de M. PROVOST, « L'arrêt Banque de Montréal c. Hydro-Québec et bail Ltée : réflexions sur l'obligation de renseignement dans les contrats de construction sur de grands chantiers », (1992) 52 R du B. 85; Daniel JUTRAS, « Le tiers trompé (à propos de l'affaire bail Ltée) », (1993) 72 R. du B. 28.

termes de protection de la partie vulnérable, « une des grandes réalisations des tribunaux »¹⁹³. Ce son de cloche est celui de la majorité de la doctrine qui voit dans l'obligation de renseignement et d'information un élément pouvant favoriser un engagement mutuel réel et éclairé¹⁹⁴. C'est dans le cadre de la « nouvelle moralité contractuelle » que le législateur et les juges envisagent la protection de la partie, et ce, d'autant que l'obligation de renseignement est fondée sur l'article 1375 C.c.Q. En outre, l'exigence expresse d'un consentement réel et éclairé à l'article 1399 C.c.Q. permet de saisir l'ensemble du cadre de l'obligation de renseignement. Certes, aucune disposition légale ne fait expressément mention de l'obligation de renseignement¹⁹⁵. Il n'en demeure pas moins vrai que « l'obligation précontractuelle de renseigner le cocontractant repose [...] aujourd'hui sur des assises encore plus solides qu'avant la réforme du Code civil. Le fait qu'on ne trouve pas dans le *Code civil du Québec* de disposition spécifique sur le sujet dans le droit commun des contrats ne saurait être un motif valable pour en nier l'existence »¹⁹⁶. Une fois la nature de la vulnérabilité cernée, il faudrait maintenant s'attarder sur ses contours.

Para II Les contours de la vulnérabilité du contractant

La vulnérabilité du contractant ne s'analyse pas seulement du point de vue de sa nature, elle doit aussi, pour en saisir toute la complexité, l'être sous le triple angle de son intensité, son origine et son étendue. Trois aspects de la vulnérabilité du contractant qui en relèvent les moments, les degrés ou les sources.

L'étendue et l'origine de la vulnérabilité. Le droit des contrats a vu apparaître une nouvelle source de vulnérabilité du contractant découlant de l'émergence d'une nouvelle société : la consommation de masse. Avec la société de consommation, la vulnérabilité atteint un nombre infini de personnes, voire la population dans son ensemble. En effet, les contrats d'adhésion y sont imprimés et distribués en milliers d'exemplaires. Le contrat de consommation traduit cette nouvelle ère contractuelle caractérisée par des rapports contractuels de dépendance et de masse.

¹⁹³ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations supra*, note 34, p. 396.

¹⁹⁴ Voir dans ce sens, Marie Annick GRÉGOIRE, *La bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat, supra*, note 49, p. 34 et s. « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », (2002) 104 R. du N. 173-230; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat, supra*, note 49, p. 166 et s.

¹⁹⁵ Sauf dans les rares hypothèses des contrats de services et d'entreprise à l'article 2102 C.c.Q. et dans le contrat de cautionnement à l'article 2345 C.c.Q.

¹⁹⁶ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations supra*, note 34, p. 397.

Or, plus les contrats d'adhésion et de consommation prennent de l'ampleur, plus la vulnérabilité individuelle du contractant grandit. Comme d'aucuns l'ont noté, « les contrats d'adhésion ont connu depuis un siècle une extraordinaire croissance et de nos jours la majorité des conventions de transport, de fourniture de biens par des services publics (eau, électricité, gaz, etc.), d'assurance, de service sont des contrats d'adhésion »¹⁹⁷. En réalité :

Déjà courants au début du siècle, ces contrats sont aujourd'hui, au moins pour les particuliers, la manière normale de conclure un contrat de quelque importance. Les opérations d'assurance, de transport, de banque, les ventes spécialement à crédit, les prestations de services divers fournies, par exemple, par les garagistes, les blanchisseurs et teinturiers, les agences de voyages ou les hôtels, sans parler des contrats de travail¹⁹⁸.

À ceux-ci, il faudrait ajouter les millions de transactions en ligne présentant des conditions générales à accepter ou à refuser avec un niveau d'abstraction un cran plus élevé¹⁹⁹. Certes, tous les contrats ne sont pas d'adhésion ou de consommation, mais la majorité des échanges économiques relève bien de l'une de ces deux catégories²⁰⁰. D'ailleurs, c'est sur la généralisation des contrats déséquilibrés qu'il convient de s'attarder. Celle-ci se manifeste à plusieurs égards : « général au regard des personnes concernées, le recours à des conditions contractuelles préétablies l'est aussi au regard des types de contrats – vente, assurance, entreprise, location, ...- et des biens ou des services qui sont l'objet de ces contrats. Il se pratique tant dans les marchés monopolistiques que concurrentiels, pour des biens ou des services aussi vitaux – fournitures d'eau ou d'énergies – que superflus »²⁰¹. La vulnérabilité du contractant qui en découle a pris naissance et a accompagné le développement dans une nouvelle ère économique. Georges Berlioz ne note-il pas que « le capitalisme industriel fit naître le contrat d'adhésion »²⁰²? Le contrat d'adhésion est d'abord un sous-produit de l'industrialisation de la société. L'étendue et l'origine

¹⁹⁷ *Ibid.*, note 34, p. 94-95.

¹⁹⁸ Voir Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSEAU-VAN-MELLE, « Les contrats d'adhésions et les clauses abusives en droit français », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 2.

¹⁹⁹ La démocratisation d'internet est certainement l'un des visages que prend aujourd'hui l'économie de masse si l'on considère le nombre hallucinant de transactions qui s'y déroule à la minute. Voir Charlaïne BOUCHARD et Marc LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 *R.G.D.* 373.

²⁰⁰ Voir W. David SLAWSON, « Standard Form Contracts and Democratic control of Lawmaking Power », (1970-71) 84 *Harv. Law rev.* 529. Voir également dans le même sens, Karl Heinz NEUMAYER, *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, *supra*, note 2.

²⁰¹ Voir Paul-Henri DELVAUX, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels déséquilibrés. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 76-77.

²⁰² Voir *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, p.15.

de la vulnérabilité nous ont permis d'en saisir l'ampleur et la source. Il faudrait maintenant en analyser l'intensité.

L'intensité de la vulnérabilité du contractant. Plus le degré de vulnérabilité est grand, plus la protection du contractant se justifie. L'ampleur avec laquelle elle se manifeste constitue un élément important de sa compréhension. Au sein des contrats marqués par le déséquilibre, la vulnérabilité du contractant est d'autant plus intense qu'elle apparaît telle une infériorité durable, permanente et qui s'installe dans la durée. Elle peut relever de la structure d'ensemble du contrat. Lors de la formation du contrat d'adhésion, l'adhérent accepte en bloc, sans pouvoir de négociation. Le contrat étant revêtu de la force obligatoire, l'adhérent se trouve obligé de respecter tout le contenu contractuel sans possibilité de modification. La faiblesse du contractant ne met pas alors seulement en cause les conditions matérielles du contrat, elle mine en profondeur le principe matriciel sur lequel le droit des contrats était jusqu'alors construit : la liberté contractuelle et la volonté des contractants. La vulnérabilité du contractant remet surtout en cause sa volonté. Cette vulnérabilité installe entre contractants une différence fondamentale entre une partie en position de force et une autre en position de faiblesse et c'est sur cette réalité que naît et dure le contrat. Toute chose qui expose les adhérents à de multiples formes d'abus. Toute chose qui permet de constater que « ces abus sont d'autant plus graves que le consentement apparent de celui qui donne son adhésion au contrat s'applique fréquemment à des conditions générales dont il n'a pas une connaissance, ou tout au moins une compréhension, réelle »²⁰³. La vulnérabilité du contractant peut connaître, malgré tout, des variations dans le temps.

Les moments de vulnérabilité du contractant. Tout au long du contrat, l'adhérent peut rester en position de vulnérabilité, et ce, de la phase précontractuelle à la phase post-contractuelle en passant par les phases d'exécution et d'extinction. L'appréciation de la gravité de la vulnérabilité dépend des différentes phases du contrat. Il arrive que certains adhérents se retrouvent en situation de force une fois le contrat signé. Ce qui fait dire à des auteurs qu'« une situation de faiblesse peut n'exister de manière significative qu'à certains moments plutôt qu'à d'autres. Une

²⁰³ Voir Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSEAU-VAN-MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, supra, note 9, p. 9.

personne en position d'infériorité au moment où elle négocie la conclusion d'un contrat se trouve parfois en meilleure posture dans la suite »²⁰⁴. Les exemples permettant d'illustrer un tel propos sont nombreux. Pensons à la faculté de résiliation unilatérale et sans motif du contrat d'assurance dont bénéficie l'assuré, alors même que ce type de convention est un contrat d'adhésion par excellence. L'interdiction faite aux fournisseurs de téléphonie cellulaire d'imposer des pénalités de résiliation dans certains contrats en constitue une illustration. Il en est de même des régimes de protection mis en place par le législateur qui, dans certains cas, mettent le contractant en situation de faiblesse dans une position plus avantageuse. Dans le bail résidentiel, le locataire bénéficie d'une grande protection légale une fois les lieux loués et occupés²⁰⁵. La *Loi sur la protection du consommateur* reconnaît à ce dernier nombre de privilèges, notamment la possibilité de se rétracter ou l'usage d'un contenu précis par le stipulant. Plus largement, avec le développement et la pratique de l'ordre public de protection, il apparaît que l'intensité et la gravité de la faiblesse du contractant varient en fonction des phases, mais surtout en fonction de la nature du contrat²⁰⁶. Certes, l'intensité de la vulnérabilité du contractant est moins forte à certains moments du contrat qu'à d'autres²⁰⁷. Cependant, on ne saurait oublier que, dans les faits, les contrats qui sont pré-rédigés par des professionnels peuvent contenir des clauses de pouvoir unilatéraux et privilèges au profit du stipulant. Comme le notent Jacques Ghestin et Isabelle Marchessaux-Van Melle :

Le Doyen Carbonnier a observé que la partie faible reprendrait un certain avantage en fait lors de l'exécution du contrat en raison de son contact direct avec l'objet. Mais le versement des acomptes, le jeu des clauses pénales et les limitations de responsabilité se conjuguent pour maintenir, à ce moment, les rédacteurs des contrats d'adhésion dans une situation privilégiée. Il a ajouté que dans nombre de cas ces derniers "ne poussent pas à l'extrême le droit qu'ils auraient de se prévaloir" de ces clauses draconiennes. Il est permis cependant de contester ce paternalisme commercial qui, de

²⁰⁴ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre- Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, p. 617.

²⁰⁵ Voir l'article 1893 C.c.Q. qui stipule qu' : « est sans effet la clause d'un bail portant sur un logement, qui déroge aux dispositions de la présente section, à celles du deuxième alinéa de l'article 1854 ou à celles des articles 1856 à 1858, 1860 à 1863, 1865, 1866, 1868 à 1872, 1875, 1876 et 1883 ».

²⁰⁶ D'ailleurs, cet ordre public s'est largement développé dans les contrats caractérisés par la faiblesse d'une partie. Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 1; Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, p. 1053-1063 et p. 1084-1100.

²⁰⁷ Il est vrai que la compagnie d'assurance a quelques fois recours à des experts et procède à des examens et autres formes de vérification, cela ne réduit pas totalement l'aléa moral. En fait, l'assuré peut souvent être tenté de tirer avantage d'une meilleure connaissance de la nature et des caractéristiques du risque. Voir André BÉLANGER et Joelle MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », (2009) 50 C. de D. 37-75.

toute façon, aggrave l'infériorité de la partie la plus faible lors de la discussion d'un règlement amiable et qui, au surplus, ne joue guère lorsque les intérêts en jeu sont vraiment importants²⁰⁸.

C'est sur cette remarque que nous pouvons conclure, de l'analyse de l'origine, de l'étendue et de l'intensité de la vulnérabilité du contractant, que les causes de celle-ci lui sont à la fois internes et externes. Il est vrai que la vulnérabilité résultant de la société de consommation révèle davantage sa dimension collective. Nous y reviendrons dans la deuxième partie de notre étude. Dès à présent, notons que cette dernière influence la vulnérabilité du contractant saisie sur le plan individuel. D'ailleurs, les réponses offertes par le droit s'inscrivent pour une bonne part dans une perspective individualiste et volontariste. Avant d'aborder les techniques juridiques qui en ont résulté, il paraît indispensable de prendre le pouls de l'impact de la notion de vulnérabilité sur les préceptes qui régissent cette vision du contrat²⁰⁹.

Section II L'influence de la vulnérabilité d'une partie sur la vision volontariste du contrat : Le déplacement de la limite morale

Le volontarisme contractuel n'est pas indifférent à la vulnérabilité d'une partie. Seulement, traditionnellement, au sein du courant libéral et individualiste qui l'influence, il n'appartient pas au droit d'édicter de manière obligatoire et directe des mesures de protection des individus. Toute chose qui relève de la morale qui doit elle-même être strictement séparée du droit. On assiste alors, au niveau des conventions, au primat de la liberté contractuelle (paragraphe I). Cependant, face aux critiques soulevées par la non-prise en compte de la vulnérabilité de l'individu, ce cloisonnement a été remanié. Sur le plan du droit des contrats, cela s'est traduit par la nouvelle moralité contractuelle qui autorise à faire appel au principe de la bonne foi (paragraphe II).

²⁰⁸ Voir Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSEAU-VAN-MELLE, « Les contrats d'adhésions et les clauses abusives en droit français », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, supra, note 9, p. 9.

²⁰⁹ Voir François EWALD, *L'État providence*, supra note 31.

Para I Bref retour sur l'approche traditionnelle du principe de la liberté contractuelle :
La séparation entre le droit et la morale

Les fondements philosophiques du volontarisme contractuel : l'individualisme libéral. Pour saisir l'impact des transformations de la vulnérabilité du contractant sur les bases du volontarisme, il faut faire un détour vers le contenu de ses fondements philosophiques, notamment le libéralisme et l'individualisme économiques. Ces derniers reposent sur deux principaux principes : la liberté individuelle, ou la suprématie accordée à la condition des individus sur celle de la société et l'autonomie individuelle morale qui signifie que le comportement et les choix des individus sont le résultat d'une réflexion individuelle et non de pensées dictées par la collectivité sociale²¹⁰. Pour autant, la position libérale sur la vulnérabilité des individus a souvent été assimilée aux maximes « laissez-faire » ou « laissez-passer »²¹¹. En fait, le dogme de l'autonomie de la volonté ne serait que le résultat auquel sont arrivées la compréhension et l'interprétation des principes contractuels sous l'influence des doctrines libérales et individualistes issues du capitalisme moderne²¹². Ces idées s'harmonisaient finalement assez bien aux plans philosophique et théorique²¹³. Les liens entre le libéralisme et l'individualisme économiques sont établis, l'un ayant

²¹⁰ Voir Gérald GOLDSTEIN et Najla MISTIGRI, « La liberté contractuelle et ses limites – Études à la lueur du droit québécois », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau, supra*, note 118, p. 209. Voir Louis Dumont, *Homo Hierarchicus*, Paris, Gallimard, 1979; *Essais sur l'individualisme*, Paris Seuil, 1991. Bien qu'on puisse retrouver les mêmes idées maitresses au sein de l'individualisme libéral en général, il convient de préciser que celui-ci est, au plan philosophique, assez complexe et marqué par l'existence d'une multitude de courants comportant eux-mêmes autant de nuances. Ainsi, chez John Locke, on perçoit une forme d'individualisme possessif caractérisé notamment par l'importance accordée à la propriété comme droit individuel. Voir Crawford Brough MACPHERSON, *La Théorie politique de l'individualisme possessif. De Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, 1971. Quant à Friedrich Hayek, considéré comme un néolibéral, il a de son côté développé un genre assez original d'individualisme dans lequel il tente de dégager de manière abstraite et *a priori* les principes d'organisation sociale permettant de comprendre l'action sociale de l'individu à partir de la position de celui-ci. Voir Friedrich HAYEK, « Individualism : True and False » (Vrai et faux individualisme) : prononcé à University College, Dublin, le 17 décembre 1945, originellement édité par Hodge, Figgis & Co., Ltd., Dublin, et B. H. Blackwell, Ltd, Oxford, 1946. Pour le texte publié en Anglais, voir Friedrich HAYEK, *Individualism and economic order*, Chicago Press, 1948. Il a aussi été mis en exergue chez les auteurs, l'existence d'un individualisme libertarien qui repose sur la recherche d'un équilibre entre les forces présentes dans la société autour du lien entre le contrat et le marché. S'ajoute à la liste l'individualisme anarchiste, dans lequel l'individu serait totalement affranchi de la société. Le personnalisme chrétien, autre forme d'individualisme, met l'accent non plus sur l'individu, mais sur la personne humaine avec un corps et une âme en lien avec la collectivité dans laquelle elle évolue. Voir le résumé d'Alain LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, coll. Que sais-je ?, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

²¹¹ Voir l'analyse de François EWALD, *L'État providence, supra*, note 31, p. 53 et 54.

²¹² Louise ROLLAND, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », (2006) 47 C. de D. 13; Alfons BÜRGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », (2000) *RTDciv.* 1; Élise CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *supra*, note 65, 69-91.

²¹³ Voir Louise ROLLAND, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », *supra*, note 212, 13. De la doctrine du contrat social, il en a résulté une approche qui aboutit à la juxtaposition des individus. Comme le rappelle Emmanuel Gounot : « Une autre conséquence, non moins importante de la doctrine du contrat social, c'est

pris appui sur l'autre. Dans son analyse des figures contemporaines du contrat, Louise Rolland résume en ces termes les deux postulats du volontarisme contractuel : « d'abord chaque contrat institue un ordre juridique privé dont les liens à l'ordre étatique sont plus ou moins pénétrants; ensuite, l'ordre contractuel fonde en principe et contrairement au droit dit objectif, des rapports juridiques horizontaux »²¹⁴. Une position qui repose surtout sur une vision abstraite et formelle de la justice.

Une perception abstraite et formelle de l'idée de justice. Dans l'approche volontariste, les parties sont en principe libres et dans ce contexte, le droit n'a pas vocation à déterminer ce qui serait ou devrait être juste puisque la justice est entièrement réalisée par la liberté des individus. Aussi, la seule obligation des parties est-elle de s'assurer que la conduite qu'elles adoptent ne nuit pas aux intérêts de son cocontractant, c'est-à-dire à sa liberté. Ce qui signifie que le droit n'intervient que dans la mesure où il y a une atteinte à la liberté d'une personne. Comme le mentionne François Ewald, « le droit m'impose seulement de vérifier que l'action que je projette respecte le principe de la coexistence des libertés »²¹⁵. Dans la perspective libérale, « un énoncé juridique ne pose pas une règle de conduite, mais une règle de jugement sur une conduite, visant à l'apprécier du point de vue d'une loi universelle de liberté et à décider si l'usage de la contrainte peut être à son égard juste, c'est-à-dire nécessaire »²¹⁶. Dans cette optique, la justice est plutôt une notion formelle qui

ce qu'on pourrait appeler l'"autonomisation" de la société. Si la société humaine n'est qu'un contrat, si elle est l'œuvre libre des volontés individuelles, il s'ensuit que l'individu en est l'élément unique et le seul facteur. Les disciples de Rousseau ne sauront donc voir dans les collectivités humaines que des êtres individuels juxtaposés. Et comme par ailleurs ils sont imbus de l'esprit classique, comme leur pensée habituelle va non pas aux hommes concrets mais à "l'homme en soi", à cet être abstrait qui, semblable à l'unité mathématique ou à l'atome des cosmologies mécaniques, est toujours identique à lui-même, la société se réduira à une collection amorphe d'individus égaux, à une somme d'unités, à un agrégat d'atomes [...] En conséquence, dans la société construite selon les principes du contrat social, on détruira toutes les institutions organiques issues du développement de la vie, tous les groupements engendrés par les communautés d'intérêts et les similitudes de besoins ». (p. 50-51) Et plus loin, le même auteur complète le propos : « en réduisant la société en une poussière inorganique d'atomes individuels, on croira accomplir une œuvre d'affranchissement libre et total de toutes leurs puissances [...] Entre ces atomes sociaux, le contrat strictement individuel restera le seul organe possible de relations juridiques. C'est l'ère de la suprématie du contrat qui commence » (p. 52). Voir Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *supra*, note 22, p. 50 et s.

²¹⁴ Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », *supra*, note 69, 905.

²¹⁵ Voir *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 62.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 63. C'est que le point de départ de l'action humaine est son autonomie. Une idée présente à la fois chez Jean-Jacques Rousseau et surtout dans les écrits d'Emmanuel Kant, d'après l'interprétation que font les juristes de la pensée de ces auteurs. Il convient de garder en tête tout le travail d'interprétation des juristes, puisque la philosophie à laquelle ils s'identifient est souvent plus dense que leur réduction individualiste. En outre, elles ne sont pas forcément le reflet des positions exactes des philosophes auxquels les juristes se réfèrent. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons mentionner le cas de deux auteurs principaux qui ont souvent été mis à contribution afin de témoigner des origines philosophiques de l'individualisme libéral qui imprègne le droit : Jean-Jacques Rousseau et Emmanuel Kant. Chez Jean-Jacques Rousseau, Emmanuel Gounot explique que les préceptes de l'individualisme libéral ne se retrouvent

repose sur « une appréciation abstraite des droits et obligations, indépendamment de toute référence à la situation concrète des parties. Pour une partie de la doctrine, en effet la justice contractuelle doit privilégier un traitement uniforme et indifférencié des contractants. Cette forme de justice est jugée préférable, car elle présente l'avantage d'assurer au contrat stabilité, calculabilité et confiance »²¹⁷. Selon le mode de pensée libérale, le droit est à la fois formel, général et abstrait. Ce sont ces vertus qui en garantissent l'unité et une application stricte des dispositions légales afin de limiter les interventions judiciaires et préserver les libertés individuelles²¹⁸.

La loi comme garante des libertés. Le mot liberté renvoie ici à « l'indépendance, l'«autonomie» des parties contractantes, qui ne se soumettent qu'à ce qu'elles décident sans avoir à respecter les dispositions d'un texte régissant le contenu d'une convention-modèle, ni certaines formes requises aux fins d'un contrôle social de leur activité »²¹⁹. Être libre suppose que le pouvoir du consentement permette de réaliser l'opération contractuelle envisagée. Toute chose qui emporte nombre d'effets, parmi lesquels : le pouvoir de refuser de contracter, la faculté de choisir son partenaire, la possibilité de déterminer la teneur du contrat, et même d'inventer un contrat de toutes pièces²²⁰. Ce schéma idéaliste ne renvoie toutefois pas à la réalité du contrat d'adhésion qui est tout à l'inverse. L'office de la loi consiste d'abord et principalement à garantir le respect des libertés individuelles, non à assurer la protection de certaines catégories de personnes, ou du moins, cette protection doit découler des limites assignées au droit dans la théorie volontariste. Une telle position ne relève pas de l'indifférence à l'égard des individus en situation de vulnérabilité. Elle est plutôt une question de cohérence interne. La relation contractuelle repose toute entière sur le principe de la liberté contractuelle.

pas toujours totalement chez Rousseau. Cependant, la compréhension qui en a résulté et l'état d'esprit des juristes français sont restés marqués par l'individualisme. Voir *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *supra*, note 22, p. 53. Emmanuel Gounot fait une remarque similaire en ce qui concerne l'autonomie de la volonté issue des travaux de Kant, chez qui la notion apparaît « plus complexe qu'on ne la présente d'ordinaire, peut-être la philosophie juridique de Kant était-elle susceptible d'une interprétation moins individualiste. C'est un fait, pourtant, que l'école française a considéré Kant comme le théoricien par excellence de l'individualisme et du libéralisme juridiques » (p. 53).

²¹⁷ Voir Mustapha El GHARBI, « Justice contractuelle et liberté contractuelle : un rapport problématique », *supra*, note 41, 167.

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, p. 17.

²²⁰ *Id.*

Un droit n'ayant pas vocation à imposer des obligations. Sous l'influence de cette doctrine libérale, la protection de la partie vulnérable ne peut être envisagée positivement. La sauvegarde des intérêts du contractant vulnérable par l'injonction d'obligation à son cocontractant apparaît comme étant simplement inconcevable. Il ne faut pas en déduire que, dans la doctrine libérale et individualiste traditionnelle, le sort de l'individu vulnérable est nié. Il n'en est rien. En réalité, il est relégué au domaine moral et il n'appartient pas au droit de contrôler le respect des obligations et devoirs moraux. En effet, dans la perspective volontariste libérale, le droit a d'abord pour objectif d'assurer le respect des libertés individuelles. Si le contrat apparaît comme le lieu du conflit d'intérêts, il serait pour le moins contradictoire de reconnaître des droits au profit d'une partie vulnérable et une fonction de protection au juge, dont le seul rôle est de veiller à la bonne exécution du contrat librement consenti. Le droit ne saurait imposer des obligations à une personne dans le but de protéger les intérêts de son partenaire. Pour le volontariste, le faire serait annuler les effets mêmes de la vocation première de la loi, et donc, réduire la portée de la liberté. Or, le contrat se définit d'abord comme un acte libre. La loi n'intervient que pour permettre aux parties qu'il en soit ainsi! Dans la perspective volontariste et individualiste, on ne peut être en principe positivement obligé à tenir compte de l'autre dans le cadre d'un engagement contractuel. Cette approche du droit prend appui sur quatre termes : universalité, égalité, liberté et immutabilité. Autant d'éléments qui inscrivent le droit dans une logique de responsabilisation.

La responsabilisation des individus, objectif principal du droit. Rien n'est plus inexact que de prétendre, à partir des constats ci-dessus, que l'approche libérale des rapports humains est insensible à la précarité, l'insécurité ou la détresse des individus. En réalité, elle n'envisage cette vulnérabilité qu'à travers les catégories de la responsabilité individuelle et de la liberté. Ce faisant, elle évacue la question du droit à la protection des personnes vulnérables hors de l'ordre juridique. De fait, sur le plan juridique, seul le comportement jugé fautif recevra une sanction du droit et c'est lui qui servira de critère de protection. C'est à travers la sanction de la faute que le droit assure la protection des individus en situation de faiblesse. Il en résulte une séparation nette entre droit et morale. Elle porte davantage sur la sanction sur laquelle repose la règle juridique²²¹. C'est

²²¹ Voir Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4 éd., Paris, LGDJ, 1949. Pour l'auteur, « il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but; il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale. ». (spéc. p. 11). Voir Stéphane DARMAISIN, *Le contrat moral*, *supra*, note 48. Ce dernier estime que cela dépend du type de morale que l'on choisit, car elle peut

à ce niveau que se situe alors l'une des principales différences entre le droit et la morale. En effet, une règle est de nature juridique en principe parce que son non-respect entraîne l'application de sanction d'une nature bien spécifique. Or, telle n'est pas le cas de la règle morale. Comme l'explique Brigitte Lefebvre, « l'existence d'une sanction est souvent retenue pour différencier la morale du droit. Elle est le propre de la règle de droit. Certains feront remarquer qu'on ne saurait nier l'existence d'une sanction à la règle morale, car cette dernière réside dans l'opinion publique et le jugement de conscience de l'individu. La seule différence réside au niveau de la nature »²²². C'est exactement sur cette distinction que repose la vision libérale des relations humaines et contractuelles. Ainsi, il n'est pas de l'office du législateur ou du juge de forcer les parties à tenir compte de la situation de vulnérabilité ou de faiblesse de son cocontractant. Une personne ne peut être obligée à tenir compte de l'intérêt de son vis-à-vis que sur le plan moral. Le droit n'a pas vocation à assurer activement la protection d'une partie, même au nom de la justice, par l'énoncé de règles juridiques obligatoires à l'égard des contractants. Une telle opération nuirait grandement à la liberté et la stabilité contractuelles. Dans la mesure où l'individu est libre et responsable, celui qui est vulnérable ne peut reprocher son état à personne d'autre que lui-même. Certes, il peut susciter la pitié, mais cela ne justifie pas que le juge ou l'État intervienne en sa faveur à l'encontre de son partenaire. En fait, il appartient à la personne vulnérable de prendre des moyens pour sortir de cette situation. Le contractant a le devoir de faire tout ce qui est en son pouvoir afin de surmonter son ignorance, son incompetence ou sa fragilité. En fin de compte, les causes de sa vulnérabilité ne sont pas à aller chercher ailleurs que dans le contractant lui-même. Ce dernier doit faire tous les efforts nécessaires pour surmonter ses faiblesses, ses limites et reconquérir sa liberté. C'est sa responsabilité de s'en donner les moyens. Pour ce faire, la partie contractante doit agir selon les critères d'une personne prévoyante, prudente et diligente. Cette infériorité appelle seulement de sa part une plus grande vigilance et davantage de méfiance. S'il est vulnérable, l'individu ne doit s'en prendre qu'à lui-même. Prétendre attendre du législateur ou du juge une quelconque aide n'a pas de sens dans une perspective libérale. L'intervention du législateur ou du juge dans un tel contexte aurait pour effet d'annuler la liberté des individus et le contractant lui-même abdiquerait par cette intrusion à sa propre liberté. C'est seulement sur le plan moral que se situe une telle possibilité d'aide ou de protection, mais elle ne peut et ne doit

être objective ou subjective. Le fait moral objectif, dans la mesure où il partage le même domaine que le fait juridique, peut faire l'objet de sanction (p. 28 et s.).

²²² Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 24.

pas se traduire en droits sur le plan juridique. Elle ne saurait devenir obligatoire et permettre au contractant, même faible, d'en revendiquer le respect. Une approche de la liberté individuelle que l'on retrouve dans les différents codes civils du Québec.

La philosophie libérale des codes civils au Québec. Le droit civil au Québec s'inscrit en ligne directe de cette philosophie libérale et individualiste. Comme le note le professeur Maurice Tancelin, « le Code civil de 1866 a eu pour programme de supprimer tout ce qui était considéré comme une entrave à la liberté du commerce dans l'ancien droit, la Coutume de Paris [...]. On peut considérer que la Refonte de 1991 a été fidèle à cette attitude résolument traditionaliste, tant du législateur que des juges québécois, dans le siècle et demi qui a séparé les deux codifications du droit civil »²²³. Le Code civil de 1866 avait intégralement inscrit le contrat dans une perspective volontariste, libérale et individualiste²²⁴. Partant, l'idée que le droit n'a pour vocation que d'assurer l'exercice et le respect des libertés des individus est l'une des pierres angulaires du Code civil de 1866, et dans une large mesure, de celui de 1994. En outre, non seulement les juges dans l'interprétation du Code de 1866 semblent être allés encore plus loin que ce que la loi prévoyait, mais encore les mesures d'équité qui ont été prises ont été entendues de manière restrictive, car l'approche volontariste et libérale des contrats était alors dominante. Comme le constate Claude Masse :

Les règles qui ont présidé, dans le Code civil de 1866, à la mise en place du jeu contractuel donnent un rôle prépondérant, sinon unique, à la volonté comme source génératrice de droit. Les codificateurs, et, après eux, les tribunaux ont poursuivi cette ligne de force dans les domaines de l'équité contractuelle, de l'information et de l'exécution des contrats avec une remarquable cohérence²²⁵.

De fait, le Code civil de 1866 repose tout entier sur les postulats de la liberté contractuelle et le dogme de l'autonomie de la volonté, les dispositions d'ordre public y étaient rares et l'intervention du juge autrement que pour valider ce que les parties ont prévu, plus qu'exceptionnelle. Claude Masse note, à propos des parties, que :

Les seules contraintes qui leur sont imposées en dehors des règles relatives au consentement libre et à la capacité de contracter ont trait justement à l'ordre public et aux bonnes mœurs de même qu'au respect des règles que le Code civil déclare lui-même impératives ou que les tribunaux ont

²²³ Voir *Des obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, n°71, p. 85.

²²⁴ Maurice TANCELIN, « Les silences du Code civil du Québec », (1994) 39 *McGill L.J.* 747.

²²⁵ Voir Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 72-73.

jugées telles. Ces deux derniers cas ne visent que trois articles en tout et pour tout. Ces règles dites impératives et auxquelles nul ne peut déroger sont donc très peu nombreuses dans le Code civil de 1866²²⁶.

Dans le même sillage, le même auteur explique que l'adoption sans limites de la liberté contractuelle au sein du Code de 1866 a favorisé l'expansion du libéralisme économique au Québec²²⁷.

Une perspective libérale délibérée de la part du législateur québécois. Le législateur de 1866 avait choisi sciemment d'ignorer la différence existant dans les faits entre les contractants et poser d'une manière stricte et rigide le principe de l'autonomie de la volonté en faisant ainsi un dogme²²⁸. Pourtant, on n'a pas assez précisé que, ce faisant, le législateur ne négligeait pas tant l'idée de secourir un individu en situation de précarité ou de faiblesse, qu'il reléguait cette possibilité au domaine de la morale, et ce, parce que le contrat est d'abord le lieu de la liberté et du conflit d'intérêts. Dans ce contexte, il appartient à chacun de s'armer pour protéger les siens. Avant de devenir le contrat usuel et reconnu par le code qu'il est actuellement, le contrat d'adhésion met les acteurs juridiques dans une situation pour le moins paradoxale. En effet, le dilemme pour le législateur et le juge était de savoir comment prendre en compte cette figure nouvelle sans remettre en cause la stabilité et la sécurité des transactions. Le caractère inédit des contrats d'adhésion ne constituait pas une mince difficulté, notamment pour les juges. Claude Masse note à ce propos que :

On est frappé par un paradoxe. Le droit des contrats a été élaboré [...] à partir de la fiction de la liberté contractuelle. Une fois ce postulat posé, les codificateurs ont fait de la volonté individuelle la loi des parties. Ils ont par conséquent empêché toute intervention judiciaire, que ce soit par la voie de contrôle de l'équité ou par le biais d'interprétations qui iraient à l'encontre du contenu du contrat²²⁹.

Dans la mesure où il faut s'assurer d'un contenu contractuel immuable, c'est en amont qu'il appartient au droit d'intervenir. La théorie des vices de consentement est en parfaite adéquation

²²⁶ *Ibid.*, p. 70.

²²⁷ *Ibid.*, p. 66.

²²⁸ Marquons ici la différence avec la France, où il ne semble pas certain que le législateur de 1804 avait une haute opinion de l'individu au moment de la codification du Code civil, soit dit en passant toujours en vigueur mais profondément transformé dans sa mise œuvre. Une partie de la doctrine estime que c'est l'interprétation du Code civil à partir de la seconde moitié du 19^e siècle qui soumet celui-ci à ce dogme. Voir Jacques GHESTIN, « Le juste et l'utile », (1982) *D. Chr.* 1 37.

²²⁹ Voir Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34, p. 116.

avec cette vision libérale du contrat. Il est alors normal que le droit protège notamment celui qui est dépourvu de ses facultés mentales et intellectuelles. Il y est davantage question de constater l'inexistence des libertés et de l'impossibilité de les faire coexister. En adoptant une position aussi rigide, le droit des contrats laisse de côté de nombreuses catégories de personnes. C'est pour permettre une plus grande protection que la distinction entre morale et droit va évoluer, et ce, au sein même de la doctrine libérale et individualiste telle que les juristes la perçoivent. C'est en élargissant la sphère du droit et en y intégrant les obligations issues de la sphère morale que la sauvegarde des intérêts de la partie vulnérable va dorénavant être envisagée.

Para II La nouvelle moralité contractuelle : le retraçage des frontières de la liberté

L'inadéquation du contrat comme pur accord de volonté. Dans le Code civil du Bas Canada, le contrat était décrit par référence à l'accord de volonté. La même définition volontariste a été reprise lors de la réforme du *Code civil du Québec* en 1994. L'alinéa 1^{er} de l'article 1378 C.c.Q. le définit comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ». Pourtant, la question de l'adéquation d'une telle définition aux rapports contractuels déséquilibrés et inégalitaires demeure entière. Il ne fait pas de doute que lorsqu'une personne s'est engagée contractuellement, elle doit respecter les termes de la convention qui en résulte, et ce, dans la mesure où le contrat reflète ce que les deux parties ont voulu. Les problèmes surgissent en matière de contrat d'adhésion et, plus largement en ce qui concerne les rapports contractuels mettant aux prises des contractants en situation de déséquilibre. Il est marquant de constater que cette définition volontariste du contrat ne tient pas compte de la nécessité de l'adapter à une société dans laquelle les réalités économiques et sociales sont de plus en plus complexes et rapides²³⁰. Une complexité qui a fait apparaître encore plus nettement les contractants ne pouvant pas négocier le contenu de leur contrat. De plus, la vulnérabilité du contractant résulte à la fois des caractéristiques qui lui sont propres et de celles qui découlent de la relation contractuelle²³¹. La problématique de la protection du contractant

²³⁰ Le droit est appelé à composer avec la complexité de la réalité qui présente une multitude de composantes et de facettes dont il n'est pas toujours évident de rendre compte. Pour une analyse complète, voir *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot (dir.), Presses Universitaires de Rennes, 2007.

²³¹ Voir le résumé de Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 616.

vulnérable conduit rapidement à la remise en cause des principes volontaristes sur lesquels repose toujours la définition du contrat²³².

La nécessité d'une réponse volontariste à la vulnérabilité du contractant. Aborder la question de la vulnérabilité du contractant renvoie à la problématique des rapports entre l'approche volontariste du contrat et le développement des contrats d'adhésion, des contrats non négociés, et des contrats types. Reprendre une telle étude peut donner l'impression de redites et de répétitions, car depuis la fin du 20^e siècle, tout a semblé-t-il être dit concernant l'inadéquation du volontarisme contractuel face aux nouveaux défis posés par les rapports contractuels déséquilibrés²³³. Pourtant, lorsque ces questions sont traitées, il y a une tendance à réduire l'individualisme juridique à partir duquel le Code civil a été interprété²³⁴ aux maximes « laissez faire, laissez passer » de la doctrine libérale²³⁵. Ces boutades se traduisent elles-mêmes par une approche rigide des principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et du respect de la parole donnée. Cette conception a donné lieu à de nombreuses iniquités à l'égard notamment du contractant vulnérable qui pouvait se voir imposer toutes sortes de clauses excessives et exorbitantes sans que les juges n'estiment nécessaire d'intervenir²³⁶. Les tribunaux étaient alors dépourvus de moyens juridiques favorisant une action protectrice appropriée. Ils n'étaient pas capables d'apporter des solutions adéquates liées aux inégalités de force et au déséquilibre entre les parties, notamment lors de la négociation du contrat²³⁷. Une approche du

²³² Voir la remarque d'André BÉLANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli du volontarisme : L'exemple du contrat de cautionnement », (2006) 47 C. de D. 431; Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, n°61, p 59 et s.

²³³ Sans prétendre à l'exhaustivité, voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, supra, note 49; Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, supra, note 5; Francis LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de la volonté*, Paris, LGDJ, 2004; Christophe BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, supra, note 10; Stéphane DARMAISIN, *Le contrat moral*, supra, note 48; Olivier LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, supra, note 2; Laurence FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, supra, note 45.

²³⁴ Voir Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit de la consommation », dans Pierre Claude LAFOND (dir). *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 79, p.67; Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 34, p. 59.

²³⁵ Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », supra, note 69, 910.

²³⁶ Voir en ce sens quelques décisions de l'approche restrictive des pouvoirs reconnus au juge spécialement en matière de prêt d'argent : *B.P. Canada Lté c. Traders Finance Corp.*, [1970] C.A. 653; *Simard c. Royer*, [1975] C.S. 124; *Construction St-Hilaire Ltd. c. Immeubles Fournier Inc.*, [1972] C.A. 35 inf. pour d'autres motifs par [1975] 2 R.C.S. 2; *Banque Nationale c. Brousseau*, (1932) 70. C.S. 167; *Boutin c. Corporation de finance Belvédère*, [1970] C.A. 389; *Beneficial Finance c. Morasse Corporation de finance*, [1972] C.A. 846.

²³⁷ Voir *H. Cardinal Construction inc. c. Dollard-Des-Ormeaux (Ville de)*, J.E. 87-970 (C.A.); *Montréal(Communauté urbaine de) c. Ciment indépendant inc.*, J.E 88-1127 (C.A.); *Construction C-2000 Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1995] R.L. 185 (C.S.).

contrat qui a pourtant connu quelques transformations avec l'adoption de nombreuses mesures proprement volontaristes, visant à protéger le contractant vulnérable, au nom d'une plus grande justice contractuelle²³⁸. L'importance de la liberté contractuelle a été réduite par d'autres impératifs²³⁹, ceux-ci ayant une connotation fortement morale²⁴⁰. Il convient de préciser que la relation entre le volontarisme et les idéaux libéraux n'a rien de nécessaire.

La fausse corrélation entre volontarisme contractuel et idéaux libéraux et individualistes. Le lien a souvent établi entre le volontarisme contractuel et les contrats déséquilibrés. En effet, en occultant les seconds, la définition volontariste du contrat aura joué un rôle non négligeable dans le développement de l'économie capitaliste. Toute chose qui ne met pourtant pas suffisamment en exergue les apports du volontarisme. Il importe pourtant de faire ressortir de manière positive ce que le volontarisme contractuel aura été ou est en matière contractuelle dans un contexte dominé par les relations déséquilibrées²⁴¹. Les contrats d'adhésion se déploient dans un contexte économique dominé par les idées libérales et individualistes ayant fortement influencé le droit des contrats²⁴². L'individualisme juridique se traduit en matière contractuelle par l'opposition d'intérêts entre les contractants et l'obligation de chacun de préserver les siens. Cette influence des doctrines libérales sur le droit des contrats est davantage liée à l'utilisation du contrat d'adhésion, des contrats types ou des contrats non négociés par le système économique industriel et capitaliste qu'à ce qu'aurait été véritablement et positivement le volontarisme. Il faudrait plutôt voir le lien entre les deux courants, davantage un rapport d'association que de corrélation : les contrats d'adhésion ayant servi à titre de technique économique dans un contexte dominé par l'individualisme libéral. Le contrat d'adhésion a joué comme instrument ayant rendu possible, du moins facilité l'expansion d'un type d'économie. Ce rapprochement n'a en conséquence rien d'indispensable, ni même de nécessaire. Il n'y a pas lieu de poser d'emblée comme postulat que le volontarisme contractuel constitue une approche du contrat qui implique nécessairement

²³⁸ Voir Maurice TANCELIN, « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », (1978) 30 *R.I.D. comp.* 1009; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », *supra*, note 69, 903.

²³⁹ Voir Gérald GOLDSTEIN et Najla MESTIRI, « La liberté contractuelle et ses limites – Études à la lueur du droit québécois », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, *supra*, note 118, p. 210.

²⁴⁰ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, « Justice et équilibre. La nouvelle moralité contractuelle en droit civil québécois », dans Gilles Goubeau et Jacques Ghestin (dir), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au XX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 29.

²⁴¹ *Id.*

²⁴² Voir Jean-François NIORT, « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lecture d'un symbole national », (2005) *RTDciv.* 273 et s; Alfons BÜRGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *supra*, note 212.

l'opposition d'intérêts entre les contractants. Une telle orientation découle en réalité de l'influence qu'a eue sur lui la philosophie individualiste libérale. La précision est importante, car elle signifie que si le volontarisme s'était développé dans un contexte dominé par un autre courant de pensée, il en résulterait une tout autre approche de la relation entre les parties. Dans le même sillage, il faut mentionner que le dogme de l'autonomie de la volonté est une construction *a posteriori*.

Le dogme de l'autonomie de la volonté, une construction *a posteriori*. Faut-il rappeler que c'est en vue de critiquer la théorie de l'autonomie de la volonté et l'individualisme juridique qui la soutient qu'Emmanuel Gounot l'a du même coup construit²⁴³ ? Comme le note une auteure, « l'absolutisme des principes de l'autonomie de la volonté et de la doctrine économique et libérale a été battu en brèche tout au long du XX^e siècle. Curieusement, c'est à travers leur critique que ces principes furent expressément interpellés au regard de la théorie des contrats »²⁴⁴. Comme le rappelle Véronique Ranouil, l'individualisme juridique « fait de l'individu, considéré comme une volonté libre, abstraite du milieu social, l'unique objet, l'unique fondement et l'unique fin de droit. Il est donc une philosophie de l'homme, une théorie du fondement du droit, et une théorie du but du droit »²⁴⁵. L'objectif du droit étant alors d'assurer en fin de compte l'autonomie de la volonté qui n'est elle-même que le pouvoir de la volonté d'être un organe créateur et producteur de droit²⁴⁶. S'il n'y a pas lieu d'accepter sans recul l'approche volontariste du contrat face au développement des contrats d'adhésion, il ne faudrait pas pour autant accepter les critiques portées contre celles-ci sans faire preuve d'esprit critique. En fait, il y a une manière de rendre compte de la vulnérabilité du contractant et du désir de protection relevant bien de l'individualisme contractuel. Dire qu'il est inadéquat, compte tenu de l'existence des contrats d'adhésion, et se contenter de le critiquer ne suffisent pas. Il faut encore ressortir la positivité et la logique du volontarisme contractuel en ce qui concerne la partie faible même si c'est pour conclure qu'elles sont insuffisantes, inadaptées, non pertinentes, inefficaces, bref,

²⁴³ Voir Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 95. L'auteure montre que Fouillée, sociologue et philosophe, a conceptualisé la doctrine individualiste à la fin du 19^e siècle et comment ses travaux ont eu une grande influence sur les juristes (spéc. p. 89-90). Si la critique atteint son apogée avec Gounot, ce dernier a été précédé de Beudant et Geny qui font déjà référence à l'autonomie de l'être humain ou de la volonté (spéc. p. 91-92).

²⁴⁴ Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », *supra*, note 69, p. 911.

²⁴⁵ Voir *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, *supra*, note 243, p. 139.

²⁴⁶ Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *supra*, note 22, p. 79.

limitées dans un contexte de déséquilibre contractuel. Pour ce faire, il ne faudrait pas pour autant conclure à un volontarisme tempéré, car il n'en est rien, le courant étant toujours aussi dominant.

Le caractère illusoire d'un volontarisme contractuel « tempéré ». Face aux nombreuses critiques dont le volontarisme contractuel fait l'objet depuis le début du XX^e siècle, il en résulte, en ce qui concerne la protection du contractant vulnérable, une double lecture des transformations opérées au sein de l'approche individualiste du contrat. L'une d'elles consiste à mettre l'accent sur les mesures de correction qui ont été mises en place afin d'en adoucir la dureté et la sécheresse, permettant ainsi à ladite théorie de mieux intégrer les situations jusqu'alors insaisissables sous la théorie autonomiste du contrat. Cela expliquerait aisément le développement d'un ensemble de règles donnant lieu ce que d'aucuns qualifient de « volontarisme tempéré »²⁴⁷. On pourrait effectivement s'en tenir à un pareil constat, mais ce serait alors ignorer la dynamique profonde du volontarisme et ses variations internes. Lorsqu'on prétend que le volontarisme s'est quelque peu tempéré en vue d'une meilleure justice contractuelle, cela apparaît comme une excuse, un expédient, comme s'il n'existait pas d'autre façon de caractériser les mutations qui y ont été opérées face au déséquilibre contractuel; ce serait comme si le volontarisme confronté à ses propres effets pervers, menacé dans sa logique propre, avait changé peu ou prou de nature, s'était amendé au point de se contredire; on serait tenté de penser que quelque chose a été ajoutée au volontarisme remettant en cause son fonctionnement interne afin de tenir compte du contractant vulnérable; et que cela, bien qu'insuffisant, était nécessaire pour assurer sa survie, sa crédibilité et le maintenir à flot! Une telle explication ne saurait tenir, du moins, si l'on considère que cette doctrine reste et demeure encore dominante aujourd'hui en matière contractuelle, et ce, depuis plus d'un siècle, malgré les critiques sévères et récurrentes des Gounot et autres²⁴⁸. Cette posture un peu rapide d'un volontarisme tempéré n'est ni satisfaisante ni convaincante principalement parce qu'elle part de

²⁴⁷ Voir Jean-Pascal CHAZAL, « La justice contractuelle », *supra*, note 33, p. 774-775. L'auteur explique que, face aux critiques dont la perception volontariste traditionnelle a fait l'objet, un ensemble de règles a été mis en place en vue de corriger les effets délétères d'une conception trop rigide de la justice contractuelle sous l'angle autonomiste, ce qu'il qualifie de « volontarisme tempéré ».

²⁴⁸ Voir la remarque de Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, p. 60. L'auteur affirme, à propos de l'autonomie de la volonté, que : « si le droit est la science des rapports de l'homme vivant en société, l'individualisme conçu comme un égoïsme sacré n'est certainement pas une façon efficace de protéger l'individu contre ses semblables. Cette conception Robinsoniste, selon l'expression de Gounot, est cependant encore dominante chez les juristes contemporains » (n°61, p. 60); Claude MASSE « Fondement historique du droit québécois de la consommation », dans Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 37.

l'idée, somme toute discutable, de l'existence d'une contradiction dans les termes entre le volontarisme individualiste et la protection du contractant vulnérable. Il n'en est rien!

La pertinence d'un volontarisme contractuel remanié. Une deuxième lecture consiste à envisager le volontarisme contractuel dans toute sa densité, en tenant compte des déplacements et des bouleversements éventuels survenus au sein même de la théorie. Il nous semble que ce second décryptage rend mieux compte des évolutions de cette doctrine, en vue d'y intégrer l'idée de justice contractuelle. En fait, le volontarisme étant dominant, il n'est en lui-même ni tempéré, ni modéré, ni adouci. C'est encore à travers ses différents principes fondamentaux que la protection du contractant vulnérable est ou peut être envisagée, et sous ce prisme-là seulement, même si cela implique des exceptions, des interprétations larges ou restreintes des principes et mécanismes juridiques de protection du contractant vulnérable. Ce n'est donc pas que le volontarisme nie ladite protection. Il ne se corrige pas non plus pour le faire. En fait, lorsqu'on envisage la protection du contractant à travers le volontarisme, on procède nécessairement, car cela ne peut être autrement, à partir des catégories et des logiques qui lui sont propres. Cette protection prend alors des formes qui relèvent du volontarisme. C'est par exemple la raison pour laquelle la bonne foi a beau jeu d'être présentée comme le principal instrument de protection de la partie faible²⁴⁹, il s'agit aussi du principal visage contemporain à travers lequel le volontarisme individualiste se donne aujourd'hui à voir²⁵⁰. Il est important de comprendre que l'identité des moyens juridiques de protection ne doit pas voiler l'objectif et le fonctionnement profond des instruments de protection qui ne sont que la manière d'en rendre compte²⁵¹. La justice contractuelle, dans le sens où l'entend l'approche volontariste et individualiste du contrat, ne se traduit pas tant par une correction de lui-même que par un réexamen de ses principes et règles à

²⁴⁹ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, *supra*, note 49; *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49; « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », *supra*, note 194, 173-230; Brigitte LEFÈVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49; Pierre Paul CÔTÉ et Charles André DUBREUIL (dir.), *La morale et le droit des affaires—Journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Éditions Thémis, 1994; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *supra*, note 69; Jean-Louis BAUDOUIN, « Justice et équilibre. La nouvelle moralité contractuelle en droit civil québécois », dans Gilles Goubeau et Jacques Ghestin (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 29; Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *supra*, note 221.

²⁵⁰ Il ne s'agit évidemment pas de la position de la majorité des auteurs au sein de la doctrine québécoise du droit des contrats.

²⁵¹ Voir Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9. L'auteur mentionne la diversité de moyens et des objectifs de protection de la partie faible (p. 623-640).

l'aune du besoin de protection de la partie vulnérable. En effet, il n'est pas suffisant de dire que le volontarisme a simplement subi des corrections; il faut encore analyser d'un point de vue critique et positif les réponses apportées aux contrats déséquilibrés au sein de cette théorie. On peut tirer de l'approche volontariste de la vulnérabilité du contractant, de nombreux principes et règles protecteurs qui visent principalement le comportement et la conduite du contractant. La question est alors de savoir quel est le type de stratégie mise en œuvre au sein du volontarisme contractuel afin de prendre en compte la vulnérabilité du contractant. Quelle approche de la justice contractuelle en résulte-t-il? La question mérite au moins d'être posée et analysée autrement que par la critique négative du volontarisme contractuel. En fait, l'individualisme contractuel a été abondamment traité pour son incapacité à prendre réellement en compte la faiblesse du contractant²⁵². Pareillement, de nombreuses études portent directement ou indirectement sur la situation de la partie vulnérable qui a été scrutée sous diverses facettes. Paradoxalement, la question de l'approche volontariste de ladite protection, donc de la justice contractuelle, dans sa logique profonde et sa positivité, a été, à notre connaissance, peu analysée en tant que telle²⁵³. Ce qui paraît pour le moins surprenant puisqu'après deux siècles de diatribes constantes à l'encontre de l'individualisme contractuel et du dogme de l'autonomie de la volonté, ceux-ci restent et demeurent les références du droit des contrats et de la théorie générale. Ce succès ne s'explique-t-il pas également parce que le volontarisme a su accommoder ses principes à cette nouvelle exigence?

La reconnaissance de la vulnérabilité des parties dans une approche renouvelée du volontarisme contractuel. La doctrine est unanime quant à la nécessité de protéger le contractant vulnérable. La question est cependant de savoir si la protection de la partie vulnérable doit, dans une perspective volontariste, faire naître des droits. Quel régime juridique doit être mis en œuvre afin d'assurer cette protection? Sur un plan volontariste, la question n'est pas de savoir si ce courant

²⁵² Depuis Saleilles, Gounot, Duguit, en passant par Ranouil, jusqu'aux études récentes, voir la synthèse de Christophe BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, *supra*, note 10.

²⁵³ Jean-Louis Aubert estime qu'une bonne partie du droit de la protection du consommateur doit être réconciliée avec le volontarisme. Il soutient en ce sens que « les techniques législatives de protection des consommateurs qui s'appliquent à la conclusion des différents contrats ne sont pas une contradiction infligée à l'autonomie de la volonté [...] Loin de la contredire, les techniques en assurent au contraire la réalité en ce qu'elles garantissent l'émergence d'une "volonté rationnelle" ». Voir Nicole CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, *supra*, note 21; Mustapha El GHARBI, « Justice contractuelle et liberté contractuelle : un rapport problématique », *supra*, note 41, 165. L'auteur part de l'idée qu'une opposition existe entre la justice et la liberté, ce qui n'est pas forcément le cas.

tend ou non à protéger la partie faible, mais de savoir comment elle procède à cette protection. Pour répondre adéquatement à ces questions sous l'angle volontariste, il faut revenir sur l'influence de la nature et l'évolution du lien entre morale et droit opérées au sein de la philosophie individualiste libérale afin d'en examiner les progressions. Deux aspects doivent être révélés à cet égard. D'un côté, celui du refus de la reconnaissance d'un droit à la protection au profit de la partie vulnérable. D'un autre côté, la difficulté à envisager le principe de l'existence de charges et obligations positives à l'encontre de la partie forte. Pour la doctrine libérale et individualiste, le droit n'a pas pour principale vocation de déterminer positivement les obligations des individus. La manière de penser la protection de la partie faible dans une perspective individualiste ne renvoie pas d'abord au contenu des droits et obligations, mais à la détermination d'une nouvelle limite et de nouveaux critères de protection du contractant vulnérable²⁵⁴.

Le déplacement des frontières de la liberté contractuelle. Dans une critique de l'individualisme contractuel, Christophe Jamin souligne au préalable que « les défenseurs d'une conception libérale du contrat sont contraints d'en renouveler les fondements ou de déplacer les frontières de la liberté »²⁵⁵. En réalité, si ce renouvellement des fondements est quelque peu perceptible, il pose bien des défis, car il peut déboucher sur une remise en cause profonde de toute l'approche libérale. Or, si la théorie peut aisément supporter le déplacement des frontières de la liberté, ceci ne saurait aller jusqu'à mettre en danger ses fondements. C'est pourquoi il s'agit principalement d'un changement par exception, et jamais d'une transformation en profondeur, l'objectif étant de conserver le même paradigme. Pour ce faire, il faut tabler sur la prise en compte au sein de ce courant de cette volonté faible et fragile qui justifie de modifier le rapport entre la loi et la morale. Par la suite, le rôle de la loi et du juge va évoluer. Si le dogme de l'autonomie de la volonté implique justement que le vouloir des parties soit libre de toute entrave, limite ou obstacle majeur qui en empêchent l'exercice, il apparaît aujourd'hui que cette vision a pris acte des inégalités contractuelles. Sur ce point, un double déplacement a été opéré au sein de la théorie volontariste individualiste du contrat : concernant le contractant lui-même et le rapport liberté-loi. La

²⁵⁴ Nous verrons tout au long de notre étude que la différence fondamentale au sein des différentes approches de la protection de la partie faible ne se situe réellement ni dans les principes de protection, ni dans la formulation de la protection, encore moins dans les moyens utilisés afin de protéger la partie vulnérable, elle réside bien plus dans les limites de ceux-ci. En ce sens, de nombreux critères peuvent être retenus, notamment la qualité. Voir l'étude de Cyril NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, Paris, LGDJ, 2002.

²⁵⁵ Voir Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *supra*, note 82, p. 449.

vulnérabilité considérée sur le plan individuel, inhérente et relative à la personne du contractant, doit dorénavant être intégrée dans l'interprétation du contrat. Vulnérabilité face à laquelle il ne peut tout seul apporter des remèdes. En conséquence, la loi doit venir à son secours afin de redonner justement un sens à cette liberté. Comme le rappelle un auteur, « que l'état de vulnérabilité soit présumé ou non, il ne peut être nié. Laisser le contractant qui en souffre se défendre seul contre son cocontractant, c'est au mieux avoir une vision théorique des rapports humains, au pire admettre la violation du principe d'équité »²⁵⁶. D'où la nécessité d'une politique de protection, de la mise en œuvre de moyens juridiques visant à protéger le contractant contre lui-même, son incurie, son incompetence, et contre l'autre, étant donné la disparité des forces économiques en présence. La liberté contractuelle d'une partie en situation d'infériorité n'est plus un acquis, et elle nécessite l'assistance et l'aide de la loi ou du juge pour être réelle. C'est dans ce sens que le droit va multiplier les outils de protection. Certes, dans une perspective volontariste et individualiste, le contractant même vulnérable doit continuer à agir de manière prudente, vigilante, prévoyante et responsable. Néanmoins, cette seule attitude, du moins telle qu'on l'entendait traditionnellement, ne suffit plus. Sur le plan strictement légal, la partie faible a aussi droit à une protection plus organisée. La loi va s'atteler à gérer les modalités d'expression et garantir la qualité du consentement des parties. C'est toute une nouvelle approche de la formation du contrat intégrant davantage la position d'infériorité de l'un des contractants qui va en résulter. À une intervention absente ou très timide²⁵⁷ va se substituer la possibilité réelle pour le législateur ou le juge d'intervenir et de tirer des conséquences du contrat d'adhésion ou du déséquilibre contractuel. Tel est d'ailleurs le nouvel enjeu de la liberté contractuelle.

La vulnérabilité, entrave à la liberté contractuelle. Dans la mesure où la vulnérabilité du contractant empêche la volonté de celui-ci de s'exercer, il est normal que la vision volontariste en tienne compte. Or, la vulnérabilité tant inhérente que relative du contractant nuit à l'exercice de sa volonté à la fois en tant qu'acte et pouvoir de volition²⁵⁸. La vulnérabilité apparaît comme étant

²⁵⁶ Voir Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, *supra*, note 10, p. 341.

²⁵⁷ Il existe dans la jurisprudence établie sous le Code civil du Bas Canada, des hypothèses dans lesquelles les juges avaient effectivement tiré conséquence du caractère d'adhésion du contrat. Voir *F. Hamel inc. c. Bois Brunet inc.*, J.E. 93-905 (C.Q.); *Rimer c. London Life Insurance Co.*, J.E. 95-1583 (C.S.); *Serre c. Banque de Montréal*, J.E. 95-944 (C.Q.); *Journal de Montréal c. Habitations Signatures inc.*, B.E. 97BE-64 (C.Q.).

²⁵⁸ Voir la distinction de Philippe DESROCHE, *La volonté*, Paris, Flammarion, 1999, reprise par Mustapha El GHARBI, « Justice contractuelle et liberté contractuelle : un rapport problématique », *supra*, note 41, 171.

en nette contradiction avec la liberté contractuelle. Elle est « la privation totale ou partielle de la liberté contractuelle d'une personne, en raison d'une situation d'inégalité »²⁵⁹. Le contractant vulnérable est d'abord perçu comme celui qui n'est pas en mesure de penser, de choisir ou de décider. Il est caractérisé par un déficit de liberté qui se traduit par un défaut de faculté, de capacité ou d'opportunité. Il ne peut non plus déterminer ou modifier le contenu de son engagement. Des mesures doivent également être prises pour lui permettre de s'engager réellement, c'est-à-dire de comprendre et d'apprécier le sens et la portée de son engagement et, éventuellement, d'en obtenir la modification. La vulnérabilité tant intrinsèque que relative du contractant permet de saisir à quel point sa liberté n'est pas autonome. Elle ne saurait plus être considérée comme principe de base, comme principe de départ. En fait, « les postulats théoriques [du dogme de l'autonomie de la volonté] ont dévoilé leur face cachée : la liberté et l'égalité idéelles du modèle humain abstrait »²⁶⁰ (Nos ajouts). Il convient d'intégrer l'idée que le contractant est dans les faits caractérisé par la dépendance et l'inégalité entre les individus et les groupes. Le déséquilibre qui apparaît entre les parties et au sein du contrat exige alors d'abandonner quelques-uns des postulats de l'approche autonomiste du contrat afin de la soumettre à un contrôle légal accru²⁶¹.

La reconnaissance de l'idée de moralité contractuelle. On ne saurait plus prétendre aujourd'hui que l'intervention de l'État ou du juge se conçoit toujours et systématiquement en opposition avec l'approche individualiste du contrat. D'ailleurs, comme le constate un auteur, « il n'est donc pas incohérent que l'État ou le législateur interviennent dans les conventions sous l'angle du volontarisme. En invoquant divers intérêts collectifs pour le justifier »²⁶². Ce nouvel interventionnisme participe des remaniements au sein du courant volontariste. En effet, la protection de la partie vulnérable peut impliquer une intervention de l'État sous l'angle volontariste. L'État a aujourd'hui pris acte des méfaits d'une liberté contractuelle laissée à elle-même et envisagée de manière dogmatique, surtout dans un contexte de déséquilibre contractuel. En fait, poursuit le même auteur, « c'est le danger de la liberté individualiste laissée à elle-même que l'on entend dénoncer, le risque que fait courir à la société, c'est-à-dire à l'homme

²⁵⁹ Voir Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, *supra*, note 10, p. 334.

²⁶⁰ Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », *supra*, note 69, 911.

²⁶¹ *Id.*

²⁶² Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra* note 95, 18.

rationnel et en soi, devenu personne, le déploiement sans contrôle de l'individualité empirique »²⁶³. Par conséquent, on peut, sans risque de se tromper, émettre l'hypothèse qu'il existe en matière de protection de la partie vulnérable, un ensemble de techniques et de principes juridiques de protection, ou, d'après le sens et l'interprétation qui leur sont donnés, qui relève d'une approche volontariste du contrat. Celui-ci prend appui sur ce qu'il est convenu de qualifier de nouvelle moralité contractuelle. Cette dernière a pour but de limiter la liberté contractuelle. Toutefois, elle n'implique pas forcément une rupture avec la vision libérale et individualiste du contrat. Prendre position quant à la nécessité de limiter le principe de liberté contractuelle n'implique pas l'abandon de l'approche volontariste et individualiste du contrat. Christophe Jamin abonde dans le même sens lorsqu'il remarque, à propos de la liberté contractuelle, qu' : « elle ne permet plus systématiquement de fonder la rupture radicale du public et du privé. Les multiples interventions du législateur censées limiter cette liberté sont susceptibles d'être légitimes aux yeux mêmes de ceux qui se prévalent de l'autonomie de la volonté »²⁶⁴. Et le même auteur de constater que ce nouveau discours du courant libéral « ne renoue donc pas avec la philosophie libérale classique [...] Il ne s'agit donc plus, à proprement parler, de faire coexister des libertés, mais plus exactement de pallier socialement un défaut de liberté »²⁶⁵. Désormais, « L'État doit intervenir pour défendre l'intérêt du plus faible et empêcher que le contrat ne devienne un instrument d'exploitation »²⁶⁶ au nom de la justice contractuelle.

La justice contractuelle, une idée morale. L'objectif de cette nouvelle intervention est clair : rétablir la liberté des contractants. La question est dès lors de savoir quels sont les moyens devant être mis en œuvre afin d'atteindre un tel objectif. En fait, cette nécessité de protéger le contractant vulnérable relève d'un besoin de justice. Or, cette idée de justice apparaît d'abord comme une idée morale. C'est en référence à la morale que la jurisprudence a entamé la réflexion sur la protection du contractant vulnérable²⁶⁷ et le législateur a ensuite suivi le même chemin. En effet, ce désir de redonner une réalité à la liberté des parties s'opère à partir d'un discours

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ Voir Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *supra*, note 82, p. 455.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 456.

²⁶⁶ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, p. 136.

²⁶⁷ Voir *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 356-357; *Banque de Montréal c. Bail Itée* [1992] 2 R.C.S. 554, 586-588; L'existence d'un principe implicite de bonne foi sous-jacent à tous les contrats, *Houle c. Banque Canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 156-158; La bonne foi comme fondement de tout contrat de travail, *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 431.

essentiellement moral. Au nom de la protection du contractant, « la loi morale se métamorphose en règle juridique dès qu'elle reçoit la sanction du législateur ou de la jurisprudence. La reconnaissance d'un principe moral par ces instances et sa prise en considération dans le jugement rendu constituent sa sanction. Le droit renforce la morale »²⁶⁸. Le changement est de taille. L'interventionnisme protecteur du législateur et du juge qui en découle prend corps dans une logique de moralisation des conduites et des comportements qui est désormais intégrée au droit. Il a suffi pour cela de noter un rôle déterminant du principe de bonne foi dans la vie du contrat jusque-là complètement moribonde. En outre, mis à part quelques références à des notions telles que les bonnes mœurs, la cause ou les vices du consentement, la morale n'est pas à proprement parlé un phénomène nouveau ni totalement étranger au droit, mais son rôle restait restreint. Les choses ont bien changé. Comme le souligne Brigitte Lefebvre, « il faut reconnaître que le droit est de plus en plus imprégné par la règle morale »²⁶⁹. Le domaine de la morale s'est considérablement élargi notamment par les développements portant sur le dol incident, la réticence dolosive ou encore l'abus de droit²⁷⁰. La réponse du volontarisme individualiste se situe justement dans la moralisation croissante des comportements humains. Plus les injustices sont criantes et plus la position libérale tend à l'éducation des conduites. À cet égard, un auteur explique que : « la raison libérale est un opérateur général de moralisation. Elle soumet toute activité et toute conduite à une juridiction morale. La cause du mal est toujours morale : elle tient à la démoralisation des individus. Et, parce que la vision libérale du monde est une vision morale, le libéral ne voit d'autre salut aux différents maux sociaux que dans un surcroît de moralisation »²⁷¹. C'est en ce sens qu'on peut également dire qu'il n'y a pas eu de changement de vision du contrat avec la codification de 1994, mais que la morale a été greffée à l'autonomie de la volonté. Cette nouvelle moralité contractuelle ne s'entend pas comme un abandon du volontarisme libéral, mais davantage comme un élément de plus, en vue de l'édulcorer quelque peu. Comme le remarque une auteure à propos de l'approche du contrat dans le nouveau *Code civil du Québec*, « aux empreintes individualistes et volontaristes, s'ajoutent des marques personalistes auxquelles on joute des impératifs moraux et sociaux »²⁷². Le rétablissement de

²⁶⁸ Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 24-25.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 25.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 26.

²⁷¹ C'est donc la sphère morale qu'il faut élargir afin d'assurer la protection des contractants et non pas forcément le domaine juridique qui lui doit rester limité. Voir François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 64-65.

²⁷² Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », *supra*, note 69, 914.

l'égalité des parties se traduit en droit québécois des contrats, à travers trois axes principaux qui ne renvoient qu'à la même réalité : la bonne foi, la « nouvelle moralité contractuelle » ou la responsabilisation croissante des parties²⁷³. Tels sont les nouveaux visages du volontarisme libéral et individualiste.

Les principes juridiques issus de la moralité contractuelle : La bonne foi comme archétype. Le recours à la bonne foi afin de redonner sens à la liberté contractuelle doit être envisagé sous l'angle de la continuité. Même s'il y a un siècle d'écart entre le code de 1866 et celui de 1994, l'approche dominante du contrat reste celle du volontarisme comme traduction juridique des idéaux libéraux. La différence tient non dans une rupture idéologique, mais dans le déplacement de la ligne de démarcation entre morale et droit. En fait, qu'il s'agisse de la bonne foi subjective ou de la bonne foi objective, « la bonne foi entretient indéniablement des liens étroits avec la morale »²⁷⁴. L'article 1375 C.c.Q. traduit ce « surcroît de moralisation » en énonçant que : « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». Il apparaît dans la jurisprudence et la doctrine que le déploiement de la bonne foi est nettement plus intense en matière d'exécution du contrat, mais il n'en demeure pas moins vrai qu'elle a vocation à régner à toutes les périodes contractuelles. La bonne foi est la notion qui gouverne l'ensemble du comportement et la conduite des parties. La bonne foi constitue à la fois un instrument d'octroi et de limitation, voire de refus de la protection de la partie vulnérable²⁷⁵. C'est par la référence à celle-ci que le juge doit dorénavant apprécier le comportement des parties²⁷⁶. Par conséquent, aussi bien la qualité du consentement que son intégrité sont désormais appréciées sous le prisme de la bonne foi. Et c'est encore sous l'angle de la morale que doit être envisagé l'élargissement du contrôle du consentement, dans la mesure où la bonne foi comporte une certaine autonomie sur le plan normatif lui permettant de contrôler le contrat en dehors des cadres légaux classiques²⁷⁷. Le droit

²⁷³ Voir André BÉLANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme juridique : L'exemple du contrat de cautionnement », *supra*, note 232, 471-472.

²⁷⁴ Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 26.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 171 et s.

²⁷⁶ *Id.* Voir aussi Marie Annick GRÉGOIRE, *La bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 114-162 et p. 166 et s. « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », *supra*, note 194, 173-230; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 166 et s.

²⁷⁷ Voir à cet effet, Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, p. 125 et le chap. 11.

au renseignement de la partie vulnérable sur le plan informationnel tire d'abord son fondement de la morale²⁷⁸.

La légitimité d'un interventionnisme protecteur fondé sur la nouvelle moralité contractuelle. Le changement de cap par rapport à une conception trop rigide de la séparation entre morale et droit et au respect dû par la loi à la liberté contractuelle se manifeste singulièrement par le développement d'un plus grand activisme judiciaire et des lois d'ordre public²⁷⁹. Le second n'a véritablement d'effet que si les tribunaux y ont recours et en font une interprétation large. Ainsi, comme le mentionne Maurice Tancelin, « dans la mesure où l'ordre public réside dans les principes généraux du droit, il n'a aucune chance de se manifester si les juges ne se reconnaissent aucun pouvoir de le définir en l'absence d'une disposition prohibitive ou en présence d'une disposition permissive, considérée comme une manifestation tacite ou expresse de la volonté du législateur »²⁸⁰. Après tout, il ne suffit pas de remarquer le développement d'un ensemble de règles ou de lois relevant de l'ordre public, il faut encore se demander dans quelle optique ces lois interviennent et ce que les juges en font. L'approche volontariste du contrat démontre une complexité certaine. De fait, le contrat doit être l'œuvre des parties contractantes à travers laquelle chacune défend ses intérêts. Pour autant, il ne faut plus conclure à l'impossibilité d'une intervention extérieure, judiciaire ou étatique. Il n'y a donc pas forcément opposition entre cette doctrine et l'ordre public, fut-il de protection ou de direction. L'expansion de l'ordre public ne permet plus à elle seule de conclure à un abandon du volontarisme individualiste, surtout dans la mesure où celle-ci se manifeste par un surplus de moralisation du droit propre à la philosophie

²⁷⁸ Voir *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Bail Itée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 586.

²⁷⁹ Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 1; Pierre CIOTOLA, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation des contrats? », (1986) 20 *R.J.T.* 170; Jean PINEAU, « Les pouvoirs du juge et le nouveau *Code civil du Québec* », *Nouveaux juges. Nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, 362; Danielle BURMAN, « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne. Les journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 55; Stéphane GAUDET, « Le rôle de l'État et les modifications apportées aux principes fondamentaux du droit », (1993) 34 *C. de D.* 817. Cependant, un auteur pense que cet ordre public n'est pas aussi étendu, voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, p. 66 et s.

²⁸⁰ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, n°80, p. 75. La remarque est d'autant plus pertinente que l'on sait le peu d'usage et l'interprétation restrictive que les juges ont fait de la section intitulée « De l'équité dans les contrats » ajoutée par le législateur au Code civil du Bas Canada pour contrer les abus flagrants de la pratique contractuelle. Preuve que ce n'est pas seulement le contenu légal qu'il faut changer mais également l'approche que les juges se font à la fois de leur rôle et du contrat. En outre, il est clair que si les règles protectrices apparaissent toujours comme des exceptions, il n'y a pas de raisons que les juges en fassent la règle parce qu'alors il n'y a en rien rupture avec le volontarisme.

libérale. Afin de mesurer la portée et le sens de l'interventionnisme contractuel grandissant, il faudrait distinguer au sein des règles d'ordre public ce qui relève du volontarisme de ce qui en traduit véritablement l'abandon. Il en résulte que nombre de principes et de règles, fussent-elles d'ordre public, relèvent bien d'un volontarisme réformé²⁸¹. De fait, ce n'est pas la liberté contractuelle qui pose problème, mais les excès de la vision individualiste qui la caractérise. Ceci dit, elle n'entre pas forcément en contradiction avec l'idée même de moralité contractuelle.

La moralité contractuelle, une rupture apparente avec le dogme de l'autonomie de la volonté.

Le déplacement de la limite entre droit et morale au sein du volontarisme entraîne, par le truchement de l'ordre public, l'admission au sein du droit, des normes qui jusque-là appartenaient au domaine moral. C'est aussi avec l'aide des règles d'ordre public que le droit procède à la moralisation des comportements individuels. Une orientation au sein du droit des contrats considérée par une partie de la doctrine comme étant en rupture avec le dogme de l'autonomie de la volonté. C'est en ce sens qu'on a pu soutenir qu'« il ne fait aucun doute que ces principes et dispositions vont assez souvent entrer en conflit avec les politiques de la stabilité contractuelle (et la force obligatoire du contrat), de l'autonomie de la volonté (et la liberté contractuelle) et de la prévisibilité du droit »²⁸². Le changement de perspective paraît même très profond puisque « de purement individualiste qu'il était, l'état d'esprit de notre droit s'est élevé à un standard social »²⁸³. L'extension de l'intervention du juge et du législateur soumet l'exercice de la liberté contractuelle au respect d'exigences morales nouvelles qui donne l'illusion d'une rupture. D'ailleurs, « il faut [...] départager le royaume de la liberté contractuelle et celui de la moralité contractuelle véhiculée par les principes de la bonne foi et d'équité »²⁸⁴. La réalité apparaît moins discontinue.

La bonne foi et la liberté contractuelle : un rapport de continuité. À l'analyse, bien des règles découlant de la bonne foi font croire à une réelle remise en cause des postulats de l'égalité et de la liberté contractuelle. Toutefois, faut-il conclure que l'idée de justice contractuelle qui en découle aboutit à un nouveau paradigme? La réponse doit être négative, car la bonne foi ne

²⁸¹ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra* note 95, 18.

²⁸² Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°126, p. 206.

²⁸³ *Ibid.*, n°132, p. 222.

²⁸⁴ *Ibid.*, n°136, p. 225.

constitue pas une exception au principe de la liberté contractuelle. Il est vrai qu'elle est présentée par la majorité de la doctrine comme une limite au principe de la liberté contractuelle²⁸⁵. Cependant, il n'en résulte pas un rapport conçu en termes d'opposition, mais de continuité et de prolongement. C'est bien ce qui ressort de l'analyse de Louise Rolland qui explique que :

[...] la liberté et la moralité contractuelles s'interpénètrent, interagissent, et nous préférons les saisir dans leur relation dynamique plutôt que de forger une frontière imaginaire qui ne répondrait pas à la structure du droit commun [...] La liberté et la volonté priment dans la mesure de leur existence réelle : l'autonomie de la volonté, le « laissez faire, laissez passer » sont des principes que le droit respecte, mais devant lesquels il ne s'incline plus avec révérence et abnégation²⁸⁶.

C'est que la reconnaissance de la bonne foi déplace la limite de la liberté, mais ne le remet pas en cause. La rapidité croissante des échanges et le développement d'une société de consommation de masse ont forcé les tenants du volontarisme individualiste à revoir leurs postulats à l'aune de la réalité de la situation des contractants. La nécessité d'agir de façon honnête et loyale est la nouvelle modalité qui s'ajoute à l'exercice de la liberté contractuelle. Le monde de la moralité et celui de la liberté contractuelle ne s'excluent pas, ils ont même tendance à se compléter et se renforcer mutuellement. Il y a bien lieu d'y voir une reformulation de celle-ci sous la pression de la nouvelle moralité. La rigueur de l'approche de la liberté de ne pas contracter est certes atténuée, elle demeure néanmoins entière. En fait, la prise en compte par le droit des contrats de la vulnérabilité inhérente du contractant ne permet pas de faire échec au postulat du volontarisme individualiste. Lorsqu'il n'existe pas de vulnérabilité inhérente, le volontarisme postule que les parties sont libres et toute disparité entre elles se résorbe d'elle-même. Toute chose qui ne débouche pas non plus sur le rejet de la logique d'opposition d'intérêts entre les parties. Dans le fond, s'il importe que le contractant vulnérable retrouve sa liberté, l'objectif ultime de cette liberté n'en reste pas moins appréhendé dans une optique individualiste et donc d'opposition d'intérêts. Ainsi, la prise en compte par le droit des contrats de la vulnérabilité du contractant, quel qu'en soit la nature ou les contours, vise d'abord le rétablissement de la liberté, mais aussi, et surtout, à fournir au contractant faible les moyens de se défendre.

²⁸⁵ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, p. 141; Didier LLUELES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, p. 125;

²⁸⁶ Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », *supra*, note 69, 919-920.

Conclusion du chapitre I

Au terme de ce premier chapitre, nous avons pu démontrer toute la complexité du volontarisme contractuel contemporain. S'il est vrai que dans cette approche le contrat résulte de l'accord des volontés, de la liberté contractuelle et du postulat de l'égalité entre les contractants, il ne faut pas forcément y voir une indifférence par rapport à la vulnérabilité du contractant. La prise en compte de celle-ci est principalement le résultat de l'influence de la morale sur le droit. Une fois reconnue la vocation protectrice du courant volontarisme, nous allons maintenant procéder, à la lumière de la nouvelle moralité contractuelle, à une analyse détaillée des mécanismes de protection du contractant vulnérable lors de la phase de formation du contrat.

Chap. II L'impact de la nouvelle moralité contractuelle sur les techniques de protection de la partie vulnérable lors de la formation du contrat

Le caractère épars des techniques de protection. Après avoir procédé au constat théorique de la moralisation des conduites, il convient maintenant de vérifier celui-ci sur le plan des techniques de protection, particulièrement lors la formation des contrats. L'efficacité de la protection du contractant vulnérable dépend des mécanismes utilisés. Ceux-ci sont pourtant présents dans le droit de manière épars. En raison de leur dispersion, les procédés de protection ne sont pas toujours simples à appréhender. En effet, comme le mentionnent Baudouin, Jobin et Vézina :

[...] la méthode retenue par le législateur québécois pour mettre en œuvre la justice contractuelle consiste, non en de simples règles générales, mais dans une prolifération de dispositions particulières (clause abusive dans certains types de contrats, lésions dans certains domaines, clause résolutoire dans quelques contrats particuliers, etc.); cette législation à la pièce et les omissions qu'elle comporte (rares cas d'imprévision, pas de lésion entre majeurs sauf des domaines déterminés, etc.) dénotent une politique plutôt incohérente²⁸⁷.

Cette incohérence dans les choix législatifs ne doit pas faire illusion quant à la logique interne qui les gouverne. La densité des procédés de protection ne saurait non plus dissimuler les objectifs de leur utilisation, de leur interprétation ou de leur application. Ceux-ci varient eux-mêmes en fonction de la vision du contrat que l'on adopte. Nombre de moyens juridiques de protection ne se comprennent clairement que dans la mesure où l'on met en lumière l'approche précise du contrat issue de leurs critères, de l'interprétation et des effets qu'on en tire. On peut donc se demander quelles sont les mesures qui peuvent être davantage rattachées au volontarisme qu'à une autre approche du contrat. La question se pose en outre de savoir si la mise en œuvre ou l'interprétation de certaines règles et formalités imposées aux parties peut se décliner dans un sens volontariste, à tout le moins, si une lecture dans cette optique peut en découler²⁸⁸. L'idée n'est pas tant d'assimiler ces techniques à la philosophie individualiste et libérale que de s'en servir à titre de grille de lecture et de compréhension des mesures de protection de la partie vulnérable. Au stade de la formation du contrat, la volonté a perdu son statut de valeur en soi,

²⁸⁷ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, n°133, p. 223-224.

²⁸⁸ Cela semble possible en matière de lois sur la protection du consommateur. Voir l'étude réalisée dans le cadre du droit français par Nicole CHARDIN, *La protection du consommateur et le principe de l'autonomie de la volonté, supra*, note 21. L'auteure montre, en empruntant aux règles de la psychologie, qu'il est possible de considérer les règles de protection du consommateur comme étant une tentative de rétablissement de l'autonomie de la volonté. L'ambition affichée étant d'ailleurs de tenter de réconcilier les deux.

elle est désormais sous la surveillance du droit objectif²⁸⁹. Et si accord de volonté il y a, c'est maintenant parce qu'« il enclenche l'application du régime légal »²⁹⁰. Les mesures que nous allons étudier dans ce chapitre relèvent principalement d'une approche préventive de protection du consentement des parties. Quant à la théorie des vices de consentement, elle renvoie à une double optique, préventive et curative. Leur objectif étant de rétablir la liberté des parties et donner des ressources aux contractants leur permettant de mieux défendre leurs intérêts. Un tel constat transparait autant de l'extension de la théorie des vices de consentement (sect. I), qu'à travers le développement de l'obligation d'information de la partie vulnérable (sect. II), ou encore de l'organisation du consentement des parties (sect. III).

Sect. I Le contrôle accru du comportement des parties lors de la phase de formation du contrat

La bonne foi, base juridique de la protection du contractant lors de la formation du contrat. Par la bonne foi, « le droit cherche à introduire dans les contrats une certaine moralité et à contrer les stipulations et les comportements répréhensibles »²⁹¹. Bien qu'étant une notion floue et incertaine, la bonne foi constitue la principale source juridique qui justifie aujourd'hui la recherche d'un consentement intègre, libre et réel²⁹². Sur la base de la bonne foi, la théorie des vices de consentement a été étendue (para I). Malgré cet élargissement, cette théorie présente pourtant de nombreuses lacunes en termes de protection de la vulnérabilité du contractant et paraît, pour le moins, inappropriée (para II). Quant à la portée du contrôle du comportement des parties, elle est réduite lors de la phase précontractuelle, spécialement en ce qui concerne les contrats marqués par l'absence de négociations (para III).

²⁸⁹ Voir Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste », (1981) 26 *A.P.D.* 51 et s.

²⁹⁰ Voir Jean CALAIS -AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », (1994) 2 *RTDciv.* 248. Soulignons que les conditions générales imposées unilatéralement se sont généralisées (facture, ticket, reçu...). Sans que l'État intervienne directement, ces conditions sont soumises au régime légal. Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI note que la liberté contractuelle s'est déplacée de la phase de formation vers la phase d'exécution du contrat. Voir « Libres propos sur la transformation des contrats », *supra*, note 55, 358 et s.

²⁹¹ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°132, p. 222.

²⁹² *Ibid.*, n°249.2, p. 124.

Para I L'extension de la théorie des vices de consentement

La prise en compte de la vulnérabilité du contractant dans le cadre nouveau de la théorie des vices de consentement. La présente analyse n'a pas pour objectif de procéder à une étude détaillée des différents vices de consentement, que l'on retrouvera facilement dans la majorité des ouvrages généraux sur le droit des obligations. Notre propos porte davantage sur l'élargissement qu'a subi la théorie des vices de consentement afin de s'ajuster aux impératifs nouveaux de protection du contractant vulnérable. Une transformation qui résulte pour une large part de la fécondité normative du principe général de la bonne foi. Ordinairement, la théorie des vices de consentement n'a pas pour vocation principale le rétablissement de l'égalité des parties. Toutefois, dans bien des situations, elle est interprétée dans ce sens. C'est qu'elle a connu une nette mutation à la fois dans son contenu et son rôle puisqu'il n'est plus rare de considérer que le déséquilibre contractuel est le résultat d'un consentement vicié²⁹³. Tel est le sens vers lequel les notions d'erreur, prévues à l'article 1400 C.c.Q., de dol comme erreur provoquée de l'article 1401 C.c.Q.²⁹⁴ ou de crainte à l'article 1402 C.c.Q. ont évolué²⁹⁵. L'élargissement qui en a résulté s'inscrit dans le cadre du renouvellement de l'approche volontariste du contrat particulièrement soucieuse de la protection du consentement des parties. Comme le constate à juste titre Mustapha El Gharbi, « à travers la mise en place de ces instruments de protection du consentement s'expriment à la fois une exigence de justice et le souci d'instaurer une véritable liberté de la volonté. De cette manière, l'exigence d'équilibre n'est pas fondée sur une quelconque négation de la liberté de la volonté »²⁹⁶. La fonction de protection du consentement est alors revisitée. En droit français, Jean Michel Do Carmo Silva fait valoir que « l'anticipation des difficultés doit permettre de faire obstacle à leur survenance, donc à la nullité du contrat pour

²⁹³ L'article 1401 prévoit que : « L'erreur d'une partie provoquée par le dol de l'autre partie où à la connaissance de celle-ci, vicie le consentement dans tous les cas où, sans cela, la partie n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes ».

²⁹⁴ Il est vrai que le droit à l'information de la partie faible est quelquefois traité à titre de vice de consentement notamment comme étant le résultat d'un comportement dolosif. Toutefois, il semble que le dol fasse partie de l'intégrité du consentement et l'information du contractant de la clarté et de la connaissance, donc de la qualité du consentement. Par conséquent, malgré les termes de l'article 1399 C.c.Q., l'information peut être envisagée en dehors de la théorie des vices de consentement classique.

²⁹⁵ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p.43 et s.

²⁹⁶ Voir Mustapha El GHARBI, « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », *supra*, note 41, 176.

vice de consentement, lésion, défaut d'objet ou de cause »²⁹⁷. C'est une théorie des vices du consentement reformée qui est actuellement l'expression du volontarisme. C'est dans le même ordre d'idée qu'il a été noté que, dans le Code civil de 1994, on retrouve « une conception volontariste et subjective grâce à la reconduction et le réaménagement de la théorie des vices du consentement »²⁹⁸. L'élargissement ne porte pas seulement sur l'approche de la théorie, mais aussi sur les objectifs poursuivis.

L'élargissement des objectifs de la théorie des vices de consentement. Par le remaniement de la théorie des vices de consentement s'est opérée une sorte de glissement au nom de la justice contractuelle ou de l'équité afin de renforcer la protection du consentement des parties. Comme le mentionnent trois auteurs :

[...] depuis le 19^e siècle, l'erreur, le dol, la crainte et la lésion font l'objet de la doctrine des vices de consentement – une construction doctrinale considérable, qui a permis au droit de faire des progrès notables dans, justement, la protection du consentement. Aujourd'hui, cependant, on ne peut s'empêcher d'y déceler aussi une part assez importante de justice contractuelle, et même d'équité²⁹⁹.

Ces nouveaux fondements de la théorie des vices de consentement ressortent dans les dispositions de l'article 1399 C.c.Q. qui prévoient que : « Le consentement doit être libre et éclairé. Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion ». Cet article suscite d'ailleurs un débat doctrinal sur la question de savoir s'il s'agit d'une simple reprise déclaratoire de la théorie des vices de consentement³⁰⁰ ou s'il faut lui reconnaître une portée normative inédite³⁰¹. En effet, la théorie classique des vices de consentement est limitée aux hypothèses couvertes par les articles 1400 C.c.Q. et suivants. Toute chose qui aurait pour effet d'exclure les cas de vulnérabilité qui résultent bien d'un vice sans pour autant correspondre à celles décrites par ce dispositif légal.

²⁹⁷ Voir Jean-Michel Do CARMO SILVA, *La stabilité de l'entité contractuelle*, position de thèse, (2002) 2 *Revue de Droit Écrit* 86.

²⁹⁸ Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », *supra*, note 69, 915. Même si Jacques GHESTIN reconnaît les limites d'une extension du contrôle de la théorie des vices du consentement, il n'en demeure pas vrai qu'il lui fait jouer un rôle important dans le cadre de la justice contractuelle qu'il élabore. Voir Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSEAU-VAN-MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 21.

²⁹⁹ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°203, p. 319. Les auteurs font référence à l'étude de Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n° 292 et s.

³⁰⁰ Position de Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°203, p. 320.

³⁰¹ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, n°920 et s. p. 463 et s.

D’où l’intérêt de voir, dans le premier alinéa de l’article 1399 C.c.Q., une source normative autonome. Ce n’est plus seulement le consentement vicié qui est mis en évidence, mais l’absence de consentement en général. L’article 1399 C.c.Q. doit, selon certains, être lu comme ayant un pouvoir normatif autonome et susceptible de justifier l’existence de « vices innommés »³⁰². En tout état de cause, afin de prendre acte de l’importance de la vulnérabilité d’une partie et du déséquilibre contractuel, la théorie des vices de consentement s’est densifiée au fil du temps. La protection du contractant passe par l’extension de la sanction des vices de consentement et l’extension de ses cadres d’interprétation. Depuis le Code civil de 1994, la notion d’erreur a connu un réel élargissement qui découle des termes utilisés par le législateur lorsqu’il fait référence à l’erreur sur tout élément essentiel ayant déterminé le consentement. Même la jurisprudence établie y a vu un moyen de contrôler les hypothèses de vulnérabilités qui ne pouvaient être logiquement prises en compte par le truchement des dispositions du Code civil du Bas Canada. Il peut donc paraître commode d’y voir une catégorie résiduelle présentant des virtualités protectrices diverses, voire illimitées³⁰³. L’anéantissement du contrat ou le recours à d’autres types de sanctions lorsque le contrat est mal formé viennent compléter la panoplie des règles afin d’assurer une meilleure protection du contractant³⁰⁴; d’une interprétation stricte et restrictive, la théorie des vices de consentement fait aujourd’hui l’objet d’une interprétation plus large³⁰⁵. À ce titre, elle est présentée comme une des applications du principe de la bonne foi lors de la formation du contrat³⁰⁶. Un contrat vicié est un contrat contraire à la bonne foi. C’est dans ce sillage que Marie-Annick Grégoire affirme que « si la bonne foi est absente lors de la formation et l’élaboration du contrat, on peut certainement parler d’absence d’un des fondements du contrat. Il devient alors possible de qualifier cette absence de bonne foi contractuelle comme un vice de

³⁰² *Id.*

³⁰³ Voir pour une erreur sur le prix due aux fausses représentations du concessionnaire de caravan, *Nadeau c. Banque de Montréal*, [2008] R.J.Q. 2255 (C.Q.), paragr. 43-44; Pour une erreur sur l’obtention d’une servitude de vue afin de protéger la valeur de la propriété achetée, voir *Lépine c. Khalid*, [2004] R.J.Q. 2415 (C.A.), paragr. 47-53; Pour une erreur sur la portée des engagements pris par des administrateurs mais que la Cour n’estime pas déterminante, *Québec (Sous-ministre du revenu) c. Taillefer*, J.E. 98-81 (C.S.) inf. [2000] R.J.Q. 2375 (C.A.), p. 8-9 du texte intégral; L’erreur doit avoir été déterminante dans la décision, *Aubrais c. Laval (Ville de)*, [1996] R.J.Q. 2239 (C.S.). L’absence de conseils juridiques ou le stress lié aux circonstances entourant un divorce avant la signature d’un contrat ne peut aboutir à une erreur viciant le consentement d’une partie, *Bourbonnais c. Pratt*, [2007] R.D.F 124 (C.S.), paragr. 11-15.

³⁰⁴ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, « Les sanctions de l’obligation de bonne foi lors de la formation et de l’élaboration du contrat », *supra*, note 194, 173-230.

³⁰⁵ Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 195-206. L’auteure traite du rôle de la théorie des vices de consentement dans le cadre de l’obligation de renseignement. Voir aussi les analyses de Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l’élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 43 et s.

³⁰⁶ Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 222 et s.

contrat »³⁰⁷. Cela étant, force est de constater qu'étant donné la logique qui lui est propre, on ne peut attendre des transformations survenues au sein de la théorie des vices de consentement que des effets protecteurs limités.

Para II Les limites de la théorie des vices du consentement

Une fonction protectrice circonscrite dans les carcans de la notion de vice de consentement. Il n'existe ni conflit ni contradiction entre le principe de la liberté contractuelle et le consentement. La première n'existe que dans la mesure où aucun vice n'entrave l'existence et l'exercice du second. Le vice du consentement est le contraire même d'un engagement volontaire libre. Il n'y a pas d'incohérence à affirmer que la théorie des vices de consentement obéit à l'impératif de sécurité juridique et de stabilité contractuelle. D'ailleurs, l'anéantissement du contrat en cours de formation ou du contrat mal formé peut être pleinement justifié à cet égard³⁰⁸. Il y a une symbiose entre le volontarisme imprégné par les préceptes libéraux et le consensualisme renouvelé qui en résulte. Toutefois, au sein même d'une approche volontariste, l'extension de la théorie des vices de consentement ne doit pas être entendue de manière illimitée, puisqu'« admettre cette règle trop largement équivaldrait toutefois à instaurer une grande fragilité du lien d'obligation et à nuire ainsi à la stabilité nécessaire de l'acte contractuel »³⁰⁹. Que la protection du contractant faible soit envisagée dans le cadre de la théorie traditionnelle des vices de consentement, ou qu'elle le soit dans la perspective des « vices innommés », il n'empêche que ces outils juridiques paraissent si non obsolètes, du moins insuffisants. Plusieurs arguments sont avancés au soutien de l'idée que la théorie des vices de consentement, même élargie, ne permet pas d'assurer totalement et efficacement la protection du contractant en situation de faiblesse. D'une part, les notions d'erreur, de dol et de crainte ne peuvent pas couvrir toute la densité des inégalités contractuelles, car elles supposent qu'un vice soit caractérisé. Or, dès lors que la protection du contractant vulnérable est envisagée en dehors de l'existence de tout vice, cette théorie perd toute pertinence. D'autre part, les sanctions ne semblent pas toujours appropriées aux objectifs de protection poursuivis. En ce qui concerne les sanctions, l'erreur simple donne ouverture à une

³⁰⁷ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 69.

³⁰⁸ Voir l'étude de Jean-Michel Do CARMO SILVA, *La stabilité de l'entité contractuelle*, *supra*, note 297, 83-85.

³⁰⁹ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre- Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°203, p. 319.

action en nullité. Selon l'article 1407 C.c.Q., elle ne peut donner droit à une réduction de l'obligation. Seuls le dol et la crainte peuvent autant fonder la nullité du contrat que la réduction d'obligations ou l'octroi des dommages-intérêts³¹⁰. Ajoutons qu'il est erroné de croire que le maintien du contrat est toujours en opposition avec l'idée de stabilité contractuelle³¹¹. Il peut être à la fois dans l'intérêt de la victime du vice que le contrat soit maintenu et qu'une telle hypothèse assure la sécurité des transactions. Il n'empêche que l'efficacité de la notion même de vice est aujourd'hui de plus en plus remise en question.

Le vice de consentement, notion obsolète? Pour Michelle Cumyn, c'est le sort même de la théorie des vices de consentement qui est à revoir. Elle soutient que « le vice du consentement nous apparaît donc comme une notion fautive, qui ne correspond pas ou que très peu au contenu des termes qu'elle regroupe. Le vice de consentement est une fiction qui conduit à bien des maladresses, voire des contresens, dans le texte même de notre code »³¹². Davantage que le terme ou l'expression, c'est l'opportunité de recourir à son élargissement afin de protéger le contractant qu'il faudrait finalement repenser. En fait, la théorie des vices du consentement continue d'être enseignée comme étant le principal outil de protection du contractant vulnérable à la phase de conclusion du contrat. Un choix qui étonne à juste titre lorsqu'on sait comment se forment les contrats d'adhésion et les contrats non négociés. Dans un contexte où l'un des contractants se contente d'adhérer en bloc, il n'est pas certain qu'une réelle protection de celui-ci passe par la recherche d'un vice. Force est de constater « à quel point la survivance du consentement réduit à la formalité d'une signature est dangereuse, car la protection de la volonté par la théorie des vices du Code civil ne correspond plus à la réalité concrète de l'opération

³¹⁰ Voir pour le dol, *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, J.E. 2000-225 (C.A.); *Pinkus Construction Inc. c. McRobert*, [1968] B.R. 516; *Placements Jean-Claude Gagnon Inc. c. Bégin*, [1990] R.J.Q. 484 conf. J.E.-93-1723 (C.A.). Signalons que s'ajoute aujourd'hui aux vices de consentement traditionnel, la prise en compte du dol incident qui ne vise pas seulement ce qui aurait déterminé la victime à contracter, mais à le faire dans des conditions qui s'avèrent par la suite trop onéreuse. À la différence du dol principal, le dol incident ne donnera droit qu'à des dommages-intérêts. Les vices de consentement ont également été élargis avec la notion de crainte ou de violence économique qui renvoie à des situations dans lesquelles la partie vulnérable a contracté sous l'emprise de menaces ou de représailles économiques de la part de son partenaire plus puissant. Ce dernier ne pouvait, dans de telles circonstances, exprimer une volonté réelle.

³¹¹ Voir l'étude de Jean-Michel Do CARMO SILVA, *La stabilité de l'entité contractuelle*, *supra*, note 297, 91-92.

³¹² Voir « La formation du contrat sous l'éclairage du droit comparé : vers une remise en question de la notion de « vice du consentement », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics/The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources*, (Conférence Meredith Lectures - 1998-1999), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 325.

marchande qu'est devenu ce contrat »³¹³. D'une manière générale, le recours à la théorie des vices de consentement, malgré quelques retouches, a pour objectif principal d'assurer la sécurité du commerce et la stabilité des transactions. Assimiler l'acte d'adhésion à un consentement est plutôt commode dans un tel contexte. Bien que revisitée, c'est le principe même de cette théorie qui semble, dans une large mesure, inadapté. De ce point de vue, le bilan des changements opérés au sein de cette théorie est plutôt mince³¹⁴. Comme le note Maurice Tancelin, « la Refonte de 1991 procède à des rectifications de frontières très limitées plutôt qu'à une réforme proprement dite de cette partie du droit, en dépit de son vieillissement extrême, par rapport à la révolution des communications, qui a bouleversé l'ordre contractuel. Songeons seulement au phénomène de la sollicitation par centrale d'appels automatisée »³¹⁵. Il n'empêche que cette réforme s'est orientée vers une perspective individuelle. C'est dans ce sens qu'il note également ce qui suit :

Les remèdes aux vices du consentement sont restés ce qu'ils étaient lors de leur conception, dans l'antiquité romaine. Ce sont des sanctions individuelles, au cas par cas, dans un marché de produits et de services en série. Au point de vue juridique, rien ne correspond au niveau des techniques aux innovations majeures des contrats d'adhésion et de consommation. Rien de nouveau ne répond aux conséquences de la production de masse et aux besoins de la consommation, attisés par la publicité commerciale. Le droit commun des obligations est obstinément immuable à travers les révolutions industrielles successives³¹⁶.

C'est dire qu'investir la théorie des vices de consentement pour assurer la protection du contractant est faire preuve d'immobilisme. Le contrôle par le juge de l'équilibre du contrat ne peut être soumis à la condition de l'existence d'un vice dans la mesure où il est parfaitement possible d'envisager l'inégalité ou le déséquilibre en dehors de tout vice de consentement, fut-il nommé ou innommé. Ce n'est pas au sein de cette théorie, même élargie, qu'il faut chercher, lors de la conclusion du contrat, le remède approprié aux défis posés par l'inégalité des parties propre aux rapports de consommation ou d'adhésion contemporains. Preuve supplémentaire que la vision volontariste du contrat ne répond pas adéquatement aux défis posés par la protection de la partie vulnérable. Un constat qui ressort également de la non prise en compte de l'erreur inexcusable.

³¹³ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec, supra*, note 79, n°134, p. 112.

³¹⁴ Exclusion faite ici de l'obligation de renseignement que nous verrons dans nos développements ultérieurs.

³¹⁵ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec, supra*, note 79, n°171.1, p. 135.

³¹⁶ *Id.*

L'orientation individualiste de la théorie des vices du consentement : le rejet de l'erreur inexcusable. Le principe de la bonne foi est le fondement de la protection juridique du contractant faible. Il peut, par opposition, justifier le refus de ladite protection. En effet, celui qui prétend être protégé doit lui-même avoir agi de bonne foi. Ce qui, dans une perspective volontariste et individualiste, se comprend fort bien, car le contractant demeure responsable de ses propres actes. S'il s'estime être victime, il doit avoir lui-même agi suivant les standards de la diligence et de la prudence, notamment en matière de bonne foi. La conduite de la partie vulnérable peut exclure la protection à laquelle il aurait pu prétendre et limiter par le fait même les obligations de son partenaire à son égard. Il devra alors supporter les conséquences de son comportement imprudent et négligent et ne saurait en faire souffrir le cocontractant³¹⁷. Même en présence de forces inégales, il importe que les contractants adoptent une conduite responsable. Le régime de l'erreur inexcusable illustre parfaitement cette position individualiste du législateur, le comportement du contractant, quoique vulnérable, limite la protection à laquelle il aurait pu s'attendre. En fait, cette notion est en rupture avec le droit québécois des contrats sous le C.c.B.C. Avec l'exclusion de l'erreur inexcusable, le législateur de 1994 a orienté le droit des contrats vers la responsabilisation croissante des parties et l'individualisation accrue de la protection. L'erreur inexcusable se définit comme « une erreur qui, bien qu'intrinsèquement importante et déterminante du consentement, ne donne pas ouverture à l'annulation du contrat dans la mesure où la victime aurait pu aisément l'éviter en prenant un minimum de précautions qu'elle n'a pas prises »³¹⁸. Elle « est, en quelque sorte, une "faute" grossière, tellement énorme qu'il serait anormal que le cocontractant de bonne foi doive supporter la nullité qui en résulterait logiquement »³¹⁹. Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, la jurisprudence considérait l'erreur inexcusable comme un vice de consentement. Toutefois, le tribunal pouvait octroyer des dommages-intérêts au contractant qui en avait souffert³²⁰. En cas d'erreur, même inexcusable, le contrat était alors considéré comme ayant été mal formé et pouvait à ce titre être annulé. La nouvelle position du droit de l'erreur inexcusable marque une avancée de la stabilité contractuelle et la sécurité des transactions sur la nécessité de protéger la victime. Le législateur refuse de

³¹⁷ Voir une partie qui plaide l'erreur après une entente suite à une procédure contre elle, *Dunn c. Williams*, 2010 QCCA 2168 (CanLII), paragr. 27.

³¹⁸ Voir Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°540, p. 267.

³¹⁹ *Ibid.*, n°541, p. 268.

³²⁰ Voir *North Montreal Land Centre Ltd. c. La prévoyance*, (1924) 30 R.L. (n.s.) 256; *Rawleigh Co. c. Dumoulin*, [1926] R.C.S. 551; *Agricultural Chemicals c. Boisjoli*, [1972] R.C.S. 278; *Faubert c. Poirier*, [1959] R.C.S. 459.

protéger celui qui, par son insouciance, son imprévoyance ou sa négligence grossière ne peut requérir la protection du droit³²¹. Même les contrats formés par simple adhésion n'y échappent pas. Comme le mentionnent les professeurs Didier Lluellas et Benoît Moore, « le législateur vise à encourager les contractants à adopter une attitude proactive et responsable, y compris celui qui adhère à un contrat non négociable quant à ces stipulations essentielles, à ne pas pénaliser un contractant de bonne foi »³²². La position individualiste du Code est claire à cet égard puisqu'« on retrouve dans cette nouvelle règle le souci de la stabilité des contrats et l'idée, déjà admise dans un contexte voisin, que chacun doit se renseigner et effectuer les vérifications appropriées avant de passer un contrat »³²³. Toutefois, la portée du changement n'est pas aussi grande qu'on aurait pu le croire, car ce n'est pas dans le régime de l'erreur que la théorie des vices de consentement pose le plus de problèmes. Maurice Tancelin rappelle que « c'est parce que la Refonte de 1991 a mis l'accent sur le maintien du contrat que l'erreur inexcusable a été rayée expressément de la liste des vices du consentement. Il n'est pas sûr que cela change quoi que ce soit, car le problème demeure de délimiter l'excusable de l'inexcusable »³²⁴. Une remarque qui nous ramène à la définition du comportement fautif. La notion de faute est l'un des termes juridiques les plus communs; il n'est pas moins l'un des plus difficiles à définir. De même en est-il de la distinction entre le comportement erroné excusable de celui qui est inexcusable. Ce dernier ne doit pas être réduit à la faute simple³²⁵, mais à la faute lourde ou au comportement grossier dépassant la norme de prudence et de diligence³²⁶. L'office revient alors au juge d'en déterminer les critères à partir

³²¹ Pour le cas d'une personne qui n'a pas pris le temps de poser les questions à l'arpenteur-géomètre et de vérifier le travail fait par ce dernier, voir *Langlois c. Ferme Yveclair Ste-Luce Inc.*, 2009 QCCS 3549 (CanLII), paragr. 52. Il arrive qu'une personne ait lu rapidement le contrat et n'y ait pas porté une réelle attention, *9179-3737 Québec Inc. c. 3095-4424 Québec Inc.*, 2011 QCCA 498 (CanLII).

³²² Voir *Droit des obligations, supra*, note 158, p. 268.

³²³ C'est sur ce même principe que repose l'obligation fondamentale de se renseigner soi-même, et dont le non-respect est finalement considéré comme une erreur inexcusable. Nous y reviendrons dans la section suivante. Voir Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, n°215, p. 327. Dans *Langlois c. Ferme Yveclair Ste-Luce Inc.*, 2009 QCCS 3549 (CanLII), il y est précisé que : « Si erreur de sa part il y a, elle est inexcusable, ne s'étant pas conduit comme un contractant normalement prudent et diligent qui aurait évité l'erreur en prenant l'initiative de s'informer d'abord à ses fils qui l'ont représenté lors de l'abonnement ou à l'arpenteur lui-même si ses fils n'étaient pas « jasants » puisque cette question de ligne séparative le préoccupait beaucoup » (paragr. 52).

³²⁴ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec, supra*, note 79, n°173, p. 136. Une tâche qui n'est pas toujours simple. Voir pour le cas d'un acheteur qui a posé des questions et pris certaines initiales pour s'assurer de protéger la vue de sa propriété. Même s'il conclut à l'erreur vice de consentement, le juge analyse la possibilité d'une erreur inexcusable et se demande pourquoi l'acheteur n'est pas allé pour loin et fait appel à un géomètre, à plus de démarches et vérifications pour s'assurer que les chiffres donnés afin de préserver la vue dans la servitude consentie par le vendeur étaient plausibles. Voir *Lépine c. Khalid*, [2004] R.J.Q. (C.A.) 2415, paragr. 56-61.

³²⁵ Pour une convention d'indemnisation signée par pure négligence, voir *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Létourneau*, B.E. 97BE-152 (C.S.) paragr. 7.

³²⁶ Voir *Légaré c. Morin-Légaré*, [2002] R.J.Q. 2237 (C.A.) conf. J.E. 2000-1607 (C.S.), paragr. 63-64; *Canadian American Financed Corp. (Canada) c. Lam.*, J.E. 95-670 (C.S.).

des dispositions de l'article 1474 C.c.Q. Mais sa tâche n'est pas mince, puisque « leur désir, sans doute inconscient, de se réserver un large pouvoir d'appréciation conduit, ici, à embrouiller le droit »³²⁷. Ce constat apparaît davantage dans le rejet par le législateur de la lésion.

Le rejet de la lésion à titre de vice de consentement, un choix théorique. Il n'est pas simple de traiter de la notion de lésion dans le cadre de la théorie des vices de consentement, car elle intervient à plusieurs niveaux. Un auteur révèle à cet effet que :

La notion de lésion est très fortement controversée soit qu'on la considère comme un vice présumé du consentement, conception dite subjective, comme une erreur économique, conception dite objective, soit, plus rarement, qu'on y voit un des moyens de faire respecter l'ordre public économique, soit enfin qu'on lui dénie une place dans la théorie générale des contrats, puisque ce ne serait que le résultat d'une mauvaise affaire³²⁸.

Derrière cette diversité d'approches de la lésion, se trame en réalité la multiplicité des conceptions du contrat qui les sous-tendent et qu'il faudrait mettre en lumière pour la comprendre. Comme l'explique Élise Charpentier :

Peu importe l'époque à laquelle on se situe, le sort réservé aux contrats lésionnaires est intimement lié à la conception que l'on se fait du contrat, au contexte plus large de la théorie du contrat qui prévaut. Si la sanction relève d'abord d'un certain sentiment de justice, les transformations de cette notion font néanmoins apparaître la diversité des manifestations de ce sentiment. D'une conception du contrat où l'injustice découlait de l'absence d'équivalences des prestations et où la sanction de la lésion dépendait de ce critère, on est passé à une conception du contrat où la volonté devient la pierre angulaire de la construction de la théorie du contrat et où la mission de justice contractuelle se résume à assurer le respect de cette volonté³²⁹.

Admettre ou rejeter la lésion est donc d'abord un choix théorique. Nombreux sont les auteurs qui traitent la lésion comme un vice de consentement, donc sous l'angle de la volonté³³⁰. C'est l'orientation des dispositions du *Code civil du Québec* qui impose une telle étude puisque l'article 1399 alinéa 2 pose la lésion comme un vice de consentement. Dans ce contexte, la sanction de la lésion objective paraît pour le moins inappropriée.

³²⁷ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, supra, note 34, n°215, p. 329.

³²⁸ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, n°206, p. 153.

³²⁹ Voir Élise CHARPENTIER, « L'article 8 sur la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 511.

³³⁰ *Ibid.*, p. 511-525.

La non-pertinence de la lésion dans une approche volontariste de la formation du contrat.

L'article 1405 C.c.Q. précise et restreint le champ d'application de la lésion qui relève davantage d'un défaut de capacité, donc de la vulnérabilité inhérente, puisqu'il s'agit de la protection du mineur ou du majeur inapte³³¹. En dehors du régime des incapacités et de quelques situations exceptionnelles, notamment la renonciation au patrimoine familial (art. 424 C.c.Q.) ou au régime de la société d'acquêts (art. 472 C.c.Q.), le *Code civil du Québec* ne considère pas la lésion comme un vice de consentement. Ce choix est d'autant plus cohérent qu'il traduit d'abord l'option volontariste et autonomiste du contrat qui y prévaut³³². Pourtant, reconnaître la lésion au stade de la formation du contrat aurait pu être l'occasion d'élargir la théorie des vices de consentement et de renforcer la protection du contractant vulnérable³³³. Il est vrai que des transformations internes ont été opérées au sein du volontarisme imprégné d'individualisme libéral en vue d'intégrer la vulnérabilité des parties. Toutefois, la reconnaissance de la lésion aurait été, non pas de l'ordre des variations internes, mais plutôt du dérèglement. Ce changement aurait nécessité une autre vision de la justice. Or, le contrat en tant que rapport économique reste soumis à la fiction de l'égalité des parties, et ce, même en présence d'un contrat déséquilibré ou d'adhésion. Ce postulat n'est pas tant l'expression du volontarisme que celle de la logique individualiste dans laquelle baigne le droit des contrats. Tel que l'indique Élise Charpentier : « l'égalité empirique des parties supposée, l'accord est présumé résulter de concessions réciproques : il est donc nécessairement juste. L'égalité des contractants implique aussi que ceux-ci soient les mieux placés pour évaluer les obligations contractuelles, d'où leur liberté de déterminer le contenu de leur contrat »³³⁴. Il n'y a pas véritablement de contradiction à faire reposer le contrat sur la volonté tout en acceptant de corriger les conséquences du déséquilibre qui pourrait en résulter³³⁵. À cet effet, il est important de ne pas perdre de vue que le contrat, même formé par simple adhésion, doit demeurer un outil d'échange et de communication, donc l'œuvre de la volition. C'est peut-être ce qui explique l'attitude des tribunaux dont certaines positions peuvent être assimilées à la sanction du contrat lésionnaire, et ce, bien que sous le couvert d'autres motifs. La

³³¹ Cet article prévoit qu'« outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés ».

³³² Voir l'étude d'Élise CHARPENTIER, « L'article 8 sur la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 511-512.

³³³ *Ibid.*, p. 517.

³³⁴ *Ibid.*, p. 516-517.

³³⁵ Voir Élise CHARPENTIER, « L'article 8 sur la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », *supra*, note 329, p. 517.

lésion visée à l'article 1405 C.c.Q. fait l'objet d'une exclusion précise et formelle³³⁶. Ces décisions peuvent être critiquées dans la mesure où il y apparaît que le juge met clairement de côté des dispositions légales ne souffrant d'aucune ambiguïté³³⁷. Il semble pourtant qu'elles peuvent être autrement fondées, notamment en faisant appel au pouvoir normatif inédit de la bonne foi³³⁸. Que l'on critique ou que l'on tente de fonder différemment cette jurisprudence, il y apparaît qu'il faudrait adopter une vision du contrat autre que volontariste pour être en mesure de justifier adéquatement ces décisions. D'ailleurs, des incohérences semblables apparaissent aussi en ce qui concerne la protection du contractant vulnérable lors de la période précontractuelle.

Para III La portée réduite du contrôle du comportement à la phase précontractuelle dans les contrats non négociés

La liberté de négocier. Les négociations précontractuelles sont soumises au principe de la liberté contractuelle. Ce qui signifie que chaque partie peut les rompre à tout moment. Aucune n'est pas obligée d'accorder à l'exclusivité des discussions à l'autre, sauf convention contraire³³⁹ et peut même refuser toute négociation. Les futurs contractants demeurent libres de colliger les informations concernant une éventuelle conclusion de contrat et manifester leur volonté d'entrer en relation contractuelle avec un partenaire potentiel. En tout état de cause, les parties restent libres de contracter ou ne pas contracter, sauf si leur acte équivaut à une attitude fautive entravant la bonne foi. Elles doivent agir librement et de manière moralement acceptable, c'est-à-dire conformément à la loyauté et l'honnêteté³⁴⁰. En fait, la référence à la bonne foi n'apporte en elle-même rien de très original, mais elle a pour effet d'élargir la sphère des actes condamnables. À ce stade, à titre de norme impérative, le recours à la bonne foi tend à combattre les excès et les abus dans l'exercice de la liberté de négocier. Ce qui présente entre autres conséquences de créer potentiellement des obligations nouvelles auxquelles les parties sont soumises durant cette période.

³³⁶ Pour une décision emblématique de cette approche, voir *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.).

³³⁷ Telle est la position de Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 52-55.

³³⁸ Voir Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, p. 461.

³³⁹ Voir Brigitte LEFEBVRE, « La négociation d'un contrat, source potentielle de responsabilité extracontractuelle », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 571.

³⁴⁰ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 2.

L'obligation de négocier loyalement. Si c'est davantage dans la phase d'exécution du contrat que la jurisprudence y a eu recours, la bonne foi joue un rôle non négligeable lors du processus de formation ou de conclusion du contrat. Comme le constate Marie Annick Grégoire, « la bonne foi précontractuelle est susceptible de se présenter tant dans le contexte où le contrat s'est formé, que dans celui où aucun contrat n'a pu se former »³⁴¹. En cours de formation, l'un des contractants peut tirer avantage de sa position et imposer à l'autre des conditions qui s'avèrent au final draconiennes pour lui. C'est aussi la raison pour laquelle, durant les négociations, les parties sont soumises au principe de la bonne foi de laquelle découle l'obligation de négocier loyalement. Celle-ci trouve son fondement dans les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q., qui imposent aux contractants d'adopter une attitude honnête durant tout le processus qui précède la formation du contrat³⁴². Il est vrai que le contrôle du contrat n'a longtemps été envisagé qu'une fois le contrat rédigé ou lorsque la rupture des négociations était clairement apparue comme étant le résultat d'une mauvaise foi ou d'une intention malicieuse, *stricto sensu*. Les choses ont nettement évolué³⁴³. Ainsi, la bonne foi interdit aux parties d'agir de façon malicieuse. Elles ne sauraient, par exemple, entamer des négociations avec l'intention inavouée au départ de ne pas les mener à terme et avec pour unique dessein d'extirper des informations à l'autre partie³⁴⁴. Dans la même optique, une personne qui sait que les négociations sont vouées à l'échec devrait y mettre un

³⁴¹ *Ibid.*, n°249.2, p. 124.

³⁴² N'est pas malhonnête celui qui poursuit des négociations avec plusieurs partenaires potentiels et qui fait clairement connaître ses prétentions et conditions. Voir *Compagnie France Film Inc. c. Imax Corp.*, J.E. 2002-5 (C.A.), paragr. 31-37; Lorsqu'une municipalité choisit de procéder à la consultation du public afin de conclure définitivement une entente, l'autre partie ne peut la poursuivre pour mauvaise foi si elle décide de mettre fin à leur contrat. *Ville d'Aylmer c. 174736 Canada Inc.*, J.E. 97-2185 (C.A.), p. 8-9 du texte intégral. Dans le cadre d'un crédit-bail, il importe que le commerçant qui loue ses appareils s'assurent que le crédit-bailleur a donné son approbation avant de procéder à la livraison au preneur par ailleurs incapable de payer. Dans le cas contraire, il ne peut demander le paiement au crédit-bailleur, voir *Haco Canada Inc. c. 9008-0813 Québec Inc.*, J.E. 2006-309 (C.S.), paragr. 84-109; Voir également Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 49 et s.

³⁴³ Voir Sylvette GUILLEMARD, « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », (1993) 24 *R.G.D.* 369; « De la phase préalable à la formation de certains contrats », (1994) 24 *R.G.D.* 157; « Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi », (1994) 24 *R.G.D.* 49; Brigitte LEFEBVRE, « Rupture des pourparlers : négociateurs, appel à la prudence! », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 121; « La négociation d'un contrat, source potentielle de responsabilité extracontractuelle », *supra*, note 339, p. 571.

³⁴⁴ Il est en principe interdit de s'approprier une information obtenue dans le cadre d'une négociation, *Wrebbit inc. c. Benoit*, [1998] R.J.Q. 3219 (C.S.) *passim*; Une partie ne peut profiter indument des informations obtenues lors des négociations avec un éventuel partenaire, sauf que l'absence de précaution, à l'instar de la rédaction d'une entente de confidentialité, diminue la responsabilité de la partie visée. Voir *Nouveautés Camac Inc. c. Promotions Atlantiques Inc.*, J.E. 94-796 (C.S.) *passim*; L'attitude fautive lors des pourparlers ne requiert pas l'existence d'une clause de confidentialité expresse, le caractère confidentiel pouvant découler des circonstances, *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, [1999] R.J.Q. 3068 (C.Q.), p. 12-15 du texte intégral, mod. 2002 QCCA 61998 (CanLII).

terme³⁴⁵. Par contre, un contractant ne saurait rompre sans motif valable des négociations, après avoir suscité injustement auprès de l'autre partie des attentes raisonnables³⁴⁶. La durée des pourparlers est un critère qu'il faut quelques fois prendre en compte, car pourquoi laisser s'éterniser les discussions si le futur contractant sait qu'elles ne mèneront à rien. Le motif de la rupture devra être d'autant plus sérieux que les négociations auront trainé en longueur³⁴⁷. S'il n'est pas toujours évident de déterminer la nature de la responsabilité qui en découle, de manière générale, cette conduite relève davantage de la responsabilité extracontractuelle³⁴⁸ que contractuelle³⁴⁹. Par l'adjonction de nouvelles obligations précontractuelles, la bonne foi tend à contrôler le comportement des parties. Néanmoins, ces obligations ne constituent pas toujours des moyens de protections efficaces dans un contexte de rapports contractuels déséquilibrés.

L'inutilité de l'obligation de négocier de bonne foi dans les contrats d'adhésion. La bonne foi est-elle toujours l'instrument approprié permettant de justifier les devoirs et obligations mis à la charge des parties? Comment tirer de la bonne foi un principe de coopération au moment des négociations lorsque chacun doit veiller à ses intérêts propres? D'ailleurs, un auteur souligne l'illusion qui peut en résulter en ce qui concerne le contrat de travail, puisque, constate-t-il, « la bonne foi dans les négociations est une fiction, compte tenu des intérêts divergents qui animent les parties »³⁵⁰. Le constat est tout à fait pertinent. En effet, peut-on à la fois partir du principe que chacun doit défendre ses intérêts et espérer que la bonne foi pousse les parties à agir de concert? L'obligation de négocier de bonne foi, dans les contrats d'adhésion et les contrats de

³⁴⁵ Une partie ne peut entamer des négociations alors qu'elle sait pertinemment qu'elle ne possède pas les moyens de mener le projet à terme. Voir *Jolicoeur c. Rainville*, J.E. 2000-201 (C.A.) *passim*; *Groupe Technum inc. c. Duguay*, 2006 QCCS 5259 (CanLII), paragr. 84-91.

³⁴⁶ Voir *Compagnie France Film Inc. c. Imax Corp.*, J.E. 2002-5 (C.A.), paragr. 37-38; Entamer des négociations avec une simple lettre d'intention ne saurait engager la responsabilité d'une partie sans apporter la preuve de sa mauvaise foi, voir *Société en commandite de Copenhague c. Corporation Corbec*, 2012 QCCS 169 (CanLII), paragr. 45-52.

³⁴⁷ Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 151.

³⁴⁸ D'ailleurs, la question demeure entière quant à savoir si le comportement des parties doit relever de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle étant donné que le contrat n'est pas encore formé. Voir à cet effet, Brigitte LEFEBVRE, « La négociation d'un contrat, source potentielle de responsabilité extracontractuelle », dans Pierre-Claude Lafond (dir), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 571; Denis MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au XXI^e siècle*, Paris, LGDG, 2001, p. 637. Dans la jurisprudence, voir *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, [1999] R.J.Q. 3068 (C.Q.), p. 15-16 du texte intégral, mod. 2002 QCCA 61998 (CanLII).

³⁴⁹ Pour la caractérisation de la nature de la responsabilité, voir *Jolicoeur c. Rainville*, J.E. 2000-201 (C.A.) *passim*. Sylvette GUILLEMARD, « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », (1993) 24 *R.G.D.* 369.

³⁵⁰ Propos que l'on peut aisément transposer aux autres contrats. Voir Les propos de M. Palmer cités par Jean-Pierre VILLAGI, « La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi : les leçons du droit du travail », repris par Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 117.

consommation, fait-elle sens dès lors que ces contrats sont caractérisés pour l'essentiel par l'absence de négociations? L'absence de possibilité de négociations ou le défaut de pourparlers fait partie intégrante de la définition du contrat d'adhésion de l'article 1379 C.c.Q. Bien que la relation d'adhésion puisse être précédée d'échange de documents contractuels, il n'y a pas par définition de pouvoir de négociation. Très souvent, il s'agit simplement d'informer l'adhérent ou du respect d'un formalisme légal³⁵¹. De fait, cette obligation de négocier de bonne foi n'a de sens qu'en présence d'acteurs de forces égales. Elle intervient davantage dans le cadre de contrats négociés³⁵². L'obligation précontractuelle de bonne foi a donc une portée assez faible en ce qui concerne la protection du contractant ne pouvant négocier les termes de son contrat. Comme le remarque à juste titre Maurice Tancelin, « si l'obligation de bonne foi est applicable dans le contrat de gré à gré, comme cette phase n'a pas d'équivalent pour le contrat d'adhésion, comment s'exerce cette obligation dans ces derniers contrats? La Refonte de 1991 est muette »³⁵³. D'où la nécessité de faire appel à d'autres moyens juridiques de protection³⁵⁴. Cette impossibilité de négocier ou de modifier le contenu contractuel imposé par une autre partie peut justifier l'intervention d'un tiers afin de corriger les déséquilibres qui pourraient survenir. C'est alors déjà le contenu du contrat qu'il s'agit de contrôler, et non plus le processus de formation, phase pendant laquelle l'information du contractant joue une fonction protectrice accrue.

Sect. II La bonne foi au service du contractant vulnérable sur le plan informationnel

³⁵¹ Nous pensons ici à la note d'information exigée à l'article 1787 C.c.Q. en matière de copropriété divise. L'article prévoit que « Lorsque la vente porte sur une fraction de copropriété divise ou sur une part indivise d'un immeuble à usage d'habitation et que cet immeuble comporte ou fait partie d'un ensemble qui comporte au moins 10 unités de logement, le vendeur doit remettre au promettant acheteur, lors de la signature du contrat préliminaire, une note d'information; il doit également remettre cette note lorsque la vente porte sur une résidence faisant partie d'un ensemble comportant 10 résidences ou plus et ayant des installations communes ». De même, dans le contrat préliminaire obligatoire en matière d'achat d'immeuble neuf à un promoteur immeuble. Ainsi, l'article 1785 C.c.Q. prévoit que : « Dès lors que la vente d'un immeuble à usage d'habitation, bâti ou à bâtir, est faite par le constructeur de l'immeuble ou par un promoteur à une personne physique qui l'acquiert pour l'occuper elle-même, elle doit, que cette vente comporte ou non le transfert à l'acquéreur des droits du vendeur sur le sol, être précédée d'un contrat préliminaire par lequel une personne promet d'acheter l'immeuble ». On peut également mentionner les documents qui peuvent être échangés dans la formation ou le renouvellement du contrat d'assurance, contrat d'adhésion par excellence. Il n'en reste pas moins qu'il ne s'agit de processus de pourparlers ou de négociation.

³⁵² Voir Sylvette GUILLEMARD, « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », (1993) 24 *R.G.D.* 381-384. Après avoir noté qu'il n'existe pas de définition de la bonne foi, l'auteure ajoute que dans la phase précontractuelle, elle est issue soit du processus de négociation, soit des ententes précontractuelles. Dans ce cas, les acteurs ont la possibilité de discuter le contenu du contrat directement ou par l'intermédiaire de représentants.

³⁵³ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, n°144, p. 120.

³⁵⁴ *Id.* L'auteur suggère que le contrôle *a posteriori* de la clause abusive peut jouer un tel rôle.

Une obligation d'information issue de la bonne foi. S'il est un domaine dans lequel la vulnérabilité du contractant est très sensible, c'est bien celui de l'information. Comme cela a été rappelé, « dans le domaine des vices de consentement, les développements les plus marquants du droit contemporain résident dans l'obligation de renseignement, mise à la charge d'une partie à la formation du contrat »³⁵⁵. D'autres auteurs soutiennent qu'en vertu du pouvoir normatif propre à l'article 1399 C.c.Q. alinéa 1 et de la bonne foi objective³⁵⁶, une obligation de renseignement y peut être déduite en dehors de tout comportement dolosif³⁵⁷. En tout état de cause, une partie des développements concernant l'obligation de renseignement s'est faite sous l'égide de la notion de dol, pour autant, c'est la bonne foi qui en constitue le fondement majeur. En raison de son importance, nous analyserons le régime de l'obligation d'information au profit du contractant vulnérable (para I). Nous examinerons par la suite la portée réelle de celle-ci puisqu'elle demeure sous la trame volontariste (para II).

Para I La bonne foi, fondement de l'obligation de renseignement

Obligation d'information et de renseignement. L'information du contractant participe de la nécessité d'assurer aux parties un consentement éclairé en vue d'un engagement en toute connaissance de cause. La vulnérabilité informationnelle d'une partie renvoie aussi bien à l'existence d'une obligation d'information que de renseignement. Il est vrai qu'on peut trouver au sein de la doctrine des nuances pouvant faire croire qu'il existe entre ces deux formes une différence de nature³⁵⁸. Muriel Fabre-Magnan précise pourtant que : « information et renseignement peuvent tous deux avoir les mêmes origines et leur contenu ainsi que leur portée être identiques. Il s'agit, dans les deux cas, de communiquer à autrui un élément objectif, à l'état brut »³⁵⁹. Nous souscrivons à ce rapprochement. Nous traiterons indifféremment information et renseignement dans l'analyse de la vulnérabilité du contractant. De plus, c'est davantage la vision du contrat sous-jacente à la définition de l'information qu'on adopte qui importe pour le présent travail que les différentes expressions utilisées pour rendre compte de ses manifestations. C'est

³⁵⁵ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, supra, note 34, p. 320.

³⁵⁶ Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, supra, note 49, p. 82 et s.

³⁵⁷ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, supra, note 158, n°930.

³⁵⁸ Voir l'étude de Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992, p. 7 et s.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 8.

la supériorité informationnelle d'un contractant qui justifie l'obligation d'information. Elle intervient tant à la phase précontractuelle, de formation du contrat que pendant son exécution³⁶⁰. Il paraît alors tout à fait approprié d'étudier l'obligation de renseignement ou d'information à titre de moyen visant à rétablir la liberté et l'égalité entre les parties³⁶¹. Elle a pour but d'assurer à la fois la qualité et l'intégrité du consentement³⁶². L'idée étant que celui qui dispose de toute l'information peut alors s'engager de manière éclairée et réfléchie. Tel ne saurait être le cas lorsque l'une des parties adopte un comportement dolosif.

Une obligation d'information fondée sur le dol. L'obligation de renseignement peut découler directement ou indirectement des dispositions du *Code civil du Québec* ou de certaines lois et règlements³⁶³. Pour ce qui est de l'obligation générale de renseignement, c'est vers la bonne foi et le dol qu'il faudrait se tourner. C'est sous ce double fondement que l'obligation de renseignement a été développée dans la jurisprudence et la doctrine³⁶⁴. C'est dans le cadre de la

³⁶⁰ Nous nous attarderons sur l'obligation d'information au stade de la formation, mais il arrive que le tribunal reconnaisse l'existence d'une pareille obligation au stade de l'exécution sur les fondements combinés des articles 1375 et 1434 C.c.Q. Voir *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; pour un cas dans lequel l'estimation donnée à un client s'est avérée dérisoire par rapport au montant final des honoraires, voir *Alepin Gauthier c. Montpetit*, [2001] J.Q. no 8653 (C.Q.), paragr. 16-22; Une partie peut estimer qu'elle n'a pas été informée de manière appropriée dans un dossier afin de prendre la décision d'emprunter, voir *Compagnie d'assurance Standard Life c. McMaster Meighen*, (C.A.), paragr. 16-22; Une entreprise qui décide de déplacer son personnel dans le cadre d'une restructuration doit prendre toutes les mesures sur le plan organisationnel afin d'informer son personnel de manière adéquate des changements qui pourraient les influencer, voir *Maisonneuve c. BCE Emergis inc.*, 2004 QCCS 51184 (CanLII), paragr. 105-106. Voir Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit de contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 49.

³⁶¹ Anne Sinay-Cytermann traite des mécanismes juridiques de protection du consommateur visant à rétablir sa liberté et l'égalité contractuelle en termes de droits individuels et de droits collectifs. Voir « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français », dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels déséquilibrés. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 251 et s.

³⁶² Une telle distinction peut paraître bien théorique, car certains ouvrages traitent aussi bien des vices de consentement que de l'exigence d'un consentement éclairé au titre de la recherche de la qualité du consentement. Voir Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, p. 252 et s.

³⁶³ Voir les articles 1473 C.c.Q. sur le devoir d'information du fabricant, du distributeur ou du fournisseur; Les articles 1785 et 1786 C.c.Q. sur les informations que doivent contenir le contrat préliminaire obligatoire lors de l'achat d'un logement neuf.

³⁶⁴ Dans *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, la décision de la Cour supérieure, infirmée par la Cour d'appel, était fondée sur le dol et le silence d'Hydro-Québec, alors que la Cour suprême ne fait pas directement référence au dol dans sa tentative d'établir un régime de l'obligation de renseignement (p. 585-588); Commet un acte dolosif le vendeur-promettant qui n'informe pas spontanément l'acheteur-promettant du contenu d'une servitude qui grève le terrain alors même que le premier sait que l'existence de la servitude empêche définitivement la réalisation des projets envisagés. Voir *F & I Holdings Inc. c. 87313 Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 851, (C.A.), p. 6-11 du texte intégral; Le promoteur immobilier qui ne dénonce pas à l'acheteur l'existence d'une servitude en faveur d'Hydro-Québec et de la ville ne respecte pas son obligation de renseignement, lorsqu'en plus, il est conscient que celle-ci aura pour effet d'entraver le désir des acheteurs de faire construire une piscine. Voir *Boucher c. Développements Terriglobe inc.*, [2001] R.D.I. 213 (C.A.), paragr. 10 -27; Ne saurait être condamné pour dol, le vendeur qui n'informe pas l'acheteur des privilèges dont il bénéficie en matière de chauffage alors qu'il ne paraît pas clairement que cet aspect était important

théorie des vices de consentement, précisément à l'article 1399 C.c.Q., et de la moralisation des comportements des parties issue des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. qu'il faut saisir le droit à l'information du contractant faible. Didier Lluelles et Benoît Moore estiment dans cette perspective que l'article 1399 C.c.Q. est :

loin d'être simplement introductif aux vices prévus par les dispositions de la section 3 (« des qualités et des vices du consentement »), ne serait-ce pas une disposition générale, contenant des potentialités de vices du consentement qui ne cadreraient pas forcément avec les vices spécialement réglementés? Le premier alinéa de l'article 1399 constitue-t-il un simple préambule, ou possède-t-il une autonomie normative? On pourrait également, à l'instar de plusieurs auteurs, rattacher cette question non pas à l'autonomie normative de 1399, mais à celle de l'article 1375, lequel exige la bonne foi des parties à tout moment du rapport d'obligation, et notamment lors de sa formation³⁶⁵.

L'obligation d'information ressort de l'alinéa premier de l'article 1399 C.c.Q., creuset autonome et direct de nouveaux vices. Ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés. Ainsi, faut-il conclure que les articles 1399 C.c.Q. et 1375 C.c.Q. constituent deux fondements autonomes et différents? Ou faut-il combiner les deux dispositions, l'article 1399 C.c.Q. n'étant alors qu'une application plus générale de 1375 C.c.Q.? La réponse n'est pas claire. En effet, il n'est pas rare de trouver dans la doctrine des auteurs qui considèrent la théorie des vices de consentement comme une application du principe général de bonne foi de l'article 1375 C.c.Q.³⁶⁶. Ce qui serait particulièrement le cas du dol, de sorte que sanctionner l'obligation de renseignement sous l'angle du dol n'est encore qu'une forme de mise en œuvre de la bonne foi³⁶⁷, quoique de manière restrictive. Par conséquent, que le fondement des nouvelles obligations de renseignement relève de la bonne foi ou de 1399 al.1 n'a pas véritablement d'impact significatif, puisqu'en fin de compte c'est toujours la bonne foi qui sert de base à la sanction de l'obligation de renseignement. Justifier l'obligation de renseignement par le dol revient encore à la faire reposer sur la logique de la bonne foi, bien que la notion de dol existait, et ce, bien avant le regain que connaît la notion de bonne

pour ce dernier. Voir *Société en commandite D.M.L. c. Gilbert*, [2008] R.D.I. 83 (C.S.), paragr. 68-76. Pour la doctrine, voir Jean PINEAU, « Coexistence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial, Obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2996, 1. Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, *supra*, note 49, p. 213 et s.

³⁶⁵ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, n°920, p. 463.

³⁶⁶ Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 113 et s.

³⁶⁷ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°304, p. 402; Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 56 et s. Vincent KARIM, « La règles de la bonne foi prévue dans l'article 1375 C.c.Q. : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) 41 C. de D. 459.

foi. Ce qui s'explique par le caractère englobant et la souplesse de la bonne foi. Le comportement dolosif est en fait assimilé aux actes frauduleux condamnés dans le cadre de la bonne foi, unique source de contrôle de l'obligation de renseignement³⁶⁸. Quoi qu'il en soit, le dol constitue bien le fondement approprié lorsque la vulnérabilité informationnelle découle d'une réticence ou d'un acte frauduleux ou malhonnête avec l'intention de tromper³⁶⁹. Toutefois, la violation du droit d'être renseigné de la partie vulnérable ne comporte pas toujours les éléments d'une conduite dolosive. La nécessité de renseigner la partie vulnérable peut exister en dehors de toute intention malicieuse³⁷⁰. Le recours au dol est en outre restreint parce qu'il offre un éventail limité de sanctions. Toute chose qui pourrait laisser la victime sans recours, si celle-ci ne peut prouver que la gravité du manquement était telle qu'elle ne se serait pas engagée³⁷¹. Il faut alors chercher, selon la majorité de la doctrine, dans le principe de la bonne foi, le fondement qui fournit le plus de potentialités et davantage de ressorts protecteurs.

Une obligation d'information basée sur l'article 1375 C.c.Q. En dehors des cas de dol, le principe de la bonne foi est un fondement autonome et direct qui n'exige pas de faire le détour par la théorie des vices du consentement³⁷². C'est dans le même sens que la jurisprudence sanctionne l'obligation d'information sur le fondement de l'article 1375 C.c.Q.³⁷³. Le recours à la bonne foi est d'autant plus approprié et avantageux que la victime peut prétendre à de nombreuses

³⁶⁸ Cette faute pouvant découler également du silence d'un contractant. Voir *Corporation de développement Toulon c. Valro Inc.*, J.E. 94-1600 (C.A.), p. 2 du texte intégral; Commet un dol, le vendeur qui, à la suite d'une erreur faite dans l'offre d'achat, laisse croire à l'acheteur qu'il acquiert une partie de terrain qui appartient dans les faits à la municipalité. Voir *Creighton c. Grynspar*, [1987] R.J.Q. 527 (C.A.), p. 4-5 du texte intégral.

³⁶⁹ Voir la position de la Cour supérieure dans l'affaire *Banque de Montréal c. Bail Ltée* [1992] 2 R.C.S. 554, 568-570. Voir également *Gendron c. 87220 Canada Ltée (Excavation Bruno Sanfaçon)*, 2009 QCCQ 583 (CanLII), paragr. 80-88; Est condamné pour dol et violation de l'obligation de renseignement, le fabricant qui, au courant de l'existence tant d'un recours à son encontre et d'une décision rendue contre lui, n'en informe pas les personnes pouvant en bénéficier afin d'éviter de leur verser les paiements dont elles auraient droit en vertu d'un règlement obtenu au préalable. Voir *Association d'aide aux victimes des prothèses de la hanche/The Hid implant Victim's Association c. Centerpulse Orthopedics Inc.*, [2005] R.J.Q. 1701 (C.S.), paragr. 51-108; *Boucher c. Développements Terriglobe inc.*, [2001] R.D.I. 213 (C.A.), paragr. 10-27; *F & I Holdings Inc. c. 87313 Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 851 (C.A.), p. 6-11 du texte intégral; *Société en commandite D.M.L. c. Gilbert*, [2008] R.D.I. 83 (C.S.), paragr. 68-76.

³⁷⁰ Voir l'analyse détaillée de Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 34 et s. et 81 et s. À travers l'analyse détaillée de la jurisprudence, l'auteure montre de manière convaincante qu'une bonne compréhension de la bonne foi, notamment dans le cadre de l'obligation d'information, ne requiert pas forcément la présence d'une intention dolosive ou malicieuse.

³⁷¹ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », *supra*, note 194, 173.

³⁷² Voir Didier LUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, n°920, p. 463; Marie Annick GRÉGOIRE, « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », *supra*, note 194, 173.

³⁷³ Dans *Walsh & Blais Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.), il est rappelé que l'obligation de renseignement est fondée sur la nouvelle moralité contractuelle et l'obligation générale de bonne foi (paragr. 229); *Confessions Lamartine inc. c. Informatique EBR inc.*, B.E. 99BE-294 (C.Q.), paragr. 28-30.

catégories de sanctions en fonction de la situation, notamment la fin de non-recevoir. Elle entraîne la paralysie totale du recours et évite à la victime tout débat au fond. La partie vulnérable peut soulever le non-respect de son droit à l'information afin de mettre fin aux poursuites introduites contre elle par son cocontractant, notamment lorsque ce dernier demande l'exécution du contrat ou évoque une clause contractuelle de non-responsabilité afin de s'exonérer de son comportement fautif³⁷⁴. Le juge peut aussi reconnaître l'existence d'une obligation d'information sur le fondement de l'article 1375 C.c.Q.³⁷⁵.

L'élargissement de l'obligation d'information sous l'égide de la bonne foi. La portée de la bonne foi en matière informationnelle va plus loin que l'obligation contractuelle d'information. Si l'on considère la bonne foi comme un fondement autonome et direct de l'obligation d'information, cela s'applique-t-il également à la phase précontractuelle? La réponse n'est pas simple, car elle implique une prise de position sur la nature extracontractuelle ou contractuelle des sanctions applicables à ce stade. Pour une partie importante de la doctrine, la période précontractuelle est source de responsabilité extracontractuelle³⁷⁶. De l'avis de Vincent Karim, les parties sont liées, de la période des pourparlers à la période post-contractuelle, par un ensemble d'obligations et de droits virtuels, issus de la bonne foi et de l'équité, qui s'imposent derechef à eux, desquels résulte notamment l'obligation précontractuelle d'information³⁷⁷. L'idée n'est pas sans intérêt, car elle rend possible la sanction contractuelle du manquement à l'obligation d'information à ce stade, et élargit surtout la protection du contractant dans une perspective moralisatrice. L'obligation d'information fait partie d'un ensemble d'obligations se greffant au contrat et ne tire

³⁷⁴ Les parents peuvent ainsi contester les poursuites exercées contre eux à titre de caution pour les dettes de leur enfant. Voir *Caisse populaire de Sorel c. Beauchemin*, J.E. 98-1886 (C.S.) *paxim*; Ne respecte son obligation d'information, la banque qui néglige d'informer son débiteur des différentes modifications apportées à sa créance, notamment en cas de dation, de substitution de débiteur ou d'une vente pour taxes. Voir *Salvatore L. Briqueteur inc. c. Banque Nationale du Canada*, [2002] R.J.Q. 1895 (C.A.), paragr. 66; N'agit pas de bonne foi, celui qui accepte l'offre d'un soumissionnaire sachant que ce dernier ne pourra en exécuter les termes et ne lui divulgue pas les informations qu'il détient dans l'espoir de lui faire supporter la différence de prix dans l'exécution des travaux. Voir *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. services informatiques Decision sxd*, [2004] R.J.Q. 69 (C.A.), paragr. 62 -67.

³⁷⁵ Citons l'exemple de la garantie conventionnelle présentée dans un message publicitaire et que les parties n'ont pas repris dans le contrat. L'article 143 de la *Loi sur la protection du consommateur* permet alors au tribunal de l'ajouter au contenu contractuel. Voir Marie Annick GRÉGOIRE, « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », *supra*, note 194, 173.

³⁷⁶ Voir Brigitte LEFEBVRE, « La négociation d'un contrat : source potentielle de responsabilité extracontractuelle », *supra*, note 339, p. 571-592.

³⁷⁷ Voir Vincent KARIM, « La règles de la bonne foi prévue dans l'article 1375 C.c.Q. : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) 41 C. de D. 459.

pas leur source de la volonté des parties, mais directement de la bonne foi. Il en résulte un véritable « contrat moral »³⁷⁸ et rien n'empêche alors d'envisager l'existence de telles obligations au stade précontractuel. En reconnaissant une obligation d'information en faveur du contractant en position de vulnérabilité, le tribunal admet que les contractants ne peuvent plus rester indifférents l'un par rapport à l'autre ou exploiter impunément une position ou une information privilégiée. Il ne s'agit plus seulement pour le contractant d'être prudent et diligent. Ce dernier commet une faute lorsque, sachant l'importance de l'information qu'il détient pour son cocontractant, il ne la lui transmet pas. La responsabilité de la partie débitrice de l'information se trouve élargie. La bonne foi donne à cet égard une nouvelle couleur à la relation entre les parties. Le contractant n'est plus seulement tenu d'exécuter sa prestation, il doit informer son partenaire et lui transmettre, si nécessaire, tout renseignement permettant de lui assurer un engagement réel. La reconnaissance de l'obligation d'information traduit la prise en compte de l'inégalité informationnelle entre les parties et la pénétration d'obligations nouvelles au sein du champ contractuel qui en ressort agrandi. Cette orientation ressort nettement des situations spécifiques dans lesquelles le législateur a choisi d'imposer une telle obligation.

Le contrat de vente. Il arrive que l'information soit codifiée par le législateur dans des circonstances spéciales. Il en va ainsi de la notion de vices cachés dans le contrat de vente. L'article 1733 C.c.Q. prévoit que « le vendeur ne peut exclure ni limiter sa responsabilité, s'il n'a pas révélé les vices qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer et qui affectent le droit de propriété ou la qualité du bien ». Une disposition dont la lecture doit être combinée à celle de l'article 1726 C.c.Q. sur la garantie de qualité due à l'acheteur par le vendeur. L'article 1728 C.c.Q., quant à lui, prévoit la sanction en cas de non-respect de cette garantie. Une autre forme d'obligation indirecte de divulgation dans le contrat de vente résulte de la garantie par le vendeur de son droit de propriété prévue à l'article 1723 C.c.Q. Cette garantie concerne l'existence d'éventuels empiètements ou les restrictions liées à l'application d'un règlement de droit public, tel un

³⁷⁸ Voir en France, Stéphane DARMASIN, *Le contrat moral, supra*, note 48. L'auteur montre qu'étant donné l'importance accordée en droit des contrats contemporains aux notions morales, notamment l'abus et la bonne foi, il émet l'hypothèse qu'il existe dès la phase des négociations, un contrat moral entre les parties. Celui-ci tire son fondement de la morale. Il se greffe et se rattache de manière virtuelle, mais tout à fait réelle, au contrat lui-même et constitue la source d'obligations qui s'imposent par le fait même aux parties. La proposition de Monsieur Karim peut parfaitement s'intégrer dans une telle perspective.

règlement de zonage ou une restriction³⁷⁹. La non-divulgarion des informations lors de la vente peut être mise en œuvre aussi bien dans le cadre des règles spécifiques à la vente que celles de la théorie des vices du consentement, notamment le dol. Mais tel n'est pas toujours le cas, puisque le non-respect du droit à l'information implicite de l'acheteur exige que le débiteur ait agi sciemment. La même observation peut être faite concernant l'obligation implicite d'information du vendeur professionnel tirée cette fois de l'article 1434 C.c.Q. Ce dernier doit avertir l'acheteur de la dangerosité cachée et inhérente³⁸⁰. Cette obligation découle indirectement des termes de l'article 1434 C.c.Q. qui énonce que les obligations contractuelles ressortent non seulement de ce qui est stipulé, mais aussi de la nature, les usages, l'équité ou la loi³⁸¹. En fait, la loi punit celui qui, connaissant certaines informations et les sachant essentielles à l'engagement de l'autre partie, choisit sciemment de ne pas les divulguer, espérant ainsi procéder à la vente à des conditions qui lui sont plus avantageuses³⁸². Seulement, si le contrat est le lieu de l'opposition entre les intérêts, un tel comportement doit-il étonner? Comment affirmer d'une part que chaque contractant doit défendre ses propres intérêts, et, d'autre part, exiger une divulgation spontanée et entière de la part du débiteur de l'information? Le vendeur ne sera pas aisément disposé à transmettre les informations, surtout dans la mesure où une telle

³⁷⁹ Un vendeur ne peut laisser croire à un acheteur potentiel que l'espace utilisé exceptionnellement à titre résidentiel peut en réalité servir un tel usage alors même qu'il connaît la restriction du zonage de la Ville. Voir *Dehasse c. Gravel*, 2009 QCCS 4829 (CanLII), paragr. 53-55; Ne respecte pas son obligation de divulgation le vendeur qui ne signale pas dans l'offre d'achat l'existence et l'étendue d'une servitude d'accès au profit de la voirie grevant le terrain concerné. Voir *Cartier Pontiac Buick GMC Itée c. Canac-Marquis Grenier Itée*, [2009] R.D.I. 329, paragr. 41-49; Commet une erreur simple, le vendeur exploitant une activité sans obtenir les autorisations requises et dont le comportement fait croire de manière erronée à l'acheteur que l'activité exploitée est conforme à la réglementation. Voir *Martin c. Marcon*, 2008 QCCS 2708 (CanLII), paragr. 153-166; Le vendeur qui n'informe pas l'acheteur de l'existence des limitations d'ordre public en vigueur au moment de la vente devra supporter les coûts qui pourraient en résulter. Voir *Thifault c. Larocque*, 2006 QCCQ 6557 (CanLII), paragr. 25-30; *Quiron c. Bouchard*, 2007 QCCQ 2222 (CanLII), paragr. 17-22.

³⁸⁰ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 3e éd., avec la collaboration de Michelle CUMYIN, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n°112; Dans la jurisprudence, voir *Services techniques Claude Drouin inc. c. Ventilateurs TLT Co-Vent inc. (Ventilateurs Co-Vent inc.)*, J.E. 2008-1184 (C.A.).

³⁸¹ La possibilité d'envisager le dépassement du cadre contractuel remonte à bien plus loin que le Code civil de 1994. En ce sens, il est déjà arrivé que les obligations d'une partie débordent les limites de la responsabilité purement contractuelle. Voir *National Drying Machinery Co. c. Wabasso*, [1981] 1 R.C.S. 578 *paxim*; Une entente implicite peut découler d'un travail organisé entre des partenaires pour l'exécution d'une tâche et lorsqu'elle requiert l'utilisation d'un matériel loué, l'obligation de sécurité du locateur lui impose de divulguer aux locataires les informations pertinentes à leur bonne utilisation. Voir *Accessoires d'auto Vipa inc. c. Therrien*, [2003] R.J.Q. 202 (C.S.), paragr. 24-61; Il a aussi été établi qu'il existe un lien contractuel entre l'acheteur et le fabricant de sorte que l'obligation de diligence du second l'oblige à fournir des informations au premier en vue du bon usage du bien ou du produit. Voir *J.E. Livernois Ltée c. Plamondon*, J.E. 85-619 (C.A.) *paxim*.

³⁸² Voir *General Motors Products Old Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790 *paxim*. Il y a été rappelé que le fabricant ne peut recourir aux clauses de limitation de responsabilité pour réduire la portée de la garantie légale et des obligations qui en découlent, notamment en matière de vices cachés. Voir aussi Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente, supra*, note 380, n° 159, 160 et 164.

dénonciation n'est pas à son avantage. Dans *Proulx-Robertson c. Collins*, il est signalé que « les vendeurs demeurent soumis à des obligations d'honnêteté et de loyauté vis-à-vis de l'acquéreur potentiel. Connaissant un problème sérieux, ils se doivent, à tout le moins, de ne pas induire en erreur l'autre partie en l'envoyant délibérément sur une fausse piste ou en introduisant chez elle un sentiment de fausse sécurité »³⁸³. De notre point de vue, en faisant reposer l'obligation de renseignement sur la bonne foi, on entretient un paradoxe : garder l'information ou la divulguer en fonction des intérêts en jeu. On répondra vainement que, malgré que chacun soit seul apte à défendre ses intérêts, il ne peut le faire au détriment de son cocontractant. La même contradiction peut être observée à propos de l'obligation d'information au sein du contrat de cautionnement.

Le contrat de cautionnement. Le contrat de cautionnement est l'un des domaines dans lequel l'obligation d'information se fait ressentir puisque le déséquilibre contractuel y est particulièrement marqué³⁸⁴. Il présente pourtant une autre variante du caractère indirect de l'obligation de renseignement. En effet, c'est uniquement lorsque la caution le sollicite qu'elle peut être informée. La loi n'exige du débiteur de ne transmettre l'information que si la caution en fait expressément la requête. Ceci résulte de l'article 2345 C.c.Q. qui dispose que : « le créancier est tenu de fournir à la caution, sur sa demande, tout renseignement utile sur le contenu et les modalités de l'obligation principale et sur l'état de son exécution ». (nous soulignons). L'accent n'est pas mis sur la nécessité de la transmission de l'information, mais sur la logique de défense égoïste d'intérêts. Ce qui peut étonner, notamment lorsque des profanes sont impliqués et l'engagement de la caution est fait sur une base amicale, familiale ou relationnelle. En effet, dans le cadre d'une relation de professionnel à profane, et dans laquelle chacun défend son intérêt, il peut ne pas être à l'avantage du créancier professionnel de transférer toutes les informations à la caution ou sur la dette tant qu'aucune demande ne lui est expressément faite³⁸⁵. Une position

³⁸³ Voir [1992] R.D.I. 154 (C.A.) 158.

³⁸⁴ Voir André BÉLANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme juridique : L'exemple du contrat de cautionnement », *supra*, note 232; Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 35 et s.

³⁸⁵ Si l'article 2345 C.c.Q. pose comme condition la demande faite par la caution, dans l'affaire célèbre *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, il est bien rappelé que le créancier ne peut donner une information partielle (p. 355-357); Est libérée la caution qui se voit opposer un refus catégorique de la part du créancier de qui elle requiert des informations concernant les activités du débiteur principal, et ce, en violation des dispositions de l'article 2375 C.c.Q. voir *Promotions Atlantiques inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, J.E. 2003-02883 (C.A.); Il est arrivé que le juge constate que la banque ne s'est pas souciée de la situation de la caution dans la mesure où elle avait suffisamment de

pour le moins surprenante, car l'importance du contrat de cautionnement et les enjeux économiques, notamment, peuvent échapper à la caution. Dans ce contexte, il n'est pas illogique de penser qu'il appartient au professionnel d'aider la caution à comprendre la situation financière du débiteur principal. En exigeant une demande expresse, le législateur libère le professionnel de toute obligation de principe vis-à-vis de la caution. L'information de la caution est restreinte par l'obligation de s'informer soi-même, ou dans le cas de la caution, d'en faire la demande expresse. Ce qui n'est pas sans poser quelques problèmes. Lorsque la caution est profane, les informations dues par le créancier doivent-elles être restreintes et transmises à la seule condition que la caution en fasse la demande ou doit-on conclure à l'existence d'une obligation générale d'information pesant derechef sur le débiteur de l'information? Quelques décisions soutiennent, en référence à l'arrêt *Soucisse*³⁸⁶, l'existence d'une obligation d'information générale au profit de la caution³⁸⁷, alors que d'autres soumettent cette obligation aux conditions expresses de l'article 2345 C.c.Q. et aux critères de l'arrêt *Bail Ltée*³⁸⁸. Avant de prendre position sur la portée de l'obligation de l'information d'un contractant au profit de la caution, il convient de se demander s'il s'agit d'une partie en position de vulnérabilité. Or, pour répondre à cette question, il faut, au préalable, convenir que toutes les cautions, comme d'ailleurs tous les contractants, ne peuvent être logées à la même enseigne. En effet, la caution professionnelle, rompue à la gestion des affaires et maîtrisant les aspects financiers de l'activité du débiteur principal, ne peut être considérée sur un pied identique à celui de la caution profane, qui s'engage souvent pour des raisons amicales, familiales ou relationnelles. C'est seulement en opérant cette distinction qu'on peut saisir à quel point une approche individualiste du contrat de cautionnement mettant aux prises des profanes est inapte à assurer leur protection face à un professionnel³⁸⁹. L'approche

garanties lui assurant le remboursement de sa dette, mais sans pour autant en déduire une attitude fautive. Voir *Sœur du Bon-Pasteur de Québec c. Banque Royale du Canada*, [2006] R.J.Q. 2769, paragr. 423-429.

³⁸⁶ Voir *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

³⁸⁷ Récemment, il a été décidé qu'un notaire viole son devoir de conseil et d'information à l'égard d'une personne âgée s'il néglige de lui indiquer la portée des engagements financiers qu'elle prend à titre de caution dans le cadre d'investissements immobiliers de son fils voués à l'échec compte tenu des montages financiers opérés. Voir *Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec, service des sinistres c. Couture*, J.E. 2012-284, paragr. 64-75; Le créancier qui informe la caution des procédures entreprises afin de réaliser ses garanties par l'envoi de lettres à son procureur s'est pleinement libéré de son obligation d'information. Voir *Nadeau c. Investissements Normand Beauregard inc.*, 2015 QCCA 370 (CanLII), paragr. 18-20.

³⁸⁸ Voir *Banque Nationale du Canada c. Goulet*, 1997 QCCA 10411 (CanLII). Les critères dégagés par la jurisprudence ne s'appliquent pas lorsque la caution n'est pas dans une position informationnelle vulnérable, plus encore, si elle est l'actionnaire unique de la société pour laquelle elle s'est engagée à titre de caution. Voir *Trust La laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.), paragr. 42-53.

³⁸⁹ Voir *Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec, service des sinistres c. Couture*, J.E. 2012-284 (C.A.), paragr. 64-75.

restrictive de l'obligation d'information peut se comprendre lorsque les contractants sont de forces égales. Sauf que tel ne semble plus être le cas lorsque la relation met aux prises une partie vulnérable et un professionnel, et ce, malgré les termes généraux et restrictifs du droit positif³⁹⁰. Admettre le principe général d'une obligation d'information n'implique plus seulement une adaptation de l'approche individualiste du contrat, mais une véritable rupture afin de mettre l'accent non plus sur l'opposition d'intérêts, mais sur la commutativité existant entre les parties. Quelques fois, les exigences légales liées à l'information peuvent mettre la partie forte en situation de précarité. Tel peut être le cas de l'assureur.

Le contrat d'assurance. À l'article 2466 C.c.Q., il est prévu que l'assuré doit déclarer à l'assureur toutes les informations pouvant aggraver le risque, et ce, afin de permettre à ce dernier d'évaluer adéquatement le risque. Selon l'article 2471 C.c.Q., l'assuré doit, sur demande, donner à l'assureur toutes les informations concernant le sinistre. La transmission des informations concernant le sinistre ne doit-elle pas être spontanée et sans attendre forcément une demande de la part de l'assureur? Cette obligation de divulgation est située dans une perspective individualiste, car si l'information permet à chacune des parties de mieux défendre son intérêt contre celui de son cocontractant, il n'est pas toujours dans l'intérêt de l'assuré de la lui transmettre³⁹¹. Ce qui explique d'ailleurs l'accroissement de l'aléa moral dans le contrat d'assurance³⁹². L'importance de l'information se retrouve également dans les contrats portant sur les soins médicaux et y jouent un rôle crucial puisqu'il s'agit de la santé des patients.

Le contrat portant sur les soins médicaux. L'un des contrats dans lequel l'obligation d'information est envisagée de manière large et plus directe est celui des soins médicaux. Le médecin, en tant que professionnel de la santé, doit non seulement donner une information complète au patient, mais il doit également s'assurer que le destinataire en a bien reçu et compris le sens et la portée. Le médecin doit fournir une information continue qui s'étend à toutes les phases de la relation

³⁹⁰ D'ailleurs, le contrat de cautionnement est un contrat d'adhésion, pré-rédigé par et pour le compte du créancier et dans lequel le rédacteur ne risque pas d'omettre d'exclure tous les droits reconnus par les dispositions du *Code civil du Québec* à la caution, notamment les bénéfices de discussion ou de division. Ceux-ci sont pas le fait même vider de leur effet protecteur.

³⁹¹ Ce d'autant plus que l'assuré ne comprend pas forcément le fonctionnement de l'assurance et la nécessité qu'a l'assureur d'obtenir une exacte évaluation du risque. Le recours à l'idée de mutualité pour justifier la relation contractuelle semble dès lors problématique. Voir à cet effet l'étude André BÉLANGER et Joelle MANEKENG TAWALI, « Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurances », (2009) 39 *R.G.D.* 297-328.

³⁹² *Id.*

contractuelle de soins. Dans ce domaine, compte tenu des conséquences importantes sur la santé et l'intégrité de la personne, le droit à l'information du patient est un véritable privilège, puisqu'il se rapproche d'une obligation de résultat. En effet, bien qu'elle soit souvent mise à mal par l'absence de lien causal, l'étendue de l'obligation d'information du médecin porte tant sur les risques graves que ceux qui le sont moins et tous ceux pouvant présenter des conséquences significatives³⁹³. La différence d'approche est nette avec les hypothèses d'information implicite ou de celles relevant de la bonne foi, dans lesquelles il n'est pas exigé du débiteur de l'information qu'il s'assure que le bénéficiaire en ait bien compris le sens. Le médecin doit s'assurer de l'efficacité de l'information, il ne peut se contenter de la transmission passive de celle-ci. En matière de soins médicaux, le médecin doit expliquer au patient non seulement les procédés envisagés et leurs effets, mais également, les choix et alternatives qui s'offrent éventuellement au patient³⁹⁴. Au fond, l'intérêt du médecin et celui du patient ne sont pas divergents. Le but du premier est de soigner le second, et ce dernier veut guérir. Toutefois, le patient n'a souvent d'autre choix que de subir le traitement ou l'opération envisagée, quoiqu'il n'ait pas totalement assimilé les techniques ou procédés utilisés. S'il arrive que l'objectif recherché soit purement esthétique, même alors, le médecin demeure tenu à une lourde obligation d'information. Qu'il s'agisse de l'obligation générale ou spécifique d'information, le principe premier est d'abord celui de l'existence d'une obligation fondamentale de se renseigner, et ce, même en présence de contrats marqués par le déséquilibre. Un aspect qui mérite que l'on s'y attarde de manière plus détaillée, puisqu'il permet de traiter les questions de l'existence, la nature et la portée exacte du droit à l'information du contractant vulnérable.

Para II L'obligation fondamentale de s'informer soi-même : postulat de départ

³⁹³ Pour l'obligation du médecin de renseigner adéquatement le patient et de suivre l'évolution de son état de santé, voir *Laferrière c. Lawson*, [1991] R.C.S. 541 *paxim*. En plus, l'obligation d'information du médecin est continue : elle prend naissance au début du processus, s'étend pendant les soins et se prolonge même après une intervention. Voir *Paterson c. Rubinovich*, [2000] R.R.A. 26 (C.A.), paragr. 12-25; Le médecin doit informer le patient des dangers possibles du traitement qu'il envisage : voir *Brochu c. Camden-Bourgault*, [2001] 447 (C.A.), paragr. 42-49; *Parenteau c. Drolet* [2000] R.R.A. 26, p. 28-29 du texte intégral. L'utilité de l'opération envisagée par le médecin peut être incertaine et l'intervention inefficace. Cela ne préjuge pas d'une faute de la part de celui-ci, et ce, même si d'autres spécialistes sont en désaccord avec l'opération subie par le patient, qui peut en avoir saisi les risques et acquiescé. Voir *Marcoux c. Bouchard*, [2001] 2 R.C.S. 726, paragr. 27-30; *Soltani c. Desnoyers*, 2012 QCCA 2257 (CanLII), paragr. 22-31. Encore faut-il que le patient n'ait pas eu un comportement fautif ou négligent, voir *Centre hospitalier de l'Université de Montréal c. Bataoukaeva*, 2008 QCCA 104 (CanLII), paragr. 27.

³⁹⁴ Voir Pauline LESAGE-JARJOURA, Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Éléments de responsabilité civile médicale : le droit dans le quotidien de la médecine*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n^{os} 191 et s.

La vision individualiste de l'obligation d'information. Le régime général de l'obligation d'information³⁹⁵ a été enfermé dans une vision précise du contrat³⁹⁶. Cette jurisprudence fait ressortir les trois principaux critères à partir desquels l'obligation de renseignement fonde sa démarche : le caractère déterminant de celle-ci, la connaissance ou la présomption de connaissance par le débiteur de cette information et l'ignorance de ces informations par le créancier de l'obligation. Ces critères sont assez bien connus. Les questions qu'ils pourraient soulever portent sur leur orientation et leur portée. En principe, comme le mentionne Marie Annick Grégoire, en droit québécois des contrats, « il n'existe pas d'obligation générale de veiller aux intérêts d'autrui hors du cadre du respect de la coexistence paisible des droits et intérêts d'autrui »³⁹⁷. Dans le même sens, en droit français, Philippe Delebecque rappelle que le contrat « repose avant tout, comme l'a souligné le Doyen Carbonnier, sur un antagonisme d'intérêts et doit permettre de faire de bonnes affaires. S'il faut supprimer les manœuvres déloyales, il n'est pas nécessaire de faire du sentimentalisme »³⁹⁸. Telles sont les balises à l'intérieur desquelles la gestion de la vulnérabilité informationnelle du contractant reste encore enfermée. Ces conditions rigides entravent sérieusement l'expansion de l'obligation d'information. En effet, celle-ci est soumise à une norme préalable : celle de l'obligation d'agir de manière raisonnable, avec prudence et diligence³⁹⁹, de laquelle découle l'obligation fondamentale de s'informer soi-même, principe de départ au sein de la relation contractuelle. Une position idéologique, car comme l'exprime François Ewald, les faiblesses et la vulnérabilité de l'individu, au sens libéral et individualiste, « accusent moins un fonctionnement qu'il faudrait modifier qu'elles ne sont un appel à une plus grande prudence et à un surcroît de prévoyance »⁴⁰⁰. Malgré sa vulnérabilité,

³⁹⁵ Voir *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1987) Itée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.), p. 28 et s. du texte intégral. Voir aussi *Walsh & Brais inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*, [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.), paragr. 228; Violent l'obligation de renseignement celui qui ne communique pas à son partenaire la nature véritable de l'état du sol sur lequel doivent être érigés des bâtiments. Voir *Construction du Saint-Laurent Ltée c. Aluminerie Alouette Inc.*, J.E. 2001-814 (C.S.); il y a violation de l'obligation de renseignement lorsque l'état des tuyaux de canalisations qui n'avaient pas été nettoyés par le Ministère depuis près de 36 ans ont rendu le travaux plus coûteux. Voir *Sintra inc. c. Drainamar inc.*, 2001-27136 (C.A.) 38603 (CanLII), paragr. 2-9.

³⁹⁶ Critère repris par le juge Gonthier dans *Banque de Montréal c. Bail Itée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 585-588. Voir aussi *Association de la construction du Québec c. Entreprises Yves M. Caron*, J.E. 2003-312 (C.S.).

³⁹⁷ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, supra, note 49, p. 94.

³⁹⁸ Voir Philippe DELEBECQUE, (note sous cassation), 2^e civ., 19 mai 1996, Défrenois, p. 1374.

³⁹⁹ Voir Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 50-54; Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, supra, note 49, p. 106 et s.

⁴⁰⁰ Voir *L'État providence*, supra, note 1, p. 87.

« l'homme libéral est sans prétexte et sans excuse »⁴⁰¹. Les privilèges exorbitants de sa volonté ne sauraient être totalement remis en cause, car « [...] quoiqu'il lui arrive, victoires ou défaites, il ne peut les attribuer qu'à lui-même »⁴⁰². C'est dans cette perspective théorique que s'inscrit l'obligation fondamentale de se renseigner soi-même⁴⁰³. Toute chose qui ressort assez bien des analyses des professeurs Didier Lluellas et Benoit Moore qui expliquent que, concernant l'obligation de renseignement, « malgré les apparences, ce devoir du contractant ne serait pas le principe, mais un tempérament à un principe situé en amont : celui de la nécessité – pour le cocontractant – de veiller à ses propres intérêts »⁴⁰⁴. L'obligation d'information est envisagée par les auteurs lors de l'exécution du contrat, il n'en reste pas moins vrai qu'elle intervient aux phases précontractuelles et lors de la conclusion du contrat⁴⁰⁵. C'est d'ailleurs au moment de prendre la décision de s'engager que le contractant doit se renseigner. Dans l'affaire *Courtemanche c. Banque Nationale du Canada*, il est clairement énoncé qu'« il convient de souligner qu'il incombe à une personne qui contracte une obligation de se renseigner et de voir à prendre certaines précautions avant de s'engager »⁴⁰⁶. En fait, plus on se reconnaît vulnérable, plus il est de la responsabilité de chacun de prendre des mesures afin que cette vulnérabilité ne soit pas l'occasion pour l'autre de subjuguier la partie vulnérable. Cette exigence dite « naturelle » de se renseigner est applicable à la phase de formation du contrat comme le gage d'une volonté réelle. Elle participe pleinement à la recherche d'un consentement éclairé. Il est dans la normalité des choses que le contractant protège ses intérêts. Il ne peut le faire qu'en s'informant au préalable, au moins, en ce qui concerne l'information aisément accessible⁴⁰⁷. Étant le meilleur garant de ses intérêts, le contractant ne doit attendre de son cocontractant qu'une information qui lui est

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 85. D'ailleurs, François Ewald estime qu'on a longtemps cherché dans le kantisme les fondements du volontarisme, alors que Kant décrivait un individu rationnel pur qui, en réalité, n'existe pas dans les faits. Il suggère de chercher davantage dans l'existentialisme sartrien qui marque plutôt le règne de l'« homme délaissé » et « condamné à être libre ».

⁴⁰² *Ibid.*, p. 85.

⁴⁰³ Notons la remarque de Jean-Étienne-Marie Portalis (l'un des rédacteurs du Code civil français) qui affirmait déjà à l'époque qu'« un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables et ne pas négliger ce qui est utile ». Voir Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « discours préliminaire », dans Pierre-André Fenet (dir.), *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989, 35, p. 53-54.

⁴⁰⁴ Voir *Droit des obligations*, *supra*, note 158, n°2009, p. 1143.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, n°928-930, p. 467.

⁴⁰⁶ 1987 QCCA 1085 (CanLII). Dans cette affaire, une caution reproche à la banque de ne pas lui avoir fourni toutes les informations nécessaires sur la situation financière du débiteur principal et prétendait que si elle avait su, elle ne se serait pas engagée ou y aurait mis un terme.

⁴⁰⁷ Il n'est pas toujours simple de bien saisir l'idée que certaines informations sont facilement accessibles. De plus, l'accès à celles-ci ne suffit pas toujours, spécialement lorsque la vulnérabilité du contractant est envisagée sous l'angle systémique et collectif. Dans ce contexte, l'afflux d'informations, la publicité et la complexité ne simplifient pas sa compréhension. Nous y reviendrons au chapitre premier du titre premier de la seconde partie.

inaccessible par des moyens raisonnables. Face à sa vulnérabilité et sa faiblesse, la première attitude responsable du contractant est de se renseigner lui-même⁴⁰⁸. Ce faisant, l'obligation d'information, tel qu'elle a été développée par la jurisprudence et décrite par une bonne partie de la doctrine, présente trois caractéristiques principales qui la rendent compatible avec la perspective volontariste et individualiste du contrat : exceptionnelle, restrictive et passive.

Une obligation d'information restreinte. L'obligation de renseignement est exceptionnelle, restreinte et passive dans la mesure où elle n'intervient que si le contractant vulnérable s'est préalablement informé. Le devoir de s'informer reste donc le principe et, par conséquent, la nécessité d'être renseigné, l'exception. Ceci apparaît clairement dans les principales décisions jurisprudentielles portant sur l'obligation d'information⁴⁰⁹. La conséquence directe en est que l'obligation de s'informer est interprétée de manière large, tandis que le droit à l'information fait l'objet d'une approche restreinte. Comme le rappelle le tribunal dans l'affaire *Trust La Laurentienne du Canada c. Losier* : « Finalement, cette obligation positive de renseignement a **une portée relative** puisque la Cour suprême maintient "l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires" »⁴¹⁰ (Nous soulignons). Dans la même décision, le tribunal conclut que : « l'intimé a manqué à son obligation fondamentale de se renseigner lui-même et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires »⁴¹¹. Par ailleurs, pour bénéficier de la protection du principe de la bonne foi, il faut avoir soi-même agi de manière prudente et diligente tout au long du processus. Il appartient à chacun

⁴⁰⁸ Le principe de l'obligation de se renseigner précède habituellement celui de l'obligation de renseignement, accessoire. Voir *Banque de Montréal c. Bail Itée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 587. Dans *F & I. Holdings Inc. c. 87313 Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 851 (C.A.), p. 4-5 du texte intégral. En l'espèce, la Cour supérieure a refusé de reconnaître une obligation d'information à l'égard d'un vendeur-promettant qui avait dénoncé l'existence d'une servitude sans en révéler le contenu. Il savait pourtant bien que les restrictions (164 unités de logements) allaient directement à l'encontre des projets de l'acheteur-promettant (288 unités), espérant que ce dernier ne procéderait pas la vérification. Il n'en demeure pas moins que c'est bien parce qu'il n'a pas consulté la teneur de la servitude dénoncée, faisant légitimement confiance au vendeur, que la Cour supérieure le condamne, puisqu'en agissant ainsi, il n'aurait pas suffisamment veillé à ses intérêts! Voir dans le même sens, *Société en commandite D.M.L. c. Gilbert*, [2008] R.D.I. 83 (C.S.), paragr. 68-76.

⁴⁰⁹ S'il est admis que les consommateurs et les adhérents sont mal informés, le juge et le législateur hésitent pourtant à donner à l'obligation de renseignement, d'information ou de conseil une portée générale. La Cour suprême a reconnu l'obligation de renseignement. Elle ajoute toutefois « qu'il ne faut pas donner à l'obligation de renseignement une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires ». Voir *Banque de Montréal c. Bail Itée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 587. Position reprise plus récemment dans *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1987) Itée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.), p. 28-37 du texte intégral.

⁴¹⁰ Voir *Trust Laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.), paragr. 29.

⁴¹¹ *Ibid.*, paragr. 45.

des contractants, fut-il adhérent ou profane, de prendre tous les moyens pour obtenir les informations reliées aux risques et enjeux de la situation afin d'aboutir à un engagement éclairé⁴¹². C'est seulement lorsque le contractant vulnérable et de bonne foi ne peut pas obtenir, par ses propres moyens, de telles informations, qu'il pourrait éventuellement incomber à son cocontractant de le renseigner, compte tenu de son expérience, de son domaine de compétence⁴¹³ ou encore de sa qualité⁴¹⁴. En effet, commentant l'affaire *Yoskovitch c. Tabor*, Marie Annick Grégoire soutient que :

Le contractant, qui prétend qu'un contrat a été conclu alors que son cocontractant n'a pas fait preuve de bonne foi, devrait démontrer, à moins de circonstances exceptionnelles, qu'il a fait preuve de prudence et qu'il n'a pas été négligent dans la gestion de ses propres intérêts lors de la conclusion du contrat⁴¹⁵.

Ce qui, toujours selon l'auteure, n'est pas seulement une conséquence du principe de bonne foi, mais un préalable, une balise de l'obligation de renseignement. Dans ces conditions, il appert que la reconnaissance d'un droit à l'information pour la partie vulnérable est exclue.

L'impossible droit à l'information au profit du contractant vulnérable : une obligation exceptionnelle et passive. Le cadre strict dans lequel reste enfermée l'obligation d'information empêche l'existence au profit du contractant vulnérable d'un droit à l'information. Ce dernier bénéficie seulement de la possibilité d'être informé lorsque des conditions strictes sont réunies. Le potentiel de protection du contractant est alors limité par l'obligation subjective de diligence et de prudence, qu'il pourra éventuellement soulever dans la mesure où il a lui-même adéquatement veillé à ses intérêts. En outre, faire du devoir de se renseigner une condition

⁴¹² Voir *Walsh & Brais inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*, [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.), paragr. 228; *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.), paragr. 33; *Trust Laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.), paragr. 29; Ne peut prétendre à la protection du droit celui qui ne lit ni ne suit les directives données avec la livraison d'un appareil à haute capacité de surchauffe : *Aviva compagnie d'assurance du Canada c. Pyradia inc.*, 2011 QCCA 592 (CanLII), paragr. 5-11; Lorsque c'est possible, le soumissionnaire doit procéder à la vérification des informations fournies dans l'appel d'offres. S'il constate l'existence d'un trop grand décalage avec la réalité, il est tenu d'en informer le maître d'ouvrage. Voir *Excavation St-Pierre et Tremblay inc. c. J.E. Verreault et fils Itée*, [2007] R.D.I. 104 (C.S.), paragr. 36-49.

⁴¹³ En cas de modification majeure au contrat, à l'instar du changement de l'emplacement où doit être effectué le creusage d'un puit, le cocontractant doit fournir de nouveaux renseignements sur les conditions du sol à son partenaire, et ce d'autant plus que l'entrepreneur est justifié de lui faire confiance compte tenue de son expertise particulière dans le domaine. Voir *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1987) Itée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.), p. 32-34 du texte intégral; Pour une décision dans laquelle la Cour d'appel fait une application minutieuse des critères développés dans l'arrêt *Bail Itée*, voir *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2005] R.J.Q. 2267 (C.A.), paragr. 74-90 conf. par [2007] 3 R.C.S. 461; *Trust Laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.) para 28-30.

⁴¹⁴ Voir *Banque Nationale du Canada c. Couture*, [1991] R.J.Q. 913 (C.A.).

⁴¹⁵ Voir *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p.55.

préalable à la mise en œuvre de l'obligation de renseignement due par la partie forte ne favorise pas une approche objective de cette obligation. Pourtant, une telle approche pourrait ouvrir la porte à l'existence d'un droit à l'information. Dans ce contexte, la protection à laquelle aurait droit la partie faible s'opère au cas par cas, de manière restrictive et exceptionnelle. Qui plus est, un tel droit à la protection du contractant suppose l'extension non seulement de l'obligation de renseignement, mais aussi la reconnaissance d'obligations positives au profit des parties vulnérables et à l'encontre de celle en position de force. Or, le recours à l'obligation fondamentale de se renseigner réduit son caractère général. Dans *Banque de Montréal c. Bail Itée*, l'obligation de renseignement renvoie au respect des « normes de comportements d'une personne raisonnable »⁴¹⁶. Si le droit à la protection peut être envisagé, c'est seulement dans l'hypothèse où il s'inscrit dans la recherche d'une conduite moralement admissible. Il ne justifie pas forcément l'extension du champ obligationnel des parties. Même lorsque cela implique d'adopter un comportement actif, les obligations et droits qui en découlent doivent encore être entendus restrictivement⁴¹⁷. En fait, *stricto sensu*, l'obligation de renseignement apparaît alors comme une obligation minimale ayant peu d'impact sur le principe de s'informer. Une position qui se justifie par des impératifs de stabilité contractuelle.

Une obligation d'information atténuée au nom de la sécurité des échanges. L'approche limitative de l'obligation d'information trouve sa principale justification dans la crainte de voir son développement nuire à l'efficacité et à la sécurité des transactions⁴¹⁸. Faire de l'obligation de s'informer soi-même un prérequis ne résulte-t-il pas justement de la méconnaissance des disparités réelles résultant du fonctionnement d'un marché dont la préoccupation principale vise à assurer l'efficacité économique? Face à la complexité qui caractérise les échanges économiques à grande échelle, est-il raisonnable de tabler sur la recherche individuelle d'information par un adhérent ou un profane? Cette position est d'autant plus déroutante qu'elle tient peu compte de la dimension collective de la vulnérabilité informationnelle de certaines catégories d'individus. Il est vrai qu'Internet et la consultation de forums constituent de véritables sources d'informations. Cependant, il reste que, dans les faits, comme le constate Ejan Mackaay, « agissant à petite

⁴¹⁶ Voir *Banque de Montréal c. Bail Itée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 557.

⁴¹⁷ Voir Stéphane DARMAISIN, *Le contrat moral*, *supra*, note 48, p. 195 et s. L'auteur explique que les obligations générales de renseignement qui découlent de la bonne foi relèvent des devoirs contractuels issues de l'ordre moral.

⁴¹⁸ Voir Bernard RUDDEN, « Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement », (1985) *RTD Civ.* 91 et s.

échelle, le consommateur paraît devoir se fier à l'information qu'il peut obtenir à peu de frais; il peut être amené à se servir d'informations peu fiables et à adopter des procédés simplificateurs, plus ou moins exacts »⁴¹⁹. Ce à quoi s'ajoutent les coûts exorbitants du recours à un tiers ou à un professionnel afin d'obtenir les renseignements nécessaires. Un tel constat peut être généralisé à l'ensemble des adhérents. Exiger que le contractant vulnérable se renseigne par lui-même ne dénote-t-il pas de la part des tribunaux un manque de réalisme, une attitude purement formelle? N'est-ce pas la difficulté à prendre en compte les transformations issues de la vulnérabilité du contractant qui constitue l'un des obstacles majeurs de son appréhension sous l'angle volontariste? Face au développement de l'industrie et de la distribution de masse, des contrats d'adhésion, de consommation, de la flexibilité du travail ou encore du développement des échanges en ligne, la moralisation et la responsabilisation du contractant ne s'avèrent-elles pas insuffisantes à rendre adéquatement compte de cette nouvelle donne et des défis qu'elle présente? Les réponses fournies par une vision volontariste individualiste du contrat semblent adéquates en ce qui concerne la vulnérabilité inhérente. Lorsqu'il s'agit de la vulnérabilité relative, les remèdes fournis dans le cadre du volontarisme contractuel restent limités⁴²⁰, voire inadaptés. Une inadéquation encore plus marquée dans le régime du devoir de conseil.

Para III Une approche restrictive du devoir de conseil

Le devoir de conseil restreint par celui de s'informer soi-même. En posant comme principe de base le devoir de s'informer soi-même, les tribunaux, suivis du législateur, ont compromis les chances de déploiement du devoir de conseil. De prime abord, la reconnaissance du besoin d'information de la partie vulnérable devrait atteindre son apogée par l'accueil favorable du devoir de conseil⁴²¹. Ce qui aurait eu d'autant plus d'effet protecteur que celui-ci est plus large

⁴¹⁹ Voir Ejan MACKAAY, « L'analyse économique du droit de la consommation—Quelques réflexions sur son rapport au droit civil et sur l'évaluation de son effectivité », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 220.

⁴²⁰ Quelques fois, c'est sans compter les frais qui peuvent être reliés aux vérifications que doit faire l'une des parties. Pensons aux coûts de l'aléa moral en matière d'assurance lorsque l'assureur, qui ne peut se fier aux informations fournies par l'assuré, doit déboursier d'importantes sommes pour procéder aux vérifications. On peut encore prétendre que les compagnies d'assurances ont les moyens pour cela, mais qu'en est-il alors d'un consommateur ou d'un adhérent, s'il fallait à chaque fois requérir les services d'un professionnel?

⁴²¹ Les expressions « obligation de conseil » et « devoir de conseil » sont quelques fois utilisées au sein de la doctrine de manière synonymique. Il n'empêche que la distinction entre le devoir et l'obligation demeure et apparaît comme une question insoluble. Voir Jean-Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin? », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat, supra*, note 1, p. 104-105.

que l'obligation d'information. En effet, le devoir de conseil oblige son débiteur à la fois à la communication de l'information, à une présentation objective de l'ensemble des renseignements obtenus, à l'évaluation des différentes décisions possibles et à se prononcer sur l'opportunité pour l'un des contractants de conclure la transaction⁴²². Le devoir de conseil exige davantage que la simple transmission passive, restrictive et exceptionnelle des informations. Ce transfert passif peut s'avérer inefficace dans la mesure où il n'aide pas réellement au choix ou à la décision. Plus encore que l'obligation de renseignement, le devoir de conseil est une obligation de résultat qui doit être contrôlé non pas seulement dans sa mise en œuvre, mais également dans ses effets⁴²³.

Comme le remarquent les professeurs Didier Lluelles et Benoît Moore :

Le devoir de conseil implique un traitement de ce message, une "mise en relation du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'information". Le devoir de conseil exige une implication particulièrement active de son débiteur, tendant à suggérer "l'opportunité même des décisions à prendre" à signaler au cocontractant la méthode la plus appropriée pour parvenir à un résultat optimal⁴²⁴.

Le créancier de l'obligation de conseil doit non seulement informer le débiteur, mais également lui révéler les conséquences positives et négatives de son choix⁴²⁵. Ce devoir s'est développé dans certains contrats nommés, notamment ceux impliquant certains professionnels ou mandataires⁴²⁶. Le devoir de conseil vise particulièrement le contractant ayant développé une expertise et une compétence réelle ou présumée. Ce devoir sera d'autant plus intense que son client est profane et peu scolarisé⁴²⁷. Malgré sa nécessité avérée, le devoir de conseil demeure très restreint.

⁴²² Il appartient au notaire de conseiller adéquatement son client des conséquences juridiques de la transaction qu'il est sur le point d'effectuer. Ne respecte pas son devoir de conseil, le notaire qui se trompe sur les effets juridiques d'un jugement enregistré sur une propriété et ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Voir *Roberge c. Bolduc*, [1991] R.C.S. 374; ne respecte pas son devoir, le médecin qui ne prend pas le peine de lire et de suivre les recommandations faites par le gouvernement sur de nouvelles pratiques visant à empêcher d'éventuelles complications chez le patient. Voir *Prat c. Poulin*, [1997] R.J.Q. 2669 (C.A.) *paxim*; ne respecte pas son devoir de conseil, le notaire qui n'informe pas le créancier des plaintes de sous-traitants avant de procéder au décaissement des sommes. Voir *Vachon c. Compagnie Trust Central Guaranty*, J.E. 98-77 (C.A.) *paxim*.

⁴²³ Voir Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°2001 et s., p. 1137-1039.

⁴²⁴ *Ibid.*, n°2011, p. 1145-1146. Eric DUNBERRY, « La responsabilité des professionnels », dans *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1998, p. 493. Voir aussi dans la jurisprudence, *Ville de Lac-St-Charles c. Construction Choiniere Inc.*, J.E. 2000-1318 (C.A.).

⁴²⁵ Voir *Ville de Lac-St-Charles c. Construction Choiniere Inc.*, J.E. 2000-1318 (C.A.).

⁴²⁶ Les notaires : *Gingras c. Pharand*, 2009 QCCA 657 (CanLII); *Bouchard c. Boucher*, 2007 QCCA 1559 (CanLII); *Djoufo c. Isabelle*, 2008 QCCA 547 (CanLII); Les avocats : *Labrie c. Gagnon*, [2000] R.R.A. 5 (C.A.). (C.A.); *2731-9359 Québec inc. c. Morency, Tremblay, Lemieux, Fortin*, 2009 QCCA 1195 (CanLII); Les institutions financières : *Soeurs du Bon-Pasteur de Québec c. Banque Royale du Canada*, [2006] R.J.Q. 2769 (C.S.); *Les instituteurs : Ville de Lac-St-Charles c. Construction Choiniere Inc.*, J.E. 2000-1318 (C.A.); Les architectes : *Côté c. Boiler Inspection and Insurance Company of Canada*, 2006 QCCA 1398 (CanLII). Les franchiseurs : *9103-9149 Québec inc. c. 2907763 Canada inc.*, 2007 QCCS 724 (CanLII).

⁴²⁷ Voir *Labrie c. Tremblay*, 1999 QCCA 13502 (CanLII).

Le rejet du devoir de conseil à titre de complément naturel de l'information. La dimension complémentaire du devoir de conseil par rapport à l'obligation d'information revient quelques fois à travers les décisions de justice⁴²⁸. Cependant, ce devoir de conseil est réduit à certaines catégories de contrat ou de professionnels intervenant à titre de conseillers⁴²⁹. Il peut arriver que, pour admettre le devoir de conseil dans le champ contractuel, le tribunal exige une mention expresse à cet effet par les contractants⁴³⁰. Il en résulte que lorsque le devoir de conseil est admis, il correspond à des situations spéciales. La tentation de le cantonner est d'autant plus grande qu'il impose plus d'attentes que l'obligation de renseignement; la tendance à vouloir en restreindre la portée est forte, surtout dans un contexte dominé par l'idée que chacun doit défendre ses intérêts. Une position restrictive d'autant plus surprenante que le devoir de conseil intervient aussi bien au moment de la négociation, de la conclusion que de l'exécution du contrat en fonction des circonstances⁴³¹. Il n'est pas toujours tiré de la loi, on le retrouve pourtant dans les différents codes de déontologie qui régissent et organisent bon nombre de professions⁴³². En droit civil, c'est la bonne foi de l'article 1375 C.c.Q. qui en fournit le fondement juridique⁴³³. Bien que le devoir de conseil marque l'aspect positif de ce principe, ce dernier en dessine aussi les limites⁴³⁴.

L'impossible devoir de conseil fondé sur la bonne foi. La part du devoir de conseil dans le sillage du principe de bonne foi est plutôt maigre⁴³⁵. Ce qui ne signifie en aucun cas que le devoir de

⁴²⁸ Voir *Labrie c. Gagnon*, [2003] R.R.A. 50 (C.A.); *Roberge c. Bolduc*, [1991] R.C.S. 374, 434 et s.; *Prat c. Poulin*, [1997] R.J.Q. 2669 (C.A.) *paxim*; *Vachon c. Compagnie Trust Central Guaranty*, J.E. 98-77 (C.A.) *paxim*; *Fermes Forcier & Fils s.e.n.c. c. Promutuel Lac-St-Pierre- Les Forges, société mutuelle d'assurances générales*, 2006 QCCS 5131 (CanLII), paragr. 32-48.

⁴²⁹ C'est notamment le cas des notaires, des médecins, des courtiers ou des avocats.

⁴³⁰ Voir *Sœurs du Bon-Pasteur de Québec c. Banque Royale du Canada*, [2006] R.J.Q. 2769 (C.S.). Le tribunal y explique qu' : « à défaut d'une entente précise et indépendante portant sur un devoir de conseil, une telle obligation n'existe pas du seul fait qu'une institution financière accepte de financer une entreprise ou un ouvrage et obtient une garantie consentie par la caution » (paragr. 281).

⁴³¹ Voir Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°20121, p. 1146.

⁴³² Voir chez les avocats, Code de déontologie des avocats, RLRQ c B-1, r 3; chez les notaires, Code de déontologie des notaires, RLRQ c N-3, r 2; chez les architectes, Code de déontologie des notaires, RLRQ c N-3, r 2; chez les médecins, Code de déontologie des médecins, RRQ 1981, c M-9, r 4. D'ailleurs, il faudrait constater que le devoir de conseil qui pèse sur certains professionnels est avant tout une norme déontologique. Notons que la pénétration de la morale dans la société contemporaine et dans le droit prend nettement la forme d'un discours déontologique. Voir Eirick PAIRAT, « Normes et devoirs professionnels. L'esprit déontologique », (2012) 45 *Les Sciences de l'éducation - Pour l'Ère nouvelle*, 123-142.

⁴³³ Voir *Ronsco inc. c. Banque HSBC Canada*, 2014 QCCA 680 (CanLII), paragr. 5-7.

⁴³⁴ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice, supra*, note 49, p. 94 et s.

⁴³⁵ Agir de bonne foi n'est pas suffisant, car cela relève de l'action de l'individualiste. En fait, « fondamentalement, c'est celui qui veut se sauver seul, celui qui prétend n'avoir pas besoin des autres, même s'il ne leur cause aucun mal : l'individualiste, celui qui conserve vis-à-vis de la nouvelle réalité constituée par les institutions sociales, l'attitude même

conseil ne puisse être saisi de manière plus large et que la logique qui préside à son existence en matière contractuelle ne puisse être élargie. Il ne faut donc pas en conclure qu'il ne peut pas jouer un rôle plus important. C'est bien le contraire qui est vrai. En fait, dans la perspective du volontarisme libéral et individualiste, une telle évolution serait difficilement envisageable. L'approche restrictive du devoir de conseil, quoique dominante, ne reflète pas une quelconque nature des relations contractuelles. Pour peu que l'on accepte de porter sur le contrat un regard autre qu'individualiste, il semble alors plausible d'avoir du devoir de conseil une conception plus étendue. Le passage d'une approche restreinte du devoir de conseil à une autre, expansionniste, n'induit pas seulement un élargissement de la perspective volontariste ou de l'interprétation de la bonne foi, elle implique d'adopter une autre vision de la relation contractuelle exempte de la logique d'opposition d'intérêts. Nous verrons que cela n'est possible que si l'on accepte de rompre avec une perception individualiste du contrat pour y voir le creuset d'intérêts communs⁴³⁶. Pour l'heure, on peut constater que, globalement, l'organisation de l'information du contractant vulnérable est caractérisée par une approche hautement formelle, individuelle et morale qui peine à s'adapter au nouveau contexte de la société de consommation, aux contrats d'adhésion et à toutes les particularités de la protection des contractants. C'est en partie la raison pour laquelle les mesures jusqu'ici étudiées doivent être complétées par d'autres intervenant dans la sphère plus technique de l'organisation matérielle du consentement, et sur lesquelles nous allons maintenant nous attarder.

Sect. III La protection du contractant faible par l'organisation du consentement

Le désir d'assurer l'intégrité et la qualité du consentement du contractant vulnérable ne s'épuise pas dans l'extension des vices du consentement et une approche limitée de l'obligation d'information. Un ensemble de formalités et d'exigences relatives à l'organisation matérielle du consentement a été mis en place dans plusieurs hypothèses. Il touche à la réflexion du contractant (Para I), au recours au formalisme informatif (Para II), sans rompre avec les bases volontaristes et individualistes dans lesquelles la protection demeure profondément enracinée (para III).

que le libéral préconisait à l'égard de la nature, voilà l'ennemi public. ». François EWALD, *L'État providence, supra*, note 31, p. 529.

⁴³⁶ Voir *infra* Titre II Partie II.

Para I La réflexion du contractant vulnérable

La maigre part réservée au délai de réflexion dans le *Code civil du Québec*. Il peut arriver que les précautions prises avant la signature du contrat ne soient pas suffisantes et que le consentement donné ne soit pas véritablement le résultat d'une décision réfléchie. C'est la raison pour laquelle le législateur donne la possibilité au contractant faible de se rattraper lorsque la réflexion intervient après la formation et même l'exécution du contrat. La loi permet ainsi au contractant vulnérable, le consommateur notamment, de revenir sur sa décision après un délai légal de réflexion. Dans quelques hypothèses, la loi ajoute de nouvelles dispositions au contrat d'adhésion. C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre les délais légaux de repentir, de réflexion ou de rétractation qui se greffent au contrat⁴³⁷. Sauf que dans le *Code civil du Québec*, le législateur n'a pas fait grand usage d'une telle technique qui présente pourtant une véritable virtualité protectrice.

Le contrat préliminaire d'achat d'un immeuble. L'acheteur a la possibilité de revenir sur son consentement après un délai de réflexion de dix jours suivant la signature du contrat préliminaire à l'achat d'un immeuble à usage résidentiel à un constructeur ou à un promoteur⁴³⁸. En plus de l'importance d'un tel achat, le législateur a préféré donner la possibilité à l'acquéreur de revenir sur sa décision étant donné le déséquilibre de forces et de puissance pouvant exister entre un constructeur et un usager. Le contrat préliminaire n'est pas le contrat de vente. Il s'agit d'un engagement à acheter l'immeuble une fois construit. Cette possibilité n'est pas offerte en ce qui concerne les ventes d'immeubles à usage résidentiel entre particuliers, car il semble que, pour le législateur, dans ce dernier cas, les parties sont plus ou moins en position d'équilibre. Tel n'est pourtant pas toujours le cas. Dans la pratique, bien que les particuliers ne soient pas toujours bien outillés, il arrive que l'utilisation d'une promesse d'achat écrite octroie à l'une ou l'autre partie un délai pour revenir sur sa promesse ou refuser l'offre. Qu'elle soit légale ou conventionnelle, la

⁴³⁷ Pour le contrat de vente avec un itinérant, le consommateur dispose de dix jours pour résoudre unilatéralement le contrat. Voir les articles 23, 59, 73, 105, 150, 193 (le droit de repentir), 194, 202 et 209 de la Lpc. Nous y reviendrons dans la deuxième partie de ce travail. On retrouve la même pratique en France, qui a adopté une Loi sur les clauses abusives. Voir Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSEAU-VAN-MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, supra, note 16, p. 19 et s.

⁴³⁸ L'article 1785 C.c.Q. à l'alinéa 2 prévoit à cet effet que : « le contrat préliminaire doit contenir une stipulation par laquelle le promettant-acheteur peut, dans les dix jours de l'acte, se dédire de sa promesse ».

faculté de revenir sur son consentement n'est pas forcément gratuite. Ainsi, l'article 1786 C.c.Q. stipule que « lorsque le contrat préliminaire prescrit une indemnité en cas d'exercice de la faculté de dédit, celle-ci ne peut excéder 5 p. 100 du prix de vente convenu ». Une contrepartie qui peut s'avérer être d'un montant non négligeable. Si l'acquéreur peut ainsi éviter la vente, la protection est limitée par le prix à payer, bien que le montant soit plafonné par le code. Un tel choix apparaît comme étant la marque de la logique de responsabilisation, qui justifie qu'il faille réparer le préjudice ainsi causé à son cocontractant. Elle prime surtout si l'on considère que le législateur a fait un emploi assez parcimonieux d'une modalité de protection qui aurait pu être généralisée à l'ensemble des contrats d'adhésion. L'élargissement de l'octroi d'un délai de réflexion et de la possibilité de revenir sur sa décision aurait eu l'effet d'un électrochoc dans un environnement contractuel où les règles sont issues du volontarisme individualiste. Il était difficile d'envisager leur généralisation dans un tel contexte. Notons que le délai de réflexion est un tout petit pan de l'organisation du consentement⁴³⁹, là où le formalisme informatif à vocation protectrice s'est quant à lui nettement densifié.

Para II Le formalisme informatif au service de la protection du contractant vulnérable

Le respect de formalités strictes à peine de nullité. De nos jours, le formalisme contractuel est présenté comme étant le procédé par excellence de protection du contractant en état de vulnérabilité⁴⁴⁰. D'où le constat d'une véritable renaissance⁴⁴¹. Nombreux sont les contrats qui sont de nos jours soumis à des formes de différentes natures. Si le *Code civil du Québec* marque une nette préférence pour le principe du consensualisme, il existe quelques règles applicables à des contrats ou aux actes juridiques qui prescrivent une formalité précise. Ainsi, en va-t-il par exemple du contrat d'assurance. Les articles 2400, 2401, 2403 ou encore 2405 du *Code civil du Québec* prévoient des formalités, des mentions et des exigences concernant aussi bien la police d'assurance, la déclaration que la modification du contrat d'assurance. Les articles 2415 et s. du C.c.Q. mentionnent quant à eux le contenu obligatoire de la police d'assurance. Le bail résidentiel

⁴³⁹ On peut faire la comparaison avec la situation en France, où le délai de réflexion ou la faculté de dédit joue un rôle plus important. Voir Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSEAU-VAN-MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français », dans Jacques Ghestion et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, supra, note 16.

⁴⁴⁰ Voir Hervé JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, supra, note 9.

⁴⁴¹ Voir Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », (2002) 43 C. de D. 290.

est aussi soumis à des formalités strictes. On les retrouve aux articles 1894 et s. C.c.Q. qui rappellent que le locateur doit remettre au locataire une copie du règlement qui régit l'immeuble dans lequel un logement est loué, de même qu'un exemplaire du bail. Ce bail, qui est un formulaire préalablement établi par la Régie du logement, doit être dûment rempli par les deux parties. Cependant, dans ce cas, ces formalités légales ne sont pas prévues à peine de nullité et le formulaire sert à titre de preuve de l'existence d'un contrat de location⁴⁴². Dans le contrat de vente d'un immeuble à usage d'habitation neuf bâti par un constructeur ou un promoteur prévu à l'article 1785 C.c.Q., la signature d'une promesse d'achat est obligatoire. En outre, l'article 1787 C.c.Q., toujours dans l'optique de la protection de l'acheteur, ajoute que lorsqu'il s'agit de la vente d'une fraction de copropriété, celle-ci doit être précédée de l'établissement d'une note d'information, en plus de l'avant-contrat⁴⁴³. L'omission de respecter une telle exigence permet à l'acquéreur de demander la nullité de la vente s'il prouve le préjudice subi. Autant d'exemples qui bousculent le principe du consensualisme.

Le repli du consensualisme dans les actes juridiques. Le formalisme qui entoure la conclusion du contrat d'adhésion marque de ce fait un net recul du consensualisme⁴⁴⁴. Un repli qui se manifeste lorsqu'une forme particulière est imposée par le législateur. Il en va ainsi de l'acte notarié prévu dans le cadre de l'acte d'hypothèque (art. 2693), ou de la renonciation au partage du patrimoine familial (art. 423 al. 2). Il en est de même du contrat de mariage (art. 469) ou du contrat de donation (art. 1824)⁴⁴⁵. Dans toutes ces matières, le contrat fait sous seing privé est impuissant et

⁴⁴² Voir Jacques DESLAURIERS, *Vente, louage et contrat d'entreprise ou de service*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, n°1880.

⁴⁴³ Voir l'article 1787 C.c.Q. qui prévoit qu'en cas de vente d'une fraction de copropriété divisée ou d'une part indivise d'un immeuble à usage d'habitation faisant partie d'un ensemble qui comporte au moins 10 logements, « La vente qui porte sur la même fraction de copropriété faite à plusieurs personnes qui acquièrent ainsi sur cette fraction un droit de jouissance, périodique et successif, est aussi subordonnée à la remise d'une note d'information ».

⁴⁴⁴ Ce formalisme constitue néanmoins une exception au principe d'échange de consentement prévu à l'article 1385 du C.c.Q., et ce, au détriment de l'équilibre contractuel. Voir Louise ROLLAND, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », *supra*, note 212, p. 13; Jean CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », *supra*, note 290, 245.

⁴⁴⁵ Notons tout de même que si le contrat de donation non revêtu de la forme notariée est nul, il peut encore être requalifié en promesse de donation et valide à ce titre conformément à l'article 1415 C.c.Q. Voir aussi *N. (V.) c. A., Droit de la famille-082570*, 2008 QCCA 4785, paragr. 5. Ajoutons que le droit des libéralités a souvent été présenté comme celui dans lequel la solennité joue un rôle important, notamment pour les testaments. C'est aussi le lieu où le formalisme peut prendre diverses formes. Ainsi, le testament olographe n'a pas à être notarié, le testament peut aussi être fait devant deux témoins, conformément à l'article 712 et s. C.c.Q. Il en est de même pour les mandats en prévision d'incapacité qui peuvent être notariés ou sous seing privé avec témoins comme le prévoient les articles 2166 et 2167 C.c.Q.

inexistant au regard du droit⁴⁴⁶. Bien qu'au sein du droit de la consommation, les exigences de formalisme ont été les plus abondantes⁴⁴⁷, la majorité des contrats régis par la *Lpc* reste en principe de nature consensuelle⁴⁴⁸. Le contrat de consommation doit être écrit, nul besoin qu'il soit notarié. L'écrit sous seing privé est habituellement considéré comme condition de validité du contrat. On retrouve la même exigence dans le *Code civil du Québec* à l'article 2696 C.c.Q. concernant le contrat portant constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession⁴⁴⁹. Le même formalisme accru se retrouve au sein des contrats règlementés, considérés, quelques fois dans la jurisprudence comme étant des contrats d'adhésion⁴⁵⁰ ou encore au sein des conventions collectives⁴⁵¹. En fait, lorsque le contrat est préélaboré, ce n'est pas toujours au détriment de la partie vulnérable. Il a été souligné que « chacune des parties trouve son avantage dans le recours de commun accord à un contrat type élaboré avec soin par une source indépendante ou par voie d'une concertation entre des représentants des deux parties »⁴⁵². Le développement des nouvelles technologies pose quant à lui des problèmes différents en termes de formalisme.

⁴⁴⁶ Voir en matière de donation, *Gruusk c. Sparling*, [1993] R.L. 33 (C.A.). Voir aussi l'analyse à laquelle se livre Pierre Rainville sur les craintes pouvant naître d'un contrat de donation et l'importance du formalisme. Voir « À la confluence du consensualisme et du formalisme : le rôle du silence à l'égard des donations entre vifs », (2010) 112 R. du N. 283.

⁴⁴⁷ Nous verrons plus en détail le droit de la consommation dans le chapitre consacré au contrat de consommation dans la mesure où la logique de fond n'est pas la même que celle du *Code civil du Québec*. Pour l'heure, notons que le droit de la consommation fait la part belle au formalisme. Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, *supra*, note 62, p. 19. En fait, le contrat de consommation ne se forme réellement qu'une fois que le consommateur y a apposé sa signature. Jean Calais-Auloy constate que : « Les contrats de consommation sont presque tous des contrats d'adhésion ». Voir « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », *supra*, note 290, 245; Pierre-Claude LAFOND, « Contours et ramifications de la « nouvelle » définition du contrat de consommation au *Code civil du Québec* », (1996) 56 R. du B. 569, 601.

⁴⁴⁸ Le contrat de crédit ou le contrat conclu avec un itinérant doivent être faits par écrit sur papier (art. 23, 30 et 25 *Lpc*), alors que les autres contrats ne sont pas soumis à cette forme.

⁴⁴⁹ Voir aussi les articles 1013, 119, 1785, 2477 al. 2 C.c.Q. qui sont autant d'hypothèses dans lesquelles le législateur prévoit le recours à un document écrit.

⁴⁵⁰ On entend par contrats règlementés celui qui est soumis à un règlement ou à une législation d'ordre public, notamment en ce qui concerne leurs règles de fond. Dans de nombreux cas, il s'agit de contrats faisant intervenir un organisme public. Il peut être d'adhésion Voir *Hydro-Québec c. Surma*, [2001] R.J.Q. 1127 (C.A.), paragr. 64-71; *Talbot c. Commission scolaire régional Lapointe*, [1976] C.S. 938; *Anctil c. Québec (Société d'exploitation des loteries et courses)*, J.E. 85-339 (C.A.) inf. en partie [1982] C.S. 601; *Univers Gestion multi-voyages Inc. c. Air Club international Inc.*, J.E. 97-772 (C.S.) Dans certains cas, la qualification a été refusée. Voir *Association des propriétaires d'autobus c. Fédération des commissions scolaires catholiques du Québec*, [1997] C.S. 189. Mais dire que le contrat est règlementé et d'adhésion n'entraîne pas toujours des conséquences favorables à l'adhérent. Le contrat d'achat d'un billet de loterie est un contrat d'adhésion règlementé, mais le contenu des lois et règlements qui s'y appliquent ne sont pas des clauses externes. Voir *Ifergan c. Société des loteries du Québec*, 2014 QCCA 1114 (CanLII), paragr. 45-55. Le contrat peut être règlementé en vue de la protection des intérêts de la partie vulnérable, notamment du consommateur. Nous y reviendrons dans la seconde partie de ce travail.

⁴⁵¹ Leur intervention semble décevante dans certains cas en France. Voir Jean CALAIS -AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », *supra*, note 290, p. 248.

⁴⁵² On fait référence au rôle joué par les associations professionnelles, syndicales ou de protection du consommateur. Pour l'importance accordée à ces associations dans la protection du contractant faible, voir Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 230.

Les défis posés par les nouvelles technologies de la communication. Le formalisme contractuel n'intervient pas toujours dans un environnement approprié compte tenu des règles applicables. Il a largement été envisagé, tant par le législateur que par le juge, dans un contexte dominé par le papier. Une approche qui peut s'avérer contreproductive lorsqu'on sait l'importance de la technologie et du support informatique ou électronique de nombreux actes juridiques⁴⁵³. Le législateur se trouve face à un double défi : la prise en compte des contrats du cyberspace, des documents électroniques et la mise en œuvre d'un formalisme protecteur adapté à cet univers. Ce à quoi quelques réponses légales ont été apportées⁴⁵⁴. La pertinence du regain du formalisme est surtout en lien avec la finalité protectrice poursuivie à travers les formalités imposées par le législateur. Ce qui marque une nette différence avec l'usage classique des formes.

L'indifférence des finalités dans la classification traditionnelle du formalisme. Habituellement, l'analyse du formalisme légal ne met pas l'accent sur les finalités du législateur⁴⁵⁵. L'accent est plutôt mis sur la nature de la formalité, la technique particulière requise et la sanction de son non-respect⁴⁵⁶. Les classifications qui en découlent sont quelques fois purement formelles et pédagogiques, quasiment indifférentes aux buts poursuivis par la loi. Au formalisme probatoire et de validité, s'ajoute le formalisme publicitaire⁴⁵⁷. De nombreuses autres mesures peuvent être rapprochées du formalisme, notamment les informations spécifiques exigées ou imposées aux parties. Cette action législative disparate en matière de formalisme a donné lieu à des tentatives

⁴⁵³ Les articles 2837 et s. du *Code civil du Québec* prévoient une section sur les supports de l'écrit et de la neutralité technologique. Voir aussi Serge KABLAN, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation: analyse de la solution québécoise », (2009) 54 *McGill L. J.* 627-668.

⁴⁵⁴ *Id.*

⁴⁵⁵ Pour n'en citer que quelques-unes, notamment celle de Jacques Flour, reprise très souvent dans la doctrine, autant en France qu'au Québec : « le formalisme n'apparaît qu'autant que le consentement doit être enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée "d'inefficacité juridique à un degré quelconque" ». Voir « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle - Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 96. Rappelons aussi la définition de François Gény qui estimait quant à lui que, dans le cadre du formalisme, il faudrait que « les manifestations envisagées soient requises, à peine d'inefficacité juridique (absence de sanction sociale), des circonstances proprement constitutives du droit, qu'elles ne font pourtant qu'enrober ». Voir *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 99.

⁴⁵⁶ Voir Hervé JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *supra*, note 9, p. 29 et s.

⁴⁵⁷ Le contrat de vente assortie d'une hypothèque doit être publié au registre foncier. S'il ne l'est pas, il est inopposable au tiers qui inscrit son titre même après que la vente eut été signée. Dans une vision restrictive du formalisme, la publicité ne peut être considérée comme étant du formalisme. Voir sur la question de l'intégration ou non de la publicité dans les catégories du formalisme, Guy COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », (2000) *Défrénois* 880-890.

de classification. C'est ainsi qu'a été opposé au formalisme proprement dit le formalisme direct et le formalisme probatoire au formalisme indirect qui renvoie à l'ensemble des formalités extérieures⁴⁵⁸. Du point de vue des objectifs poursuivis, toutes ces formalités peuvent être considérées sous l'angle de la protection des intérêts de la partie vulnérable.

L'essor d'un formalisme finalisé. En marge de la taxinomie ci-dessus, un autre classement a vu le jour. Celui-ci met l'accent sur les finalités protectrices du droit⁴⁵⁹. Il est vrai que la logique sous-jacente à ces multiples formalités reste diffuse dans la mesure où elles se sont opérées sans vision d'ensemble de la part du législateur. Les formalités légales pourraient être justifiées tant du point de vue de la protection du contractant vulnérable que de celui de la sécurité et de la rapidité des transactions⁴⁶⁰. Ces incertitudes n'ont pas empêché une partie de la doctrine de déceler l'existence d'un « formalisme informatif » ou « formalisme d'information » appartenant à une catégorie plus large dite de « formalisme de protection »⁴⁶¹. Grégoire Loiseau y voit le signe d'un formalisme moderne par opposition au formalisme classique⁴⁶². À la différence du second de nature essentiellement hétérogène, le premier « a une configuration homogène, la formalité se présentant toujours centrée sur son contenu avec pour seule finalité, qui est sa raison d'être, d'informer le contractant de ce contenu »⁴⁶³. Élise Charpentier abonde dans le même sens et constate que « la fin du XX^e siècle a été marquée par la résurgence du formalisme. Les formalités ont une vocation nouvelle et sont destinées à assurer la protection de l'une des parties en

⁴⁵⁸ Voir Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, p. 83-107. Aussi, Guy COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », (2000) *Défrénois* 880-890.

⁴⁵⁹ Voir Hervé JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *supra*, note 9; Guy COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », (2000) *Défrénois* 880-890; Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : Le contrat- le consentement. Traité de droit civil, supra*, note 113, p. 701-775.

⁴⁶⁰ Voir Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », *supra*, note 441, 288.

⁴⁶¹ *Id.* Voir aussi Hervé JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, *supra*, note 9, p. 41 et s.

⁴⁶² Voir Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement, supra*, note 113, p. 701-775.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 749. On a tendance à réduire le formalisme protecteur à la phase de formation du contrat. Il est vrai qu'il y joue un rôle important. Mais en cours d'exécution du contrat, l'une des parties peut être en droit d'être informée sur des éléments pouvant être utiles à sa bonne exécution. La modification ou l'extinction du contrat peut aussi donner lieu au respect de certaines formalités, notamment l'écrit, et à un certain parallélisme des formes avec celles utilisées lors de la conclusion du contrat. Voir Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », *supra*, note 441; Hervé JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, *supra*, note 9, p. 181 et s.

l'informant de ses droits et obligations »⁴⁶⁴. Justement, lorsque la partie favorisée sur le plan informationnel doit fournir à son cocontractant des renseignements, le législateur choisit quelques fois d'en soumettre le respect à des formes particulières, garantes de leur efficacité et de leur effectivité. En conséquence, il n'est pas inexact de prétendre qu'il existe un lien étroit entre le formalisme protecteur et l'obligation d'information. C'est dans cette optique qu'il a été souligné que :

L'exécution de l'obligation générale d'information est assurée par le droit d'une double façon. Dans les cas qu'on vient de voir, le législateur et la jurisprudence, à l'aide de concepts déjà connus, ont mis en place une obligation générale, qui trouve à s'appliquer selon certaines conditions et certains facteurs. Cependant, dans d'autres cas, le législateur impose des règles spécifiques qui visent à donner au cocontractant l'accès à des informations précises, minimales, standardisées⁴⁶⁵.

Si l'on retrouve le formalisme informatif dans diverses situations, il faut noter qu'il concerne davantage :

Celles dans lesquelles l'une des parties est en situation d'infériorité et, subséquentement, d'inégalité dans l'accès à l'information. Il constitue alors le moyen de tempérer cette inégalité en prescrivant au détenteur d'informations utiles pour la représentation de l'opération contractuelle et, le cas échéant, pour la prévision de ses modalités d'exécution, de porter ces données à la connaissance de son cocontractant⁴⁶⁶.

La prise en compte de la situation de la partie vulnérable est d'autant plus justifiée lorsqu'il s'agit de contrats non négociés. Lorsque le contrat a fait l'objet de négociation, notamment sur les aspects pécuniaires, les contractants peuvent décider d'utiliser le formalisme sur une base volontaire. En revanche, en présence de contrats d'adhésion, la forme est d'autant plus importante que le contrat est rédigé unilatéralement par une seule partie ou à sa demande. Il importe que l'adhérent prenne connaissance de sa teneur afin de s'engager de manière éclairée, et appréhender tant ses obligations que leurs modalités. De plus, il ne suffit pas de respecter la formalité imposée par la loi pour que la protection du contractant vulnérable soit assurée. Il faudrait encore s'entendre sur le sens et la portée que l'on entend donner à cette protection par le truchement des formalités imposées.

⁴⁶⁴ Voir Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », *supra*, note 441, 290. L'auteure estime que ce nouveau formalisme répond aussi bien aux exigences de sécurité que de protection.

⁴⁶⁵ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°315, p. 415.

⁴⁶⁶ Voir Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement*, *supra*, note 113, p. 701-775.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 751.

Double enjeu du formalisme protecteur. Les enjeux de la fonction protectrice du formalisme informatif se situent à deux niveaux : la suffisance et l'efficacité. Pour cela, il ne suffit pas pour le débiteur de la formalité de l'accomplir passivement, encore faut-il que l'information soit réellement transmise. Le défaut d'information peut-il alors être sanctionné alors même que la forme a été respectée? En tenant compte de la finalité protectrice de la loi, la réponse doit être positive. Dans le même ordre d'idées, le petit régime du contrat d'adhésion prévu au *Code civil du Québec*, notamment à l'égard des clauses illisibles et des clauses incompréhensibles, contribue à assurer l'effectivité de l'information due à celui-ci. Bien que le non-respect de la formalité justifie la présomption de défaut de connaissance, s'y conformer de manière passive ne suffit pas non plus à conclure que le créancier de l'information a été adéquatement et effectivement informé.

Un formalisme passif. La mise en œuvre passive des formalités peut nuire grandement à l'effectivité de la protection du contractant qui est sensée en résulter. Il faut dès lors admettre qu'en matière d'information, il ne s'agit pas seulement d'en faire état, mais également de s'assurer que le contractant en a compris le sens et la portée. Ce qui se traduit quelquefois par la lecture du document écrit par celui qui y adhère. Le contractant est, à juste titre, souvent sanctionné pour n'avoir pas pris le temps de lire le (s) document(s) contractuel(s) qui lui est (sont) remis ou n'avoir pas recherché une information aisément disponible⁴⁶⁷. Faut-il pour autant donner une trop grande importance à cette obligation de lecture, du moins, peut-elle garantir à elle seule la compréhension du contractant vulnérable? Il est permis d'en douter, car comme le mentionne Marie Annick Grégoire, en matière de contrat d'adhésion « peu importe la lecture préalable effectuée, le cocontractant est entièrement soumis, s'il accepte de conclure le contrat, aux clauses contractuelles imposées par son cocontractant »⁴⁶⁸. L'efficacité du formalisme

⁴⁶⁷ Voir *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.), paragr. 33; Pour un cas dans lequel le soumissionnaire n'a pas suffisamment pris en compte les différentes mises en garde et clauses d'exclusion de responsabilité inclus dans le document utilisé pour l'appel d'offres, voir *Excavation St-Pierre et Tremblay inc. c. J.E. Verreault et fils Ltée*, [2007] R.D.I. 104 (C.S.), paragr. 45-49. L'assuré dont les employés n'ont pas pris le temps de lire le manuel d'instruction ne saurait se plaindre en cas d'incendie résultant du non-respect des informations et consignes y contenues, voir *Aviva, compagnie d'assurances du Canada c. Pyradia inc.*, 2009 QCCS 1116 (CanLII), paragr. 95-110 conf. 2011 QCCA 592 (CanLII); Celui qui croit avoir des réclamations à faire contre son cocontractant ne peut prétendre avoir commis une erreur en signant une quittance totale, auquel cas, il s'agit d'une erreur inexcusable, voir *Société québécoise d'assainissement des eaux c. B. Frégeau & fils Inc.*, J.E. 97-2214 (C.S.) inf. 2000 QCCA 10559 (CanLII), paragr. 9-17.

⁴⁶⁸ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, supra, note 49, p. 53.

protecteur est d'autant plus réduite que le respect de l'obligation d'information se concrétise quelques fois uniquement par la remise formelle d'un document écrit. Il y a un vrai danger à réduire l'exécution de l'obligation d'information à une simple mise à disposition d'un document. La protection du contractant ne peut se réduire à l'accomplissement passif d'une telle formalité, quelle qu'elle soit. La compréhension du sens et de la portée du contenu contractuel requiert bien davantage; elle suppose un comportement actif de la part du débiteur de l'information. Faut-il exiger du contractant fort sur le plan informationnel une obligation plus importante que la seule remise du document écrit? Ne doit-il pas également s'assurer que son partenaire, vulnérable sur le plan informationnel, a non seulement reçu l'information, mais qu'il l'a comprise? Ce qui requiert de sa part plus qu'une lecture, et de la part du débiteur de l'information, plus qu'un simple formalisme informatif. On retrouve cette combinaison d'exigence d'écrit et du respect du devoir de conseil chez le professionnel agissant à titre de conseiller. Lors de la signature d'un acte d'achat d'une propriété avec hypothèque, le notaire ne saurait se contenter de la lecture des actes, il doit encore s'assurer que l'acheteur et le vendeur saisissent le contenu et les conséquences de leur choix respectif et des actes qu'ils signent. Dans les contrats de la vie courante, on ne saurait chaque fois imposer le recours à un professionnel. Dans ce contexte, on a toutes les raisons de craindre que ce formalisme s'avère en fin de compte inefficace quant à ces effets sur le consentement des contractants.

Le faible impact du formalisme sur le consentement des parties. Certains auteurs estiment qu'il existe un lien entre la manière dont la formalité légale exigée est mise en œuvre et les effets sur le consentement des parties⁴⁶⁹. Si tel est bien le cas, il faudrait donc prouver que le respect de la forme imposée n'a pas permis au débiteur de l'information d'en tirer réellement profit et qu'une situation assimilable à un vice du consentement en a résulté⁴⁷⁰. Un tel rapprochement se comprend, car l'objectif du formalisme est de concourir à la lisibilité du contrat, et ce par la pérennité et l'intégrité de l'information au moment de la conclusion du contrat⁴⁷¹. Seulement, la solution est pour le moins insuffisante, car le défaut d'information demeure alors même que le consentement n'aurait pas été vicié. Par ailleurs, la forme n'existe pas pour elle-même, elle est

⁴⁶⁹ Voir Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement*, *supra*, note 113, p. 765-766.

⁴⁷⁰ *Id.*

⁴⁷¹ Voir Hervé JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *supra*, note 9, p. 169 et s.

très souvent le support d'une disposition de fond visant à assurer la protection du contractant vulnérable. Comme le rappelle la professeure Élise Charpentier, « il faut donc aller plus loin que la simple reconnaissance de l'influence du fond sur la forme puisque le fond est le véritable fondement de la forme »⁴⁷². Le respect de la règle de forme doit avoir pour mission de réaliser la finalité recherchée par le législateur, de sorte que le contrôle de la mise en œuvre de la seconde ne doit pas être simplement restreint à sa violation, mais le juge doit encore pouvoir s'assurer qu'elle rejoint les buts de la loi. Dans ce formalisme moderne, la sanction change de nature puisqu'elle « repose alors sur la finalité de l'imposition de la formalité et non pas seulement sur le fait qu'elle n'a pas été respectée. C'est parce que le but de l'imposition de la forme n'a pas pu être atteint que la sanction s'impose »⁴⁷³. Cette remarque n'est pas seulement pertinente dans la mesure où elle permet au juge de valider un acte même lorsque la formalité n'est pas remplie⁴⁷⁴. Elle l'est surtout en termes d'effectivité de la protection poursuivie et du consentement des parties. Toute chose qui permet d'opérer un rapprochement avec le consensualisme et de constater que là où on est tenté de conclure à un rapport d'opposition, ceux-ci sont passablement compatibles.

La conciliation du formalisme et du consensualisme. Le formalisme contractuel est en réalité un moyen d'expression et d'extériorisation de la volonté. C'est de ce point de vue que le formalisme et le consensualisme contractuels sont tous deux au service d'une vision volontariste du contrat⁴⁷⁵. En fait, « il ne faudrait pas sous-estimer le rôle que jouent certaines formalités quant à l'efficacité du contrat consensuel : en cela, elles sont peut-être des compléments nécessaires du consensualisme »⁴⁷⁶. D'ailleurs, c'est l'association entre le consensualisme et l'absence de formalisme qui est contestable. En fait, même au plus fort des idées volontaristes, le formalisme

⁴⁷² Voir « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », *supra*, note 442, 292.

⁴⁷³ *Ibid.*, 292. Voir dans Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement*, *supra*, note 113, p. 749 et s. Les auteurs estiment que dans le formalisme moderne, la sanction est façonnée en fonction de la finalité. Aussi, « les sanctions de sa méconnaissance sont en revanche hétérogènes et sont sans intérêt dans l'esprit de classement : le formalisme informatif peut aussi bien prendre les traits d'un formalisme constituant, sanctionné par la nullité de l'acte, que ceux d'un formalisme completif, sanctionné par une perte d'efficacité du contrat » (p.749).

⁴⁷⁴ Le juge peut alors rechercher la volonté réelle des parties en dehors du respect ou non des formalités légales. Voir en ce sens, Benoît NUYTEN et Laurent LESAGE, « Formation des contrats : regards croisés sur les notions de consensualisme et formalisme », (1998) *Défrénois* 501; Nicolas KASIRER, « The « Judicial will » Architecturally Considered », (1996-97) 99 *R du N.* 3

⁴⁷⁵ Voir l'analyse d'Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », *supra*, note 441, 287.

⁴⁷⁶ *Id.*

contractuel n'a en réalité jamais été complètement éludé⁴⁷⁷. Lorsque le formalisme n'apparaît que comme une technique d'« accompagnement » en vue de canaliser la volonté des parties⁴⁷⁸, il n'y a pas de divergence avec la logique volontariste car le rôle de la volonté n'est pas occulté. Le recours à la forme, sans nuire à l'exercice de la liberté, lui sert simplement de support. C'est seulement lorsque le formalisme est prévu *ad validatem* qu'il s'oppose au consensualisme pur. En effet, dans ce cas, il est « sans équivalent possible, pour donner une valeur juridique à la manifestation de volonté »⁴⁷⁹. Dans cette hypothèse, non seulement l'accord de volonté ne suffit pas, mais elle doit obligatoirement se matérialiser pour que l'acte puisse être juridiquement considéré. La seule rencontre des volontés ne fera pas naître le contrat. En outre, il arrive que ses effets soient simplement limités. Ainsi, « la formalité contredit donc le principe du consensualisme dans une certaine mesure, car lorsqu'elle est requise, les parties doivent impérativement s'y conformer, aucun autre moyen ne s'offrant à elles pour conférer à leur acte l'opposabilité aux tiers. Ce formalisme très strict s'explique, encore une fois par des considérations liées à la sécurité juridique et au risque de multiplication des procès »⁴⁸⁰. Aussi rigide soit-il, le formalisme n'est pas en contradiction profonde avec le consensualisme, dont il n'est en bout de ligne qu'une forme d'extériorisation.

Deux modalités de l'échange de consentement. Plus qu'un rapport d'incompatibilité, il existe une véritable complémentarité entre formalisme et consensualisme. François Lucet conclut de son analyse que « consensualisme et formalisme finalement ne s'opposent pas trait pour trait; il s'agit bien de deux procédures réglant l'échange des consentements »⁴⁸¹. Peu importe le niveau d'intervention du formaliste, la divergence avec le consensualisme, s'il en est, reste faible comme le soulignent des auteurs :

Pour les actes consensualistes comme pour les actes (strictement) formalistes, la forme remplit deux fonctions indissociables : celle de véhiculer le consentement et celle de former le contrat. Mais alors que pour ceux-ci la forme est strictement imposée, elle est, pour ceux-là, librement choisie. La

⁴⁷⁷ *Ibid.*, 288.

⁴⁷⁸ Voir Jean-Louis AUBERT, « Rapport de synthèse », dans *Le formalisme*, Paris, Défrénois, 2000, p. 932. Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET rappellent que « tantôt favorisée, d'autres fois minorée, la forme n'a cependant jamais cessé d'accompagner, à l'occasion, la volonté dans la formation du contrat ou de pourvoir à l'efficacité de celle-ci ». Voir à cet effet *La formation du contrat : Le contrat, le consentement, supra*, note 113, p. 701.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 941.

⁴⁸⁰ Voir Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », *supra*, note 441, 290.

⁴⁸¹ Voir « consensualisme et formalisme », (1995) *Rev. Jur. com.* 45.

différence n'est donc pas ni de nature ni de portée; elle tient uniquement à la part qu'elle laisse à la liberté contractuelle au regard de la forme du contrat⁴⁸².

Ce désir de limiter la liberté contractuelle par le recours au formalisme protecteur marque un réel désir de donner à la volonté une dimension réaliste. Toutefois, le seul fait de faire appel au formalisme ne permet pas à lui seul de conclure au rejet du volontarisme. Le formalisme protecteur en est moins une négation qu'une forme de matérialisation de l'engagement des deux parties. Il n'est pas nécessaire, pour conclure que le droit des contrats repose sur les préceptes volontaristes et individualistes, que le principe du consensualisme soit conçu de manière stricte. Bien plus, le formalisme peut être considéré comme la manifestation extérieure de la volonté et du consentement des parties. En effet, « on sait que le consensualisme n'est pas synonyme de délivrance de toute expression de forme. La volonté n'est prise en considération par le droit que si elle se manifeste extérieurement, de façon quelconque »⁴⁸³. Le même auteur renchérit en expliquant que, contrairement à ce que le développement du formalisme donne à croire, on s'est mépris sur la signification du consensualisme. Cette erreur est la cause d'un regain de faveur du formalisme. C'est d'ailleurs pourquoi il souligne que « le formalisme n'est pas signe de progrès. C'est plutôt un rappel d'une nécessité reconnue de longue date »⁴⁸⁴. En réalité, le formalisme présente de nombreux avantages, notamment quant au contenu matériel du contrat et l'évitement de la fraude. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette ajoutent que si le formalisme est souvent le choix du législateur, rien n'empêche que, lorsque le juge appréhende une fraude, il lui préfère plutôt la recherche de la parole donnée⁴⁸⁵. Il appert que l'échec du formalisme peut faire resurgir le consensualisme. Au demeurant, le premier ne résulte-t-il pas souvent du second?

Un formalisme résultant du consensualisme. L'article 1385 C.c.Q. prévoit que le contrat peut être conventionnellement soumis à une forme solennelle. On en déduit que les contractants sont en principe libres de soumettre leur contrat à une formalité. Telle est encore l'une des expressions de la liberté contractuelle. Dans ce cas, le formalisme n'intervient qu'à titre probatoire, puisque

⁴⁸² Voir Benoît NUYTEN et Laurent LESAGE, « Formation des contrats : regards croisés sur les notions de consensualisme et formalisme », (1998) *Défrénois*, 497, 503. Pierre Rainville s'est d'ailleurs demandé à cet égard si cette liberté laissée à la volonté pouvait aller jusqu'à être assimilée au silence. Voir « À la confluence du consensualisme et du formalisme : le rôle du silence à l'égard des donations entre vifs », *supra*, note 446, 296 et s.

⁴⁸³ Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, n°135, p. 113.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, n°135, p. 114.

⁴⁸⁵ Voir *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 159-160.

l'accord suffit. La liberté de formes n'est d'ailleurs pas synonyme d'absence de formes, elle en exclut uniquement leur caractère obligatoire et *ad validatem*⁴⁸⁶. De sorte que même dans un système dominé par la liberté contractuelle, il n'est pas contradictoire que les parties soumettent leur contrat au respect de quelques formes. Lorsque le contrat se forme par accord de volonté, il est par le fait même consensuel, peu importe qu'il soit assujéti à une forme par les contractants. Même si la liberté de forme peut aller jusqu'à autoriser l'absence de formes, dans une perspective volontariste, il peut être dans l'intérêt des parties de soumettre leur accord à certaines formalités⁴⁸⁷. En fait, le formalisme aide les parties à prévenir ou éviter certains litiges, à déterminer minimalement la teneur du contrat ou encore à choisir les modes de règlements des éventuels conflits. Or, de ce point de vue :

Le consensualisme n'offre pas, à première vue, de gages comparables. L'échange des consentements n'obéit à aucun encadrement et n'entend s'astreindre à aucune formalité. Or, l'inexistence de contraintes peut nuire, à l'occasion, au repérage du consentement. La liberté confiée aux parties dans le cadre de l'élaboration de leur convention peut donc s'avérer, d'une certaine manière, relativement inefficace. Sûres d'avoir conclu une entente, fût-elle tacite, les parties peuvent, en cas de contestation, peiner à en assurer la preuve. La perceptibilité de la volonté est la difficulté première du contrat tacite. Non seulement la volonté nue peut s'avérer nuisible aux contractants, notamment celui qui est en position de vulnérabilité, mais il a été observé que le formalisme probatoire joue aussi aujourd'hui un rôle de plus en plus important dans la pratique⁴⁸⁸.

Ce formalisme probatoire s'est développé dans des pans entiers du droit. Le volontarisme s'accommode assez bien avec un tel changement, surtout lorsque celui-ci s'entend comme étant le mode d'expression et d'exécution de l'obligation de renseignement. Jean-Marc Trigeaud mentionne dans ce sens que « point n'est besoin de sacrifier au pur consensualisme qui repousse toute forme extériorisant la volonté pour lui demeurer fidèle »⁴⁸⁹. En effet, « que l'on s'attache de même à la volonté « interne » ou, à la mode germanique, « déclarée » ou créant une apparente source de confiance légitime (Vertrauenstheorie du droit suisse), la solution a une portée

⁴⁸⁶ Voir d'Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », *supra*, note 441, 277.

⁴⁸⁷ Voir l'analyse du contrat de donation et des effets pervers que peut entraîner le silence, Pierre RAINVILLE, « À la confluence du consensualisme et du formalisme : le rôle du silence à l'égard des donations entre vifs », *supra*, note 446, 283 -383.

⁴⁸⁸ Voir d'Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », *supra*, note 441, 292 et s.

⁴⁸⁹ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra* note 95, 22.

identique. On insistera seulement sur l'opportunité de prévoir un minimum d'expression objective de la volonté »⁴⁹⁰. C'est ce cadre minimal qu'offre le formalisme.

⁴⁹⁰ *Id.*

Conclusion du chapitre II

Qu'elle soit préventive ou curative, l'intervention du législateur en vue de favoriser la réalité et l'intégrité du consentement s'opère dans un contexte dominé par la bonne foi et le contrôle du comportement. En tout état de cause, la mise en œuvre des procédés de protection préventifs montre que, dans une large mesure, la protection du contractant tend à assurer un consentement exempt de vice. Toute chose compatible avec le volontarisme individualiste dont l'objectif premier est de donner aux parties les moyens de défendre leurs intérêts et d'exercer librement leur volonté. Celle-ci demeure donc la source de justice, et il convient de s'assurer, au moment de la conclusion du contrat, qu'elle est donnée librement et de manière rationnelle. La volonté proclamée n'est plus la justice en soi, elle est le moyen par lequel celle-ci advient. Elle suppose une volonté réelle, du moins tente-t-on de donner au contractant les moyens pour qu'il en soit ainsi. Cependant, ces nouvelles règles de protection de la partie vulnérable n'envisagent la vulnérabilité du contractant que d'un point de vue limité, précis et surtout exceptionnel. En fait, les principes fondamentaux du volontarisme sont certes remaniés, mais ils demeurent matriciels et reposent d'abord sur le devoir de s'informer ou de faire preuve de prudence et de diligence. La préférence est accordée à une justice formelle par opposition à une perspective réaliste. La responsabilisation l'emporte largement sur la coopération des parties. La protection du contractant faible sous l'angle volontariste ne s'articule pas en dehors des cadres de celui-ci, mais autorise une redéfinition des frontières de ses principes fondamentaux.

Conclusion du titre I

Contrairement à l'approche abstraite traditionnelle sur laquelle repose le droit civil des contrats, il est apparu que le contractant est un être de chair avec ses limites, ses défauts et ses vulnérabilités. Le mouvement opéré au sein du volontarisme montre à quel point celui-ci s'est transformé en vue d'intégrer cette réalité. Cependant, l'ouverture porte principalement sur la vulnérabilité individuelle. En ce qui concerne la formation du contrat, le domaine d'intervention et de prédilection a été l'élargissement de la théorie des vices du consentement que l'on ne peut malheureusement pas étirer à l'infini. En outre, la sanction de principe reste la nullité. Or, la nécessité de corriger le contrat peut entrer en conflit avec l'anéantissement de celui-ci, ce qui ne favorise pas toujours les intérêts de la partie la plus défavorisée. Les principales transformations du volontarisme se sont opérées dans la période de formation du contrat en vue d'affermir la volonté de la partie faible. Néanmoins, l'idée de justice contractuelle déborde largement cette phase⁴⁹¹. Elle s'étend à la période d'exécution du contrat et peut justifier l'existence d'obligation à l'encontre de la partie en position de supériorité.

⁴⁹¹ Voir Gaël PIETTE, *La correction du contrat*, tome I, *supra*, note 46, p. 193-195.

Titre II La moralité contractuelle, vecteur de la protection de la partie vulnérable au regard de la supériorité de son cocontractant

La supériorité d'une partie comme angle d'analyse de la protection du contractant vulnérable.

Jusqu'ici, la protection du contractant vulnérable visait à redonner à ce dernier les moyens d'exercer réellement sa liberté. Afin de rendre compte dans toute sa densité, il convient d'analyser cette vulnérabilité à partir de l'examen des conséquences tirées de la position du contractant fort. La différence entre les deux perspectives peut paraître subtile, elle est pourtant profonde. En effet, bien que la protection qui en résulte repose étroitement sur le besoin de moraliser les comportements, elle en fournit une forme d'expression différente, ne repose pas forcément sur les mêmes constats et ne débouche pas toujours sur des règles protectrices similaires. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi d'effectuer une étude détaillée de la sauvegarde des intérêts de la partie vulnérable au regard de la supériorité d'un contractant. Un choix qui s'explique aussi par la position des parties. Dans le contrat d'adhésion, l'une partie possède le pouvoir d'imposer à l'autre l'ensemble des stipulations contractuelles. Le droit a longtemps hésité à considérer le phénomène d'adhésion comme appartenant à la catégorie de contrat. Sa reconnaissance juridique à titre de contrat repose largement sur sa légitimation économique, puisqu'« il s'agit de protéger l'attente légitime de l'adhérent tout en assurant l'efficacité, le fonctionnement de l'entreprise du stipulant »⁴⁹². Au fond, l'État est tiraillé entre deux objectifs souvent incompatibles et pouvant paralyser ceux de la partie vulnérable, ou les réduire à n'être qu'un sous-produit devant l'importance accordée à l'instrument d'échange économique qu'est le contrat⁴⁹³. Dans un tel contexte, comment légitimer la sauvegarde des intérêts du contractant vulnérable et contrôler le pouvoir unilatéral de la partie forte de dicter le contenu contractuel? Ce sont davantage les techniques de contrôle du contenu ou de l'exécution du contrat et même de la période postcontractuelle. Le présent titre sera l'occasion de s'y attarder avec pour fil conducteur la recherche de la logique volontariste et individualiste au sein des règles et leur adéquation. Nous verrons que si la légitimité juridique du contrat d'adhésion se justifie

⁴⁹² Voir *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, p. 40. Bien que sur le plan philosophique certains auteurs font croire, au nom du relativisme, qu'il faudrait accorder la même valeur aux intérêts de tous. Voir Ruwen OGIEN, *La panique morale*, Paris, Grasset, 2004. Il n'est pas certain qu'une telle perspective soit toujours possible ni même praticable, car cela pourrait alors facilement aboutir à garantir les intérêts des plus forts et des plus fortunés. Voir les remarques justifiées de Michela ARZANO, *Je consens, donc je suis*, Paris, PUF, 2006, p. 23 et s.

⁴⁹³ Voir Jacques GHESTIN, « Le contrat comme instrument d'échange économique », (2000) 92 *Revue d'économie industrielle* 81-100.

d'abord par son utilité économique, l'unilatéralisme contractuel qui le caractérise peut déboucher sur des abus et des excès que le recours au principe de la moralité contractuelle a pour but d'endiguer (Chap. I). Nous aborderons par la suite le sens et la portée des mécanismes juridiques de contrôle de l'exercice des pouvoirs unilatéraux qui en découlent (Chap. II).

Le contrat, instrument de fonctionnement du marché. Le contrat d'adhésion est d'abord un instrument de la société industrielle. Depuis, cette dernière a progressivement cédé la place au phénomène de marché⁴⁹⁴, qui semble constituer de nos jours un véritable modèle⁴⁹⁵. Le droit des contrats n'a pas été indifférent à ces transformations de sorte que la fonction économique du contrat est devenue tellement importante qu'elle tend à faire perdre de vue la qualité de sujets de droits des acteurs qui y sont impliqués. Avant d'être des relations contractuelles déséquilibrées, les contrats d'adhésion ou de consommation semblent d'abord être des outils d'échanges économiques performants. C'est pourquoi le droit s'attèle à garantir la prospérité économique, la protection du contractant vulnérable n'étant alors qu'une question subsidiaire. La croissance de la consommation, de la distribution ou de l'industrie et du marché est devenue une valeur digne d'être protégée pour elle-même compte tenu de son utilité. Il paraît donc pertinent d'exposer le cadre de pensées ayant favorisé une telle orientation du droit des contrats. Pour ce faire, une brève étude préalable des aspects théoriques de la notion d'utilité⁴⁹⁶ nous aidera à mettre en lumière les idéologies qui justifient que le contrat d'adhésion tire sa force obligatoire

⁴⁹⁴ On pourra lire avec intérêt les travaux de Karl Polanyi, économiste et théoricien de l'économie du marché, qui constatait dès la fin de la deuxième guerre mondiale le déclin des autres valeurs sociétales au profit de la seule prise en compte des intérêts reliés au marché. Il affirmait à cette époque qu'il fallait y voir les ressorts des mutations alors en cours dans la société. Voir *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983. La transformation dont il est question est de l'ordre de la réaction politique et économique des États européens entre les deux guerres à l'échec de l'économie de marché telle qu'elle a été mise en place au XIX^e siècle par la haute finance internationale. L'économie reposait alors sur quatre piliers institutionnels : l'équilibre politique des puissances, l'étalon-or, le marché autorégulateur et l'État libéral. Ceux-ci se sont effondrés un à un. Pourtant, l'intérêt majeur de l'ouvrage ne se situe pas à ce niveau. Il réside principalement dans l'analyse fine et argumentée de l'instauration de l'économie de marché à titre de modèle. L'auteur montre que tout est parti de l'Angleterre dès le XVIII^e siècle, puis le schéma s'est propagé à l'ensemble des états européens. Polanyi démontre que le marché autorégulateur est une utopie absolue et dévastatrice qui a miraculeusement favorisé le développement des instruments de production, mais au prix de la dislocation intégrale de la société et des autres valeurs sociales. Pour sa démonstration, l'auteur s'appuie sur la marchandisation du travail, de la terre et de la monnaie, toute chose qui met gravement en péril la nature et l'homme en tant que tels. Il passe en revue et met de façon intelligible en lumière les errements théoriques fondamentaux des fondateurs de l'économie libérale depuis Adam Smith, notamment. Sans doute, cet ouvrage constitue une référence critique de l'idéologie libérale contemporaine. Pourtant, en 1944, lorsque Karl Polanyi expose sa pensée dans cet ouvrage, il se trompe gravement en prédisant la destruction d'un capitalisme libéral devenu dangereux et duquel les acteurs politiques et économiques auraient tiré toutes les leçons. Il ne s'agit en fait que du point de départ d'une économie encore dominante de nos jours. En effet, le projet libéral et le marché global unique ont envahi l'espace social. L'individu est réduit à sa dimension consumériste. Pourtant, il faut croire que Karl Polanyi n'avait pas envisagé le pire. En effet, en ces temps de crise, il est peut-être nécessaire de revenir à l'étude de l'œuvre de cet auteur pour reprendre la juste mesure des dangers d'une approche de la relation humaine sous le seul angle d'une économie capitaliste, individualiste et libérale.

⁴⁹⁵ Voir Marie-Anne FRISON ROCHE « Le modèle de marché », *supra*, note 1, 287-314. À titre de modèle, le recours au marché a tendance à s'étendre même en dehors de la sphère économique, ou plutôt importer celle-ci dans des domaines qui *a priori* n'y sont pas nécessairement soumis.

⁴⁹⁶ Nous ne prétendons pas entrer dans les menus détails et les subtilités de ces doctrines que l'on trouvera dans les ouvrages spécifiques, mais nous désirons néanmoins faire les liens pertinents avec la théorie générale des contrats.

de son rôle économique (Sect. I). Ce qui n'est pas sans susciter de nombreuses craintes, de sorte que le déséquilibre créé par les pouvoirs contractuels unilatéraux sera accompagné de l'extension des obligations du contractant en position de supériorité et un contrôle actif des juges, avec pour cheval de bataille, la nouvelle moralité contractuelle. Telle est surtout la réponse volontariste et individualiste à la légitimité économique du contrat d'adhésion (Sect. II).

Sect. I L'utilité économique, fondement de la force obligatoire du contrat d'adhésion

L'activité économique occupe une place considérable dans la société contemporaine occidentale à tel point que l'on considère que le législateur a pour mission de favoriser les bienfaits que la bonne marche des affaires procure à la société. Elle n'est pas si loin l'époque où il était rare de faire appel, en matière contractuelle, à l'intérêt général ou à l'utilité publique pour expliquer les positions du législateur⁴⁹⁷. En fait, le droit des contrats apparaissait d'abord comme étant celui de la justice commutative, et donc du lien entre les contractants. Avec le déploiement des contrats d'adhésion et de consommation, opérant à grande échelle, les préoccupations d'ordre économique orientent désormais les choix du législateur⁴⁹⁸. C'est en ce sens qu'on estime que l'utilité économique constitue le véritable fondement de la légitimation juridique du contrat d'adhésion. Dans cette perspective, nous aborderons brièvement l'étude de la doctrine utilitariste et de l'analyse économique du contrat⁴⁹⁹. Il ne s'agit pas de revenir sur le détail de ces théories, et ce, pour des raisons d'espace et de pertinence. Nous prétendons seulement en montrer l'impact sur la compréhension de la force obligatoire du contrat d'adhésion (Para I). Nous analyserons par la suite l'influence de cette dimension fonctionnelle du contrat qui explique que l'État privilégie les intérêts du contractant fort (Para II). Enfin, avec la théorie de l'utile et du juste de Jacques Ghestin, nous nous attarderons sur la tentative de conciliation entre l'utilité économique des contrats et la nécessité de protéger la partie vulnérable (Para III).

Para I L'utilité économique du contrat d'adhésion sur le plan théorique

⁴⁹⁷ Les choses ont bien changé. Voir dans le contexte de la France, l'examen détaillé de Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004.

⁴⁹⁸ Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, p. 83-84. Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, p. 13-39.

⁴⁹⁹ L'objectif étant de faire le lien avec la théorie générale des contrats.

La nature contractuelle du contrat d'adhésion tiré de son rôle économique. Sur le plan juridique, le contrat d'adhésion a posé de nombreux défis aux juristes, et ce, en grande partie parce qu'il ne cadre pas avec la définition volontariste du contrat telle qu'elle apparaissait notamment dans le Code civil du Bas Canada⁵⁰⁰. Le débat sur la nature contractuelle du contrat d'adhésion est aujourd'hui inutile. Ce qui résulte en grande partie de l'évolution du rapport entre le droit des contrats et l'économie. Dès lors que l'utilité du contrat, du point de vue économique, devient en soi un objectif du droit, le contrat d'adhésion peut alors être considéré comme une catégorie contractuelle. Avant d'être un accord de volontés accessoire, voire négligeable, le contrat est d'abord « l'instrument d'opérations socialement utiles »⁵⁰¹ servant la satisfaction des besoins des individus. D'ailleurs, l'accord des volontés « ne peut plus être considéré comme l'élément essentiel, voire exclusif, du contrat »⁵⁰². Ce qui importe avant tout sont les bénéfices économiques tirés du contrat. Comme l'indique le professeur Jacques Ghestin, « le contrat [même s'il est d'adhésion] est sanctionné par le droit objectif (du latin *directum* qui concerne l'ensemble des règles et principes régissant la vie des êtres humains dans une société) en raison de son utilité sociale »⁵⁰³. (Nos ajouts) Cette notion d'utilité économique et sociale est d'ailleurs un aspect de l'intérêt général qui s'oppose à une conception plus volontariste dans laquelle l'intérêt commun est la somme des intérêts particuliers⁵⁰⁴. Cette fonction du contrat a en grande partie été rendue possible grâce à l'influence de la doctrine utilitariste et au recours à l'analyse économique du contrat.

Le principe de l'utilité. L'impact de la logique de marché⁵⁰⁵ révèle un des principaux aspects des changements advenus au sein de l'action étatique. En effet, le libéralisme tel qu'il a été théorisé par Adam Smith, notamment à travers le thème de l'harmonie des intérêts, établissait une séparation nette entre l'État et l'économie. Pour ce dernier, c'était la somme des activités

⁵⁰⁰ Une telle contradiction n'avait d'ailleurs rien de spécifique au Québec. Les législations ayant une définition du contrat basée sur l'accord de volonté se sont retrouvées dans un dilemme semblable face à l'importance des contrats d'adhésion qui ne répondaient pas aux critères requis pour être alors qualifiés de contrat.

⁵⁰¹ Voir Jacques GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation, Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 1982, n°175, p. 182.

⁵⁰² *Ibid.*, n°176., p. 186.

⁵⁰³ Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans le contrat », *supra*, note 289, 42.

⁵⁰⁴ Voir Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *supra*, note 497, p. 241 et s.

⁵⁰⁵ Aujourd'hui, plus encore que la protection des activités économiques, c'est la notion de marché qui semble avoir pris le dessus. Voir en particulier Marie-Anne FRISON ROCHE, « Le modèle de marché », *supra*, note 1, 286. Voir Didier TRUCHET, « État et marché », (1996) 40 *A.P.D.* 314.

individuelles et privées qui permettait de définir l'intérêt général, en ce sens que si chaque individu agit afin de préserver son intérêt particulier, il enrichit, même à son insu, l'ensemble de la société⁵⁰⁶. Le commerce y contribue, mais il ne doit son épanouissement qu'au principe de la liberté contractuelle que les interventions gouvernementales n'ont pour objectif que de garantir⁵⁰⁷. C'est par la suite, à travers l'utilitarisme de Jeremy Bentham, que le rapprochement va être effectué entre la notion d'intérêt général et celle d'utilité publique, grâce à la doctrine de l'utilitarisme⁵⁰⁸. S'il est vrai que le courant libéral présente de nombreuses variantes, c'est Jeremy Bentham qui en institue la version utilitariste comme fondement du droit et de la morale. L'auteur, rappelons-le, construit une théorie basée sur le « principe de l'utilité »⁵⁰⁹ qui présente une double figure. D'une part, elle est descriptive, car elle suppose une définition des comportements individuels, et, d'autre part, elle est normative, en ce qu'elle implique des principes d'organisation de la collectivité dans son ensemble. Dans le premier cas, c'est l'avantage tiré par chaque individu dans une transaction qui importe. Dans le second, c'est la recherche du bonheur du plus grand nombre ou la maximisation de l'intérêt collectif qui doit être mis de l'avant. La théorie de Bentham est à la fois psychologique et conséquentialiste, puisqu'elle repose sur la distinction entre les peines et les plaisirs qui est elle-même censée guider les actes des individus qui agissent en fonction des suites qui en résultent. Dans l'une ou l'autre hypothèse, le contrat est d'abord utile avant d'être juste.

⁵⁰⁶ Voir Adam SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, traduction de Germain Garnier, Paris, 1991, Garnier-Flammarion, vol. I, p. 150 et p. 332.

⁵⁰⁷ Même si Adam Smith est très conscient du déséquilibre de forces entre travailleurs et propriétaires, il soutient qu'il faut laisser faire, car *a priori* les interventions de l'État ne peuvent que nuire en fin de compte à l'intérêt général. Voir *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, *supra*, note 506, p. 43. En réalité, Adam Smith fait partie de ces auteurs qui, croyant décrire une réalité qui existe, ne sont en fait qu'en train de contribuer à la créer. D'ailleurs, il a une conception assez pessimiste des intérêts capitalistes dont il faut se méfier. On ne saurait réduire une pensée aussi complexe à quelques idées générales. Précisons pour les fins de notre étude que d'après l'auteur : « Toute proposition d'une loi nouvelle ou d'un règlement de commerce, qui vient de la part de cette classe de gens [les détenteurs de capitaux], doit toujours être reçue avec la plus grande défiance, et ne jamais être adoptée qu'après un long et sérieux examen, auquel il faut apporter, je ne dis pas seulement la plus scrupuleuse, mais la plus soupçonneuse attention. Cette proposition vient d'une classe de gens dont l'intérêt ne saurait jamais être exactement le même que l'intérêt de la société, qui ont, en général, intérêt à tromper le public et même à le surcharger et qui, en conséquence, ont déjà fait l'un et l'autre en beaucoup d'occasions » (p. 336). (Nos ajouts) De manière générale, si Adam Smith est favorable à l'idée que le développement du commerce contribue au bien collectif, il y a à cela deux réserves. D'une part, il n'exclut aucunement le rôle de l'État, qui est essentiel dans la production des « biens collectifs ». Et, d'autre part, à aucun moment, l'auteur ne prétend que le mécanisme du marché contribuera par lui-même à l'« intérêt général ».

⁵⁰⁸ L'ouvrage de référence étant Jeremy BENTHAM, *An introduction to the principles of Morals and législation*, pour une traduction en français, voir Jeremy BENTHAM, *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, traduction du Centre Bentham, Paris, Vrin, 2011, p 28 et s. Rappelons que c'est également à titre de juriste que Bentham a envisagé sa théorie et l'une des raisons pour lesquelles elle reste une grille de lecture pertinente du droit, et ce, malgré les critiques. Voir sous la direction de Malik BOZZO-REY et Guillaume TUSSEAU, *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Paris, Économica, 2011.

⁵⁰⁹ *Id.*

La valeur économique du contrat d'adhésion. Au stade de la construction de la théorie chez Jeremy Bentham, l'idée de société, entendue comme le dépassement de l'individu, n'existe pas encore en tant que telle. L'utilitarisme, même dans sa version normative, est une forme d'individualisme. Comme chez Adam Smith, selon Jeremy Bentham, l'intérêt général résulte de l'addition des intérêts particuliers, mais ceux-ci doivent être canalisés dans le sens de la recherche du bonheur du plus grand nombre⁵¹⁰. Dans l'utilitarisme de Jeremy Bentham, la valeur du plaisir et de la peine repose sur cinq critères précis : l'intensité, la durée, la certitude ou l'incertitude, la proximité ou l'éloignement⁵¹¹. En ce qui concerne l'activité économique, c'est davantage le critère de la proximité que le droit retient pour accorder sa protection à l'un des contractants. D'après Cyril Noblot, il importe de faire appel à l'utilitarisme pour comprendre l'intérêt du législateur français en matière de bail commercial. Il soutient à ce propos que :

De nouveau, il est préférable de se reporter aux critères dégagés par J. Bentham. Le critère de la proximité semble pouvoir guider l'explication. En vertu de cette idée de deux activités à comparer, celle qui permet d'atteindre le bonheur le plus rapidement possible [...] La logique de l'activité exercée par le locataire exploitant réel, dont les répercussions bénéfiques sur le corps social sont plus immédiatement sensibles et tangibles⁵¹².

Il est vrai que le bail commercial bénéficie d'un régime propre à la France. Il n'empêche que la logique sous-jacente à l'analyse de l'auteur peut être appliquée dans le cadre plus général du contrat d'adhésion. Ce dernier, bénéfique sur le plan économique et social, permet d'accélérer les échanges, de réduire les coûts et de maximiser les profits. À ce titre, il est profitable au plus grand nombre. Or, la doctrine utilitariste repose sur une approche individualiste du comportement humain, dans la mesure où elle part de l'idée que l'individu recherche d'abord son intérêt personnel⁵¹³. C'est sur ce critère d'utilité que se situe dorénavant la force obligatoire du

⁵¹⁰ Il s'agit alors de ce qu'un auteur qualifie de « principe de l'identification artificielle des intérêts » qui renvoie à l'idée qu'il faut créer des artifices pour voir l'intérêt individuel se transformer en intérêt collectif. Voir l'analyse d'Alain STROWEL, « À la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », dans Philippe Gérard, François Ost et M. Van Kerchove (dir.), *droit et intérêt, vol. 1 : approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 49. Voir aussi François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général, supra*, note 105, p. 161 et s.

⁵¹¹ Critères qui peuvent être utilisés pour retrouver les fondements sur lesquels le législateur s'appuie quelques fois afin de déterminer les règles de protection d'un contractant en fonction de sa qualité. Voir l'étude détaillée de Cyril Noblot qui montre comment le droit, influencé par la doctrine utilitariste, a souvent eu recours à l'un de ces critères pour accorder sa protection à des catégories de personnes. Voir Cyril NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative, supra*, note 254, p. 114-115.

⁵¹² *Ibid.*, p. 145.

⁵¹³ La théorie est un peu plus complexe. Voir les explications d'Alain STROWEL, « À la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », dans Philippe Gérard, François Ost et M. Van

contrat d'adhésion. Toute chose qui légitime les pouvoirs du contractant puissant, mais lui évite également de se préoccuper véritablement du sort de son cocontractant défavorisé. La reconnaissance du contrat d'adhésion, au nom du principe d'utilité, s'assimile en fin de compte à la sauvegarde des intérêts de la partie forte. Toutefois, il ne faudrait pas rapidement conclure que l'utilitarisme est indifférent au sort de l'individu vulnérable. Il s'agit plus pragmatiquement des effets d'une logique de marché que le droit protège, encourage, et auquel il participe pleinement⁵¹⁴. Le contrat d'adhésion est un outil nécessaire au bon fonctionnement de ce « lieu d'échange de biens et de services ». Il est au service d'un « modèle d'organisation des relations entre personnes, où tout est considéré en termes de valeur économique »⁵¹⁵. Érigé en véritable idole, le marché doit être de nos jours considéré comme relevant de « la loi du fait, celle avec laquelle on ne peut ne pas composer puisque par définition, elle est donnée »⁵¹⁶. L'idée de marché a tendance à envahir toutes les sphères de la société dont il « se propose d'explicitier la totalité du réel »⁵¹⁷. Dans ce contexte, la conclusion est simple, car « l'élément qui compte pour les agents économiques est que le contrat soit rentable sur le plan global, et c'est en considération de ce caractère que la force obligatoire doit lui être reconnue »⁵¹⁸. L'efficacité économique justifie suffisamment que le contractant fort puisse déterminer seul le sort du contrat. Ceci dit, le contrat n'en reste pas moins un outil devant faire juridiquement sens.

Kerchove (dir.), *droit et intérêt*, *supra*, note 510, p. 49. L'auteur tente de montrer que l'utilitarisme chez Bentham ne se réduit pas à l'égoïsme auquel on l'a souvent assimilé.

⁵¹⁴ Voir Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *supra*, note 1, 286-313; Didier TRUCHET, « État et marché », (1996) 40 *A.P.D.* 314-325; Henri BOURGUINAT, *La tyrannie des marchés. Essai sur l'économie virtuelle*, Économica, 1995.

⁵¹⁵ Voir Didier TRUCHET, « État et marché », (1996) 40 *A.P.D.* 315.

⁵¹⁶ Voir Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *supra*, note 1, 287. Mettre le marché sur un tel piédestal, « c'est en réalité procéder à sa divination, atteindre le plus haut degré de l'idolâtrie, de l'irrationalisme et de l'antiscientifisme » (287).

⁵¹⁷ Voir Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *supra*, note 1, 291. L'auteure identifie les trois principales caractéristiques de l'influence du marché que l'on peut retrouver dans les transformations qu'a connu le droit des contrats : aptitude à absorber, à ignorer et à sanctionner. L'absorption se manifeste dans la légitimité économique du contrat d'adhésion qui repose sur des critères d'efficacité économique, et non pas juridique. La capacité d'ignorer se manifeste quant à elle dans la non-prise en compte de la situation des catégories de personnes défavorisées et délaissées voire l'élimination des faibles-par les préceptes du marché. Une aptitude à sanctionner que l'on retrouve dans la morale des affaires et qui se traduit également en droit des contrats par le désir de moralisation qui, en bout de ligne, ne vise pas tant la protection du contractant vulnérable – si ce n'est indirectement – que d'abord le bon fonctionnement du marché.

⁵¹⁸ Voir Ghislain TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *supra*, note 6, 603. L'auteur renvoie à Ninel ULLOA MAUREIRA, « Introduction du concept de contrats incomplets en droit civil français », (2004) 4 *Global Jurist* 1.

La raison économique face au sens juridique du contrat. L'explicitation économique du contrat suffit-elle à en rendre compte sur le plan juridique? Un début de réponse pourrait éventuellement être apporté par certaines précisions sur le rôle et la place de l'économie par rapport au juridique. Éric Brousseau s'est donné une telle tâche dans un article⁵¹⁹. L'auteur rappelle que les économistes ne réfèrent pas au cadre juridique du contrat pour en faire l'analyse, de sorte que le contrat n'apparaît dans la perception de l'économiste que comme un instrument commode et pratique en vue de résoudre les problèmes liés au coût de transaction et à la détermination du prix⁵²⁰. L'objectif étant, non pas la justice, ni la recherche de l'équilibre contractuel, mais l'efficacité économique. C'est la raison pour laquelle « du point de vue de la logique économique, chacune de ces deux questions [celle de la justice et des conditions de formation du contrat] est extérieure à l'analyse [économique] du contrat. Il n'y a pas dans l'analyse économique de réponse explicite aux questions que se posent les juristes sur ces points »⁵²¹. (Nos ajouts) Il appartient donc à ces derniers de chercher le sens juridique à donner au contrat d'adhésion. Ce qui n'implique pas forcément une rupture avec sa dimension économique.

Le rapprochement possible entre le droit des contrats et l'économie : le contrôle des comportements opportunistes. Il ne faut pas s'y tromper, bien que la justice contractuelle ne soit pas l'objectif premier de l'analyse économique du contrat, on ne saurait en déduire que la science économique ne se préoccupe pas des considérations qui en sont issues. C'est bien le contraire qui est vrai. En effet, droit et économie ne se rejoignent pas : ni dans la méthode ni dans les objectifs. Ce qui ne signifie pas que les deux domaines soient totalement séparés. L'importance accordée à la moralité contractuelle par le droit rejoint à bien des égards des considérations économiques.

⁵¹⁹ Voir Éric BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », dans Gilles GOUBEAU et Jacques Ghestin (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 153-175. La notion de contrat intervient dans l'analyse économique plus largement comme substitut du marché aussi bien dans le cadre de la firme que de l'entreprise (p. 154 et s.).

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 156-158. D'ailleurs, la définition de contrat est très large chez les économistes et renvoie à l'échange de biens et de services avec l'espoir de part et d'autre de profiter de la réallocation des ressources échangées (p. 164-165).

⁵²¹ *Ibid.*, p. 160. L'auteur ajoute « qu'il n'existe pas réellement de concept de justice en économie » (p. 161). Une remarque qu'il convient de garder en mémoire, car là où la justice contractuelle pose d'abord la question du pourquoi et d'où découle celle du comment, l'économie n'intervient que sur le plan des moyens. Ce qui explique que l'analyse économique soit préoccupée par l'exécution des engagements contractuels. Éric BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », *supra*, note 519, p. 163. Voir aussi Ejan MACKAAY et al., « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans *Mélanges Jean Pineau*, *supra*, note 118, p. 421-459. Ces moyens auraient d'ailleurs avec le temps été progressivement élargis et remaniés et il ne faudrait voir l'analyse économique que comme une approche possible parmi d'autres. Voir les explications de Horatia MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 184-195.

L'un des principaux défis en matière d'analyse économique du contrat réside dans la maîtrise des comportements opportunistes. Par opposition à une attitude de confiance et d'honnêteté, il faudrait noter que:

L'opportunisme se produit « lorsque l'un des contractants se comporte de manière contraire à la compréhension du contrat de l'autre, sans nécessairement aller à l'encontre de la lettre de l'entente, mais d'une manière à effectuer un transfert de richesse au détriment de l'autre et à son propre profit ». George Cohen le définit comme « tout comportement, dans le cadre d'une relation contractuelle, par l'une des parties au contrat, qui va à l'encontre des attentes raisonnables ou de la morale conventionnelle »⁵²².

La moralisation des conduites est un objectif que le droit partage avec l'approche économique du contrat. Certes, celle-ci n'intervient pas directement dans le cadre de la justification du contrat. Toutefois, elle opère à la marge, non pas tant au stade de formation ou d'élaboration du contrat, que davantage lors de son exécution. À ce niveau, il y a convergence entre les préoccupations économiques et juridiques. En ce sens, la bonne foi, sur le plan économique, permet de venir à bout ou de limiter les problèmes posés par les comportements opportunistes des agents. La variété des formes qu'ils peuvent prendre ne peut être limitée que par l'imagination de l'homme. Néanmoins, de manière générale, on a pu identifier trois critères principaux permettant de conclure à une conduite opportuniste. Il s'agit de l'existence d'une asymétrie d'information de laquelle l'un des agents tire un avantage indu assez significatif au détriment de son partenaire⁵²³. Ce qui se traduit en droit comme étant une attitude contraire à la bonne foi. Le détour moral que prend la protection de la partie vulnérable en droit des contrats, depuis quelques décennies, apparaît en totale adéquation avec la nécessité de prendre en compte la fonction économique du contrat. Il en résulte une double coïncidence : celle du discours et des moyens. Les deux étant mis en place en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché et l'efficacité économique.

L'efficacité économique du contrat d'adhésion. La justification du contrat par son efficacité économique se retrouve également dans l'analyse économique du droit. En effet, un rapprochement étroit est possible entre l'adoption sur le plan juridique du contrat d'adhésion et l'approche de ce dernier sous l'angle de l'analyse économique du droit. En plus de servir de stimulus à l'investissement, à la rapidité des échanges et en vue de diminuer les coûts de

⁵²² Voir Ejan MACKAAY et AL, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans *Mélanges Jean Pineau, supra*, note 118, p. 437.

⁵²³ *Ibid.*, p. 435 et s.

transactions supplémentaires, les contrats d'adhésion relèvent d'une approche coûts/bénéfices propre à l'analyse économique⁵²⁴. En réalité, la standardisation des échanges et de l'économie n'autorise pas la négociation entre les parties et favorise l'unilatéralisme contractuel croissant⁵²⁵.

Comme le décrivent les professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau :

Pour l'économiste, le contrat d'adhésion reflète un effort d'atteindre des rendements d'échelle dans la mise en forme juridique des opérations de marché [...] La négociation individuelle du contrat entraîne des coûts de transaction dont l'Occidental estimerait qu'ils ne valent pas la peine, considérant les enjeux. À ses yeux, deux contractants peuvent améliorer leur sort en standardisant le prix des objets à vendre, à passer moins de temps par contrat et à conclure davantage de contrats par journée [...] **Il va de soi que c'est la partie jouant à grande échelle qui prendra l'initiative de rechercher les rendements d'échelle et qui formulera le contrat**⁵²⁶. (Nous soulignons)

Éric Brousseau abonde dans le même sens et explique que si les économistes privilégient la rédaction unilatérale du contrat, il ne faut pas y voir l'exercice d'un désir de domination, mais la résultante d'un pur principe d'efficacité et d'opportunité⁵²⁷. Le choix d'opérer par décision unilatérale, à l'instar du contrat d'adhésion, revient à un coût bien moindre que les frais qu'il faudrait engager afin de déterminer les termes du contrat avec la participation de chacun des clients. Sauf que dans un contexte dominé par la rationalité individualiste, celui qui prérédige le contrat s'assurera que le contenu ne lui est pas défavorable, et surtout que celui auquel un tel contrat est proposé ne pourra pas en modifier les termes⁵²⁸. Plus encore, d'un point de vue économique, il est bon que ce soit la partie forte qui prenne le contrôle de la relation. Certes, le

⁵²⁴ Voir « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », *supra*, note 212, 25 et s.

⁵²⁵ La standardisation des contrats peut jouer un rôle bien plus complexe. Un auteur a montré comment certains intérêts économiques nationaux ou stratégiques de protectionnisme et de positionnement peuvent justifier le recours à la standardisation, notamment les besoins de l'économie et du crédit. Lire en ce sens, Marc FAVERO, « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques », (2003) *RTDcom*. 429.

⁵²⁶ Voir Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, 2^e édition, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, p. 415. Cette remarque des auteurs peut donner l'impression que l'analyse économique du contrat permet de mieux expliquer et de faciliter la compréhension du contrat d'adhésion ou de consommation. En fait, malgré qu'elle puisse traduire la dimension collective de ces contrats, il n'en demeure pas moins vrai que l'approche reste purement individuelle. La prise en compte de la distribution moderne par l'analyse économique du droit ne débouche pas, contrairement à ce qu'on serait porté à croire, à une approche collective du contrat. Il est certes envisagé à grande échelle, mais aucune conséquence au plan contractuel n'en résulte directement en termes de moyens de protection, si ce n'est sa fonction économique.

⁵²⁷ Voir Éric BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », dans Gilles GOUBEAU et Jacques Ghestin (dir), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, *supra*, note 519, p. 171.

⁵²⁸ Il ne faut pourtant pas se laisser leurrer par l'utilisation de l'expression « intérêt général » dans le cadre de l'analyse économique. Bien qu'on soit tenté de présenter la maximisation individuelle du profit comme résultant en bout de ligne de la collectivité, il n'en est rien, puisque la vocation même de la conception économique de l'échange n'est pas d'assurer la répartition ou la redistribution de la richesse, mais l'accumulation individuelle de celle-ci. Ce qui est très différent. Il s'agit d'assurer et d'accroître le profit, non de le donner ou de le distribuer.

contrat est en fin de compte la volonté d'un seul, mais cela s'avère globalement utile par rapport aux inconvénients d'une négociation individuelle. Du reste, « l'utilité publique est une notion dont on sait que la mise en œuvre se traduit par une application ponctuelle de la théorie du bilan coût/avantage, autrement dit par une pesée des répercussions collectives de l'action respective des parties au contrat, la partie la plus méritante bénéficiant de la protection »⁵²⁹. La question pourrait alors être ainsi formulée : pourquoi le législateur reconnaît-il le caractère contractuel à un contrat qui pourtant présente de nombreux risques pour l'adhérent et, plus largement, pour les parties vulnérables? La réponse est que le progrès et l'efficacité économiques méritent que l'on tolère l'usage des contrats d'adhésion et de consommation. En revanche, dans les faits, en ce qui concerne les contrats d'adhésion ou de consommation, l'expression « échange économique » dans ces cas porte mal son nom. Il s'agit *stricto sensu* d'un acte unilatéral qui ne sert plus tant les intérêts des deux parties que ceux de la partie en position de force. Un acte qui, d'un point de vue économique, fait l'objet d'une méthodologie purement individualiste.

L'individualisme méthodologique de l'approche économique des contrats d'adhésion. Le lien entre l'analyse économique du droit et l'utilitarisme paraît évident. S'il n'existe pas nécessairement une parfaite osmose entre les deux, ils partagent le même individualisme méthodologique⁵³⁰. En effet, le modèle économique du choix rationnel même limité n'est pas sans relation avec l'utilitarisme⁵³¹. Il part de l'idée que « les humains choisiront toujours, parmi les options disponibles, celle qui leur procure la plus grande satisfaction »⁵³², et donc le plus de

⁵²⁹ Voir Cyril NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, *supra*, note 254, p. 144.

⁵³⁰ De nombreuses nuances doivent être apportées. En fait, il existe à la fois des points d'ancrage et d'indépendance entre les approches. L'utilitarisme Benthamien s'apparente davantage à un devoir-être fondé psychologiquement, là où l'analyse économique tente d'expliquer les comportements qu'elle postule rationnels. Voir Alain STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », (1992) 37 *A.P.D.* 143-177. Voir aussi les explications de R. Posner qui tente de défaire les liens créés entre utilitarisme et analyse économique du droit, « Utilitarianism, Economics and Legal Theory », (1979) *Journal of Legal Studies* 103-140.

⁵³¹ Alain Strowel signale que « si l'utilitarisme est né, comme nous l'avons souligné, d'une théorie psychologique particulière, - on pourrait dire de la psychologie de Bentham que c'est une psycho-sociologie – il est frappant, notent Sen et Williams, de constater que, dans la forme que l'utilitarisme a prise plus récemment, à savoir dans la théorie économique, ces connexions avec la réalité psychologique ont disparu. Alors que "l'ancrage de l'économie dans la tradition utilitariste est historiquement incontestable", aujourd'hui, la science économique a tendance à répudier dans un même mouvement ses origines utilitaristes ». Voir « À la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », dans Philippe Gérard, François Ost et M. Van Kerchove (dir.), *droit et intérêt*, *supra*, note 510, p. 85.

⁵³² Voir Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, *supra*, note 526, p. 28.

plaisir⁵³³. S'il n'y a pas lieu d'identifier utilitarisme et analyse économique du droit, il est clair que les deux doctrines relèvent bien de l'individualisme⁵³⁴. Les professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau révèlent, à propos de l'individualisme méthodologique de l'analyse économique du droit, que :

Les choix qui nous intéressent sont ceux des *individus* vivant en société. Les phénomènes sociaux s'analysent à partir de ces choix. L'individu constitue l'élément central de cette analyse. Tout phénomène collectif doit être expliqué à partir de comportements individuels... Le bien-être de la société doit être compris en fonction de celui de ses membres. Les choix collectifs de la société doivent être analysés comme résultant de la composition de choix individuels⁵³⁵.

C'est la même méthodologie que l'on retrouve dans les postulats économiques du contrat. Éric Brousseau indique à cet effet que, à la différence des juristes, du point de vue économique :

La question des modalités de formation du contrat préoccupe peu l'économiste du fait du modèle d'agent à partir duquel il raisonne. L'*homo economicus* est un individualiste rationnel, même si sa rationalité n'est pas toujours parfaite. Il est donc censé accepter un engagement contractuel en connaissance de cause, quelle que soit la procédure suivie, que le contrat soit d'adhésion ou non, etc. [...] Il n'y a donc pas lieu de revenir sur des engagements contractuels au motif qu'*a posteriori* on pourrait constater qu'ils ne correspondaient pas initialement à la volonté des parties. Le faire pourrait tout au contraire avoir des conséquences désastreuses. D'une part, elle encouragerait l'irresponsabilité dans l'adhésion à des contrats. D'autre part, elle ferait perdre toute crédibilité à des engagements qui sont avant tout des moyens de sécuriser la coordination; cela empêcherait la réalisation de nombreuses transactions⁵³⁶.

Comme à bien des égards dans l'approche utilitariste, l'analyse économique du droit est aussi *conséquentialiste* en ce sens que les choix opérés par les individus dépendent des conséquences en termes de satisfaction, d'où la notion de choix rationnel, qu'il soit ou non limité⁵³⁷. En tout état de cause, le terme « utilité » que l'on retrouve dans l'utilitarisme n'est pas celui de l'analyse

⁵³³ Mais un tel lien n'est pas toujours simple à établir, certains précurseurs de l'analyse économique l'ayant souvent réfuté. En outre, Alain Strowel prévient que si la « pensée de Smith développe une conception individualiste, en ce qu'elle valorise en premier lieu l'être humain individuel et ses motivations, elle ne relève pas de l'individualisme méthodologique ». Il ne fait aucun doute que l'analyse économique relève bien de cette dernière par opposition à une méthodologie holistique qui prend pour point de départ la société. Voir pour le débat, « Utilitarisme et approche économique du droit dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner. », (1992) 37 *A.P.D.* 143-177.

⁵³⁴ Voir Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, *supra*, note 532, p. 37 et s.

⁵³⁵ Les auteurs ne nient pas pour autant l'existence de phénomènes ou de groupes sociaux. Voir *L'analyse économique du droit*, *supra*, note 532, p. 37. Il faudrait donc se garder de voir seulement dans le contrat un accord de volonté, puisqu'il est aussi un échange de valeur et un transfert de bien d'un patrimoine à un autre. Ce qui se rapproche assez de l'analyse économique au sein de laquelle l'objectif du contrat, fut-il de gré à gré ou d'adhésion, « est de réaliser un gain réciproque pour les deux parties (Optimum de Pareto), un résultat gagnant-gagnant » (p. 362).

⁵³⁶ Voir Éric BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », dans Gilles GOUBEAU et Jacques Ghestin (dir), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, *supra*, note 519, p. 161.

⁵³⁷ Et sur un plan collectif, les règles sont jugées d'après leurs effets. Voir Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, *supra*, note 532, p. 24 et s. et p. 593 et s.

économique du droit qui préfère ceux de maximisation d'intérêts, de préférence ou de satisfaction. Néanmoins, dans les deux hypothèses, la reconnaissance du contrat d'adhésion tire sa légitimation de son utilité économique, au sens large du terme. Une explication qui ne prétend pas se limiter à une perspective descriptive, mais s'inscrit aussi dans un cadre normatif.

Para II L'utilité économique du contrat garantie par l'État au profit de la partie forte

La fonction normative de la vision économique du contrat. Les fonctions premières de l'utilitarisme et de l'analyse économique du droit consistent à décrire les comportements humains aux niveaux individuels et collectifs, et ce, dans une perspective résolument normative⁵³⁸. Ce n'est plus seulement ce que les individus font qui intéresse ces théories, mais ce qu'ils doivent faire, les critères devant gouverner leur choix et relevant avant tout de la recherche de leur profit individuel. Sur ce point, l'individualisme libéral a pendant longtemps été présenté comme étant incompatible avec une trop grande implication de l'État. Les choses ont évolué de sorte que l'interventionnisme étatique a pour rôle de protéger tant la liberté et l'égalité que l'utilité économique du contrat. Plus que la description des comportements humains, la vocation normative de l'utilitarisme et de l'analyse économique du droit se découvre dans le désir d'orienter le mode d'intervention de l'État en vue d'une plus grande efficacité économique et de maximisation des profits. Un glissement législatif normatif vers une nette préférence pour la fonction économique du contrat s'est ainsi opéré. Louise Roland résume cette progression de manière tout à fait éclairante :

Assumant la fonction sociale de réguler les comportements, le système juridique a pour essence même de produire des règles dont la validité et la légitimité s'évaluent formellement. L'économie, par ailleurs, remplirait une fonction purement organisationnelle, soit celle d'assurer la production et la distribution des richesses; elle s'érige toutefois en système sous la poussée de sa construction théorique quand elle passe de la simple évaluation de ses moyens et processus à une certaine fixation idéologique. Ainsi, le libéralisme est devenu au XIX^e siècle la pensée économique dominante des pays occidentaux. Cette école fonde sa doctrine sur un raisonnement causal "conséquentialiste", structuré autour d'arguments pragmatiques : ses constats factuels d'efficacité identifiés à la maximisation des richesses individuelles et collectives, sont en fait des jugements de valeurs, conçus en termes d'utilité, avantage, profit, sur certaines actions et sur leurs effets attendus. À partir d'une approche descriptive, "quand la société fonctionne de telle manière, la richesse croît", elle passe à

⁵³⁸ Voir à ce sujet les remarques de Louise ROLLAND, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », *supra*, note 212, 13.

une approche finaliste, "pour que croisse la richesse, la société doit fonctionner de telle manière". C'est ainsi que le système économique, allant de l'être vers le "devoir être", acquiert sa portée normative, avec l'efficacité comme critère de légitimité matérielle⁵³⁹.

Désormais, l'action du législateur tend donc à assurer la réalisation de l'idéal idéologique économique.

Un interventionnisme étatique au service de la primauté de l'ordre économique à travers les contrats. Bien que Louise Roland fait état d'une coexistence entre l'ordre contractuel et l'ordre économique, il semble plutôt que le premier s'est quelque peu progressivement inféodé aux impératifs du second⁵⁴⁰. Aucune position de l'État ne peut plus se targuer de neutralité⁵⁴¹. Tout choix ou décision – d'intervention ou non – peut en définitive encourager l'utilité économique⁵⁴². L'une des principales manifestations de la soumission de l'État devant les considérations

⁵³⁹ Voir Louise ROLLAND, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », *supra*, note 212, 13.

⁵⁴⁰ *Id.*

⁵⁴¹ Voir Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, *supra*, note 526. Les auteurs concluent, sur l'étude du rôle de l'État, qu'ils prennent leurs « distances par rapport au modèle angélique, qui voit l'État comme le gardien impartial de l'ordre public, que l'on peut appeler sans frais à corriger tout dérapage des rapports entre citoyens. Si la plupart des observateurs sont d'accord avec l'idée que l'État pourrait utilement assumer certaines missions de ce type, il demeure que dans le fonctionnement concret des États, les pouvoirs suffisants pour accomplir ces missions peuvent aussi servir pour spolier les citoyens au profit des détenteurs de pouvoir de groupes qu'ils privilégient » (p. 165). Cela dit, il faut également faire attention à la tentation de laisser au marché le soin de s'autoréguler, car les mêmes risques d'abus mentionnés valent pour le marché et pour d'autres acteurs de la société. Comme l'a montré Bjarne Melkevik, les trois sources principales de vulnérabilité de l'individu dans la société qui est la nôtre sont le marché, l'État et les médias. Il est donc impensable de laisser l'individu dans les griffes du marché et de la libre concurrence, plus encore dans un contexte de consommation et de complexité des échanges. Voir « Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit », dans *Considérations juridico-philosophiques*, *supra*, note 18, p. 7 et s.

⁵⁴² En tout état de cause, au sein même de la doctrine libérale et individualiste, il existe plusieurs courants. Globalement, on peut en extraire deux principaux : ceux qui prônent la vision classique de l'État minimum et ceux qui voient dans l'intervention croissante de l'État un moyen d'assurer la protection des valeurs libérales. Voir François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *supra*, note 105, p. 189 et s. D'ailleurs, l'intérêt général et l'ordre public impliquent-ils que l'État, pour protéger ou encourager l'économie, intervienne ou s'abstienne? La réponse n'est pas toujours simple et elle varie avec le contexte économique-social et même politique et en fonction des objectifs et de la vision qui les supportent. Il apparaît, par exemple, que, dans certains domaines, l'État peut choisir entre deux intérêts divergents. Il peut assurer la protection de l'activité commerciale par des moyens différents. Ainsi, si en France le bail commercial fait l'objet d'une réglementation impérative stricte, avec entre autres pour but de promouvoir le commerce en offrant aux commerçants la stabilité et la sécurité. Par contre, au Québec, avec le même but en vue, le bail commercial repose sur le principe de la liberté contractuelle le plus absolu. Excepté quelques règles générales et la bonne foi, il n'y a rien que les parties ne puissent inclure dans leur convention. On pourrait être tenté de conclure à la neutralité de l'État ou à une différence de visions, mais il n'en est rien. Il a d'ailleurs été remarqué que le volontarisme se caractérisait au Québec par la rareté des lois d'ordre public. Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, p. 66 et s. On peut parier que la situation des commerçants en France comme au Québec présente une certaine similarité. En fait, la protection de l'activité économique en tant que telle justifie la liberté totale au Québec tandis qu'elle justifie l'existence de règles très strictes en France. Aussi, pour atteindre des visés similaires, en l'occurrence encourager l'économie, l'État n'a pas recours aux mêmes procédés. Dans les deux cas, l'action ou l'inaction de l'État relèvent pourtant d'un utilitarisme apparent.

économiques réside dans l'abstention ou un interventionnisme réduit. À cet égard, Emmanuel Gounot remarquait déjà, au début du XX^e siècle, le renversement des rapports entre le droit et l'économie sous la pression de l'économie libérale, avec pour conséquence une action régulatrice d'origine étatique minimale sur le droit. Il en déduisait alors que le droit s'inclinait devant la logique économique⁵⁴³. L'administration de la police, de la justice, de la défense nationale ou des affaires étrangères demeure les fonctions régaliennes de l'État, mais elles se sont profondément transformées sous l'influence même du libéralisme. Il n'est pas étonnant de constater que l'action de l'État s'oriente dans le sens de la protection des intérêts économiques et de l'entrepreneuriat, traduisant ainsi la dimension normative du principe d'utilité publique. Par conséquent, le succès de l'économie libérale n'est pas sans lien avec une certaine forme d'intervention de l'État. En ce sens, Denis Lemieux et Pierre Issalys notent que :

Le succès même de l'économie libérale dans la formation d'une nouvelle "société industrielle" oblige l'État à renoncer au dogme du laissez-faire. De nouvelles fonctions lui sont imposées, à partir du quart du XIX^e siècle, soit par les exigences de l'activité industrielle (par exemple, l'instruction publique généralisée), soit par les conséquences néfastes de cette activité (l'indemnisation de victimes des accidents de travail). En même temps, l'extension de la démocratie politique et le développement de l'idéologie socialiste favorisent l'intervention de l'État non seulement pour soutenir ou encadrer l'expansion économique, mais aussi pour répartir l'accroissement du bien-être matériel suscité par cette expansion [...] Au Québec et au Canada, les exigences particulières de la mise en valeur du pays ayant déjà suscité certaines interventions de l'État dès le milieu du XIX^e siècle, l'extension de ces interventions a été non seulement acceptée par l'opinion publique, **mais même souvent recherchée par les milieux économiques, qui y ont trouvé leur avantage**⁵⁴⁴. (Nous soulignons)

Il en a résulté un renversement profond dont il faut rendre compte brièvement à la fois en ce qui concerne les contrats d'adhésion et de consommation ou encore les variations qu'a connues la notion d'intérêt général.

⁵⁴³ Voir *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, supra, note 22, p. 30 et s. L'auteur y décrit de manière détaillée ce qu'est l'approche libérale du droit à cette époque. À cet égard, les rapports entre droit et économie ne sont ni simples, ni même linéaires. Pour le cas de la France, voir l'analyse de Jean-François NIORT, « Droit, économie et libéralisme du Code Napoléon », (1992) 37 *A.P.D.* 101-119. L'auteur explique que Napoléon n'avait au départ pour ambition que de soumettre l'économie au droit qu'il considérait plus comme une technique de gouvernement que comme un ensemble des valeurs (117).

⁵⁴⁴ Voir Denis LEMIEUX et Pierre ISSALYS, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 37.

La complexité du lien entre intérêt général et progrès économique. Au fond, il faudrait se garder d'aborder l'action gouvernementale, quoique justifiée par l'intérêt général, avec simplisme. La protection accrue de l'activité économique, et donc des catégories concernées, peut sembler en apparence paradoxale et en contradiction avec l'objectif également avoué de protection du contractant vulnérable. En réalité, le lien entre l'intérêt général et le progrès de l'économie est compliqué⁵⁴⁵ et non dénoué d'ambigüités. Depuis les années 80, le rapport entre droit, société et économie a connu des mutations. Si ces transformations ne touchent pas directement le contrat, il n'en demeure pas moins vrai qu'en tant que principal outil d'échanges, celui-ci a subi d'importantes répercussions⁵⁴⁶. L'entreprise n'est pas seulement progressivement apparue face à l'État comme un partenaire avec qui il faudrait dorénavant négocier⁵⁴⁷, elle est surtout devenue une entité qui offre un service à une collectivité. Le recours au contrat est à ce titre nécessaire. Le rapprochement opéré entre l'utilité sociale et les échanges économiques va alors changer le regard porté sur le contrat d'adhésion et de consommation. Il ne s'agit plus tant d'un phénomène juridique anormal que d'un outil économique utile et indispensable, et à ce titre, le droit lui doit reconnaissance. La standardisation des échanges qui va en résulter doit être tolérée dans la mesure où cela est nécessaire à la croissance et au développement économique réalisable par la stimulation de la consommation. Ces idées sont aujourd'hui assez proches de l'intérêt général, par l'intermédiaire de l'utilité économique.

La prise en compte des préoccupations économiques dans le cadre de l'ordre public de protection. C'est parce qu'il s'agit d'activités socialement utiles qui renvoient à l'idée même de justice qu'on peut dire que le développement et la croissance économique relèvent de l'intérêt général. Un lien étroit s'est créé entre ce qui est utile et ce qui est juste. La protection de l'activité économique en soi présente des liens étroits avec l'idée de justice distributive puisqu'elle autorise la préférence accordée à l'intérêt d'un des contractants. L'essor de l'activité économique et du

⁵⁴⁵ Le lien entre intérêt général et intérêt économique n'est pas un lien « naturel ». Mais dans une société de consommation, l'entreprise joue un rôle important : création d'emplois, croissance économique, production et redistribution de la richesse.

⁵⁴⁶ Voir Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, supra, note 84; Jean-François AMADIEUX et Guy GROUX, « Entreprise et l'État. Les nouveaux systèmes de règle », dans Jacques Commaille et Bruno Jobert (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 241-255.

⁵⁴⁷ En effet, si l'entreprise devait procéder par autorégulation, du moins en partenariat avec l'État, le recours au contrat d'adhésion, rédigé par elle ou pour son compte par un tiers, n'apparaît plus alors si choquant. Voir Jean-François AMADIEUX et Guy GROUX, « Entre l'entreprise et l'État. Les nouveaux systèmes de règle », dans Jacques Commaille et Bruno Jobert (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, supra, note 553, p. 241-255.

marché mérite de nos jours la protection du législateur. Le rôle contemporain de ce dernier est comparable à celui d'« un spectateur bienveillant et impartial qui peut théoriquement s'identifier successivement à chacun et être capable de comparer, de peser les plaisirs et les peines afin d'établir les normes les plus susceptibles de maximiser le bonheur global »⁵⁴⁸. La prise en compte des préoccupations économiques par l'État s'opère au détriment de certains intérêts particuliers. Ce qui est le propre de la justice distributive, qui débouche sur une discrimination positive en faveur d'un contractant. Comme le souligne Cyril Noblot, l'utilité publique « désigne une situation ou une activité bienfaisante dont la promotion justifie, le cas échéant, des atteintes aux intérêts particuliers »⁵⁴⁹. C'est au nom de l'utilité publique ou de l'intérêt général que le rôle de l'État s'est transformé en faveur des agents économiques. Or, ni l'utilité publique ni la notion d'intérêt général⁵⁵⁰ ne sont faciles à définir⁵⁵¹. Sans être vraiment synonymes⁵⁵², les deux notions sont assez proches. L'utilité publique, tout en intégrant l'utilité économique, appartient à la catégorie de l'intérêt général⁵⁵³. Ce qu'il importe de souligner c'est la dimension normative de l'intérêt général. Comme le précise François Rangeon, « l'intérêt général se présente tout d'abord, dans le discours juridique sous l'aspect d'une norme. L'intérêt général est un principe justifiant l'imposition d'une obligation ou la fixation d'une interdiction [...] Dans la mesure où l'intérêt général est un principe permettant de justifier la non-application, dans certaines circonstances, d'une règle de droit, elle constitue bien une norme »⁵⁵⁴. Seulement, l'intérêt général n'est pas une

⁵⁴⁸ Voir Evelyne GRIFIN-COLLART, *L'égalité*, Vol. II *Égalité et justice dans l'utilitarisme*, J. Bentham. J. S. Mill, H. Sidgwick, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 32, cité par Cyril NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, *supra*, note 254, p. 115.

⁵⁴⁹ Voir *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, *supra*, note 254, p. 116.

⁵⁵⁰ Il y a de nombreuses définitions de l'intérêt général en fonction que l'on adopte une approche transcendante ou immanente, ou encore si l'on préfère une vision statique ou dynamique. Voir Mustaphe MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *supra*, note 497, p. 34-66. L'approche de l'intérêt général n'étant jamais détachée de la perspective idéologique, l'auteur relève la constance de l'approche libérale teinté d'humanisme. Voir François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *supra*, note 105.

⁵⁵¹ Mais la notion d'intérêt général déclinée en utilité publique n'est pas univoque, car elle peut s'appliquer dans des matières très différentes et ne renvoie pas toujours à la même idée. Voir Cyril NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, *supra*, note 254, p. 202-208. Cette étude est faite dans le contexte français, mais elle permet de constater à quel point la notion de protection est complexe dans ses critères et ses applications. De nombreux constats peuvent donc être repris dans le cadre du contexte québécois.

⁵⁵² Voir Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans le contrat », *supra*, note 289, 41. En ce sens, un auteur remarque que : « l'intérêt général, l'utilité publique et le service public sont des notions qui renvoient l'une à l'autre sans que ne soit jamais précisée l'intervention de l'autorité publique qui détermine leur contenu respectif ». Voir aussi François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *supra*, note 105, p. 20.

⁵⁵³ Voir Cyril NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, *supra*, note 254, p. 144 et s. Voir aussi Jacques GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation, Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ, 1988, p. 186, n°177.

⁵⁵⁴ Voir François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *supra*, note 105, p. 19.

norme directe dont le contenu serait d'appréhension aisée. En fait, il intervient plutôt comme la norme des normes, car c'est en faisant appel à l'intérêt général que l'on peut justifier l'existence d'autres normes d'application plus directe. La notion d'intérêt général a dû s'adapter et elle a évolué sous l'influence très nette et grandissante dans le droit des préoccupations économiques.

En ce sens, François Rangeon ajoute que :

Cette adaptation à des situations concrètes suppose un principe d'ordre, une logique guidant l'application de la norme. Parmi les conceptions de l'intérêt général, celle de l'intérêt général économique tend aujourd'hui à devenir dominante. Le droit contemporain reflète de plus en plus nettement une logique économique sous-jacente [...] **La notion d'intérêt général permet cette introduction d'une logique économique dans le langage juridique.** Il s'agit de contrôler, de normaliser les attitudes, de sélectionner celles qui sont socialement et économiquement rentables⁵⁵⁵. (Nous soulignons).

C'est en outre dans la perspective ci-dessus décrite que l'on peut parler d'un nouvel ordre public économique⁵⁵⁶. Celui-ci a justifié le développement de tout un pan du droit afin de favoriser, d'encourager et de protéger le commerce, l'industrie et le marché. Si une telle tâche a d'abord été pensée comme relevant de l'ordre public de direction, il est permis de penser qu'un glissement vers l'ordre public de protection s'est progressivement mis en marche, rendant au passage obscure la distinction entre les deux⁵⁵⁷. L'État a été amené à prendre dans ce sens toute une série de mesures positives⁵⁵⁸. Par conséquent, ce n'est pas un hasard si la fonction économique du contrat a été autant mise de l'avant, c'est que cette utilité économique, partie intégrante de l'intérêt général, est devenue un puissant outil de légitimation⁵⁵⁹. Lorsque l'ordre

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 21. Également Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *supra*, note 497, p. 240 et s.

⁵⁵⁶ Voir Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris LGDJ, 1963. Signalons que pour une partie de la doctrine, l'ordre public économique renvoie à l'ensemble des règles obligatoires prévues pour protéger la partie faible. Cela étant, l'ordre public économique pourrait plutôt tendre à assurer les valeurs relevant de la protection de la liberté et du marché. Il renvoie davantage à un ordre public néo-libéral.

⁵⁵⁷ Voir l'analyse de Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 1. L'auteure explique que la distinction est devenue poreuse dans la mesure où au sein des deux corps de règles on retrouve des dispositions qui assurent directement ou non la protection du contractant faible. C'est donc la non-pertinence de la distinction classique qui invite à recourir aux sanctions pour saisir le sens de la justice contractuelle.

⁵⁵⁸ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, p. 102-106.

⁵⁵⁹ Par ailleurs, la notion d'intérêt général s'est aujourd'hui passablement complexifiée. Il ne suffit plus d'y faire appel pour s'opposer au volontarisme contemporain puisque l'individualisme libéral dans lequel il baigne influence la compréhension de l'idée d'intérêt général. Contrairement à une approche traditionnellement reliée à l'influence libérale, l'intérêt général ne tend pas à se réduire, bien au contraire. Il serait erroné d'opposer l'extension de l'intérêt général, notamment à travers la notion d'utilité économique, aux dogmes de l'autonomie de la volonté et de l'individualisme libéral qui l'influence. Bien au contraire, c'est aussi dans la mesure de l'impact de ces considérations économiques grandissantes que l'intérêt général a été élargi. Voir Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *supra*, note 497, p. 240 et s.

public de protection porte sur les activités économiques, ce n'est pas sans mettre la protection du contractant vulnérable en danger.

La protection du contractant vulnérable, sous-produit du contrôle de l'activité économique. Le principal moyen par lequel l'État intervient en matière de protection reste l'ordre public. C'est l'utilisation des règles d'ordre public qui permet d'assurer le respect de l'intérêt général. La notion d'intérêt général ne forme pas un ensemble homogène et peut intégrer des objectifs en soi opposés. Même lorsque les activités économiques sont directement concernées, rien n'empêche que les mêmes dispositions aient pour effet indirect de protéger le contractant vulnérable. Dans le sens contraire, la protection de la partie vulnérable n'est pas toujours le seul but de la loi, elle peut côtoyer d'autres impératifs qui le surplombent ou avec lesquels elle pourrait carrément entrer en conflit. Comme le note Marcel Fontaine, « les règles protectrices de la partie faible peuvent également répondre à d'autres objectifs, l'effet protecteur n'étant parfois qu'un sous-produit »⁵⁶⁰. Ramené au contexte du Québec, il faut d'abord rappeler que la protection de l'activité économique se traduit dans une large mesure davantage par l'abstention que par l'intervention⁵⁶¹. Les contrats reposent en principe sur l'interdiction de nuire et le respect des engagements. Toutefois, les activités économiques font quelques fois l'objet d'un encadrement réglementaire et législatif qui peut éventuellement jouer au profit des intérêts des contractants vulnérables. C'est dans ce sens que Michelle Cumyn indique que parmi les approches législatives utilisées par l'État pour venir en aide au contractant vulnérable, le contrôle préalable de l'activité économique peut sembler jouer un rôle non négligeable⁵⁶². Ce qui se traduit indirectement en tout cas par l'exigence de permis, de licence ou d'attestation. La professeure Cumyn affirme que :

La personne qui agit sans l'autorisation requise, se dérochant aux mesures de contrôle instaurées, est passible de sanctions pénales. Au plan administratif, cette approche est la plus lourde et la plus coûteuse parmi celles recensées, parce qu'elle nécessite que soient mis en place simultanément un processus d'évaluation et de surveillance des détenteurs d'autorisation et un système de détection et de poursuites des « usurpateurs », ceux qui agissent sans autorisations [...] Cette approche permet toutefois un encadrement serré des activités des titulaires d'autorisations qui sont en

⁵⁶⁰ Voir Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, supra, note 9, p. 624.

⁵⁶¹ Voir les remarques de Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, p. 66 et s. En ce qui concerne l'économie, le principe est d'abord celui de la liberté, ce d'autant que les acteurs seront souvent considérés comme étant de forces équivalentes.

⁵⁶² Voir « *Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité* », supra, note 52, 13.

relation continue avec l'autorité qui les agréé. Elle met en place un suivi efficace de la qualité de l'offre contractuelle⁵⁶³.

Toutes ces formes d'autorisation reposent sur l'idée qu'il n'y a pas de liberté sans une certaine sécurité, assurée par l'État, afin de promouvoir à la fois l'activité économique et assurer la protection de la partie vulnérable. La sécurité garantie par l'État encourage l'activité économique, la protection du contractant faible qui peut s'en dégager n'est qu'un effet éventuel et indirect. L'objectif principal est surtout d'ordre incitatif. Même s'il est possible que la liberté de commerce puisse être articulée avec la protection du contractant vulnérable, il s'agit d'abord d'une stratégie de développement économique et social. D'ailleurs, il ne faut pas s'y tromper, malgré l'idée de protection du public, et donc du contractant vulnérable, sous-jacente, le principal acteur visé par l'action gouvernementale est bel et bien l'entrepreneur. Comme Michelle Cumyn le souligne, à titre de moyens de surveillance, « les titulaires d'autorisations bénéficient souvent d'avantages importants : formation, soutien technique, information, service de conciliation ou d'arbitrage des litiges avec les clients, assurance collective, etc. »⁵⁶⁴. En réalité, il y a moins dans ces initiatives le besoin de protéger que celui d'inciter au succès, à la concurrence, et susciter l'émulation permanente entre les différents acteurs économiques⁵⁶⁵. Tels sont les véritables buts. S'il en résulte un bénéfice pour le contractant, ce n'est que de manière oblique par rapport à l'objectif principal. Pourtant, il appartient au droit d'assurer le maintien des attentes et des intérêts légitimes du contractant en position de vulnérabilité, et ce, autrement que par la simple régulation de l'activité. Sauf à penser que le plein épanouissement du marché implique que l'on fasse peu de cas de la situation du contractant vulnérable. À ce stade, la question est alors de savoir comment rendre réellement compatible l'utilité économique, élevée au rang de l'intérêt général, avec l'idée de protection du contractant en position d'infériorité. Jacques Ghestin va tenter un rapprochement entre la vision utilitariste du contrat et l'idée de justice⁵⁶⁶. C'est sur les propositions de l'auteur qu'il convient maintenant de s'arrêter avec en filigrane la nécessité de le situer par rapport au volontarisme ambiant teinté d'individualisme libéral.

⁵⁶³ *Ibid.*, 13.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 14 (en note de bas de page dans le texte).

⁵⁶⁵ Ainsi, il est possible d'identifier, au sein des règles juridiques, un ordre public néolibéral, protecteur des intérêts économiques à travers ce qu'un auteur a qualifié d'«ordre public concurrentiel» ou d'«ordre public boursier». Voir Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *supra*, note 497, p. 240 et s.

⁵⁶⁶ En effet, comme le note un auteur, « l'insistance à voir dans le *self-interest* la prémisse à toute recherche en droit est "particulièrement malheureuse pour la théorie juridique" » Cela exclut évidemment les autres fonctions du droit. Voir Alain STROWEL, « À la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », dans Philippe Gérard, François Ost et Michel Van Kerchove (dir.), *droit et intérêt*, *supra*, note 510, p. 86.

Para III La conciliation du juste et de l'utile

La théorie du juste et de l'utile : une tentative de conciliation. N'est-il pas clair que soumettre la force obligatoire du contrat d'adhésion à sa seule utilité économique aboutit à garantir les intérêts de la partie forte au détriment de celle en situation d'infériorité? N'est-il pas manifeste que l'impossible neutralité de l'intervention ou non du législateur, afin de garantir l'utilité économique du contrat, tend à renforcer principalement les attentes du contractant en position de supériorité? De même, le droit n'a-t-il pas pour effet de reconnaître les pouvoirs déjà exorbitants du contractant en situation de force et dont l'usage peut se révéler abusif? Qu'en est-il alors des intérêts légitimes de la partie en position d'infériorité? C'est en partie pour répondre à toutes ces questions que Jacques Ghestin a tenté de concilier au sein du contrat l'utilité et la justice contractuelles. D'emblée, précisons qu'il n'est pas toujours aisé d'enfermer la pensée d'un auteur dans une catégorie⁵⁶⁷. La théorie du professeur Jacques Ghestin n'y échappe pas, compte tenu de ses différents aspects et de son originalité⁵⁶⁸. Cela dit, elle doit, dans le cadre de notre travail, être située car elle est une forme de discours sur l'idée de justice contractuelle, objet même de notre

⁵⁶⁷ Le risque étant qu'il est toujours possible de faire dire à un auteur plus ou moins que sa pensée, sans compter qu'il ne se reconnaîtra pas forcément dans le classement dont sa théorie peut faire l'objet. Nous sommes conscients de ce danger d'autant plus qu'il s'agit de questions théoriques et idéologiques pour lesquelles il est rare que les juristes prennent ouvertement position. Toutefois, sous les débats qui en apparence voudraient se situer uniquement à un niveau pratique se terrent à l'occasion de profondes divergences philosophiques. Vouloir les mettre à jour favorise à la fois la compréhension de l'opposition entre auteurs et la portée de leurs différences. En outre, notre travail n'aurait pas été possible sans effectuer quelques classifications. Celles-ci ne sont certes pas arbitraires, mais elles ne prétendent pas non plus être exemptes de critiques. Toutes les classifications pouvant être mises en doute. Voir à ce propos les remarques de Thomas GENICON, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques? Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », dans Trav. Assoc. H. Capitant, *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales, tome XVI, Rennes, 2012, BU, p. 85-133.

⁵⁶⁸ D'ailleurs, une telle tâche n'est pas aisée. Nous avons choisi de traiter de la théorie de Ghestin à la fois pour des raisons d'espace, car nous ne pouvions traiter de toutes les approches, mais également parce qu'elle a eu un certain écho en droit québécois des contrats. Ce serait une grave erreur de considérer que tous les partisans du volontarisme contractuel portent sur le contrat une vision homogène. L'œuvre de Louis JOSSERAND est un exemple à cet égard : « Le contrat dirigé », (1933) *D. chr.* 89; « Sur la relativité des droits », (1927-1928) année II *Revue internationale de la théorie du droit* 134-144; *De l'abus des droits*, Paris, Arthur Rousseau, 1905; *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927. Malgré sa critique véhémente de l'interventionnisme contractuel, mais au nom de considérations économiques et sociales, cet auteur admettait qu'une forme d'immixtion pouvait être nécessaire dans les contrats afin d'intégrer les inégalités des parties. D'ailleurs, l'idée de relativité des droits s'inscrit dans le cadre de la critique d'un volontarisme rigide et dogmatique alors que le contrat dirigé vise le trop grand contrôle dont il fait l'objet. Pour des raisons différentes, le constat pourrait être le même en ce qui concerne Henri Capitant ou Georges Ripert. Dire de ces auteurs qu'ils appartiennent à un courant volontariste serait tout à fait juste, mais dire que la vision qu'ils en ont est parfaitement identique serait quelque peu erroné. D'ailleurs, certains auteurs semblent se rapprocher de ce qu'on pourrait qualifier de volontarisme social. Voir les nuances apportées par Jean-Pascal CHAZAL, « La justice contractuelle », *supra*, note 33.

étude. C'est avec prudence et réserve que nous traitons de la théorie de Ghestin tout en étant conscients qu'une autre perspective aurait pu être envisagée. Cela étant dit, de notre point de vue, la théorie de l'utile et du juste s'inscrit dans le sillage du renouvellement du volontarisme individualiste. En fait, l'auteur fait le constat des diverses mutations au sein du contrat et tente d'en tirer les conséquences sur le plan de la théorie générale⁵⁶⁹. Il essaye surtout de prendre acte de la montée de l'utilitarisme dans le droit des contrats et de la manière la plus appropriée de greffer cet élément nouveau et essentiel à la théorie générale des contrats. La théorie de Ghestin a fait l'objet d'analyses⁵⁷⁰ qui ne font pas toujours suffisamment ressortir sa place au sein de la théorie générale des contrats en fonction de certaines transformations, notamment le développement des contrats d'adhésion ou de consommation. Conscient que ces contrats renvoyaient davantage à des réalités économiques que juridiques, Jacques Ghestin a cru bon de rendre compte de cette influence par l'élargissement des fondements du contrat, sous la forme du double principe de l'utilité et de la justice⁵⁷¹. Ce n'est pas tant l'idée de fonder le contrat sur la justice corrective ou commutative qui est neuve, que le lien avec l'utilité du contrat. Une position qui part du constat de l'inadéquation du dogme de l'autonomie de la volonté.

Une critique du dogme de l'autonomie de la volonté. D'entrée de jeu, l'auteur signale la nécessité de substituer au contrat une autre assise que celle du dogme de l'autonomie de la volonté, car celle-ci n'est plus apte à résorber les inégalités entre les parties. L'auteur souligne non seulement la supériorité d'un contractant, mais également l'ampleur et la nouveauté des caractéristiques de la relation contractuelle. Il constate à cet effet ce qui suit :

Ces inégalités ont pris cependant des aspects nouveaux d'une importance considérable. Il en est ainsi de l'inégalité bien connue du salarié face à l'employeur, et plus récemment des professionnels divers, théoriquement indépendants, mais économiquement et juridiquement soumis à la volonté de l'autre partie [...] Il en est de même de l'inégalité des profanes en face des professionnels, et concrètement des consommateurs ou des épargnants. Qu'il s'agisse de relations professionnelles ou entre profanes et professionnels, cette inégalité est très sensiblement aggravée par la pratique des contrats types, véritable réglementation du contrat, que l'une des parties présente à l'adhésion

⁵⁶⁹ En fait, l'une des grandes difficultés à saisir cette théorie résulte du lien permanent opéré avec l'utile. Du coup, on peut légitimement se demander ce qui de l'utile ou du juste est prédominant bien que l'auteur insiste pour relier les deux aspects. Mais si une telle ambivalence fait l'originalité de la théorie de l'auteur, elle n'est pas sans poser quelques difficultés. Il importe de savoir si le contrat doit être avant tout juste ou utile, car il n'est pas certain que les deux idées soient toujours compatibles ou que l'idée du juste ne soit diluée dans l'utile.

⁵⁷⁰ Voir notamment Eric SAVAUX, *La théorie générale, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 196 et s. Voir au Québec, Michel COIPEL, « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », (1990) 24 *R.J.T.* 485.

⁵⁷¹ Voir « L'utile et le juste dans les contrats », *supra*, note 289, 34-57.

de l'autre, et que cette dernière ne peut guère, en fait, refuser, parce qu'elle est le plus souvent commune à toute une profession. Cette inégalité a naturellement engendré l'injustice. Elle a aussi permis aux plus forts d'imposer leur loi [...]»⁵⁷².

Faiblesse, vulnérabilité, dépendance, inégalité, déséquilibre, nouvelles réalités sur lesquelles prend appui la pensée de Jacques Ghestin. Ces constats ne sont pas tant pertinents par leur existence, mais par leur ampleur et justifient, selon l'auteur, de trouver ailleurs que dans le dogme de l'autonomie de la volonté, le fondement de la force obligatoire du contrat afin de mieux protéger le contractant en situation de vulnérabilité. Mais tels ne sont pas les seuls constats que l'auteur met en évidence. Il estime que si la vulnérabilité du contractant ne peut plus être ignorée, les contrats déséquilibrés et standardisés sont utiles au fonctionnement de l'économie.

La délimitation de l'utilité du contrat d'adhésion. Bien que l'utilitarisme justifie la force obligatoire du contrat d'adhésion, Jacques Ghestin se demande s'il faut en conclure que la volonté n'y joue plus aucun rôle. Il ne suffit pas de reconnaître à la partie forte la possibilité de déterminer de manière unilatérale le contenu du contrat et de l'imposer à l'adhérent, encore faut-il, sur le plan juridique, redonner un sens à ce contrat. De ce point de vue, la présentation développée par Jacques Ghestin a su rendre compte à la fois de la valeur accordée à l'activité économique et de la nécessité d'appréhender le contrat sur le plan juridique. Avant d'en faire une théorie, Jacques Ghestin prévient lui-même qu'il voudrait « préciser les divers principes et leur hiérarchie, qui ont guidé notre interprétation du droit positif, ou qui nous paraissent devoir orienter son évolution »⁵⁷³. Bien que son ambition soit de substituer l'utile et le juste à l'autonomie de la volonté, la pensée de l'auteur constitue moins une rupture radicale avec le volontarisme individualiste, qu'une des variantes des révisions propres à ce courant. Certes, le contrat est utile, il est protégé parce qu'il permet d'opérer des échanges sur le plan économique, pour autant, il doit conserver un sens sur le plan juridique, il doit être juste. Il suggère une approche renouvelée de la théorie générale du contrat intégrant ces deux dimensions. C'est dans cette perspective que Jacques Ghestin a tenté de reformuler les fondements du contrat en y introduisant son utilité⁵⁷⁴. Si le contrat d'adhésion repose uniquement sur le rôle socio-économique qui est le sien, il n'en

⁵⁷² Voir Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *supra*, note 289, 38.

⁵⁷³ Voir Jacques GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation, Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 1988, n°172, p. 178.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 189; Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans le contrat », *supra*, note 289, 34-57; Jacques GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », (2000) 92 *Revue d'économie industrielle* 2000.

reste pas moins que « cette utilité même doit cependant faire une certaine place au rôle des volontés individuelles⁵⁷⁵. En fait, Jacques Ghestin a une conception assez particulière de la justice contractuelle.

La justice contractuelle à travers l'équilibre des patrimoines. Bien qu'il rappelle la nécessité de la volonté des parties, même à titre accessoire, l'auteur éprouve plus de difficultés à circonscrire avec plus de précision son domaine d'intervention dans le contrat d'adhésion. Un obstacle qui résulte de ce que c'est à travers la notion économique d'échange qu'il qualifie le contrat d'adhésion, non de la volonté. En effet, puisque le contrat existe par son utilité sociale, « il n'est plus indispensable qu'en outre le contenu du contrat ait été déterminé, avec une égale liberté des parties, par l'accord de volonté⁵⁷⁶. Le contrat étant d'abord une opération d'échange de valeur, un transfert de bien d'un patrimoine à un autre, il y a lieu de considérer le contrat d'adhésion comme un contrat étant donné que le déplacement de valeur y a bien lieu⁵⁷⁷. La justice contractuelle chez Jacques Ghestin renvoie dans une large mesure à l'équilibre des patrimoines qui donne tout leur sens aux prestations échangées⁵⁷⁸. Faire reposer la justice contractuelle sur l'équilibre des patrimoines semble, malgré les inégalités entre les parties, constituer le meilleur moyen de la rendre compatible avec l'utilité économique. En fait, explique l'éminent juriste, « il s'agit de maintenir ou de rétablir en valeur l'état de choses préexistant entre le créancier et le débiteur sur la base d'égalité »⁵⁷⁹. En ce qui concerne la pertinence du critère du transfert ou d'équilibre de patrimoine, il est permis d'émettre quelques doutes. En réalité, le contrat ne se définit pas forcément par le déplacement entre deux patrimoines, la transmission de biens pouvant se faire en dehors de tout lien contractuel, notamment en matière successorale. En outre, nombreuses sont les catégories contractuelles qui n'impliquent pas de transfert entre patrimoines ou dans lesquelles la translation ainsi effectuée ne rééquilibre pas forcément les

⁵⁷⁵ Voir Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans le contrat », *supra*, note 289, p. 43.

⁵⁷⁶ Voir Jacques GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation, Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 1988, n°172, p. 178. D'ailleurs, le critère de l'adhésion n'est pas seulement propre au contrat d'adhésion, le phénomène de contractualisation rend non seulement compte de la simple adhésion, mais encore de la réglementation autoritaire du contrat. Dans le deux cas, on ne saurait rechercher le critère de définition du contrat dans l'absence de négociation. Voir la nouvelle édition par Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement, supra*, note 113, p. 93-97.

⁵⁷⁷ Voir Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement, supra*, note 113, p. 95-97, 105 et p. 496 et s.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 46-47.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 47.

patrimoines notamment dans le cadre de la donation, du cautionnement, ou l'assurance et même certaines formes de vente. Aussi, un tel choix ne dit pas ce qu'il en est de la volonté des parties.

Le rôle accessoire de la volonté. Jacques Ghestin ne nie pas toute importance à la volonté. De l'avis de l'auteur, ce n'est pas la volonté qu'il faut rechercher dans le contrat d'adhésion, mais le consentement. Si « le contrat d'adhésion reste formé par un accord de volontés », c'est que « malgré l'absence de négociation, qui n'est pas essentielle, le contrat pré-rédigé n'acquiert force obligatoire à l'égard de l'adhérent qu'à partir du moment où ce dernier a donné son consentement »⁵⁸⁰. Par conséquent « se trouve également justifié cette même qualification contractuelle que la doctrine civiliste s'accorde aujourd'hui à reconnaître au contrat d'adhésion »⁵⁸¹. Jacques Ghestin rappelle à juste titre l'idée selon laquelle ce n'est pas tant la nature contractuelle du contrat qui pose problème que la nécessité d'un véritable régime juridique qui rend compte de ses particularités, conclusion logique à laquelle aboutit celui-ci en ce qui concerne tous types d'échange tels que les contrats négociés, imposés ou règlementés. Un tel régime ne doit au demeurant pas perdre de vue que le contrat est un acte de prévision.

Le contrat à titre d'acte de prévision. Bien que la théorie de Ghestin parte de l'idée que le dogme de l'autonomie de la volonté est inapte à gérer adéquatement la problématique des contrats d'adhésion ou des contrats types, celle qu'il propose ne permet pas davantage d'en rendre pleinement compte. Elle rappelle à juste titre la nécessité de la volonté des parties, mais la conception du contrat prônée par l'auteur ne laisse pas de doute quant aux postulats sur lesquels elle repose. Il considère le contrat comme « un instrument privilégié de la prévision, d'où il résulte la sécurité juridique, et de la liberté et de la responsabilité qui sont nécessaires à l'épanouissement de l'homme en société »⁵⁸². Ces axiomes ne sont-ils pas ceux qui caractérisent même le volontarisme le plus pur? La nécessité d'assurer la prévisibilité, la stabilité des opérations et de responsabiliser les parties ne sont-ce pas là les piliers de l'individualisme libéral? En conséquence, la théorie de Jacques Ghestin nous apparaît comme une tentative de rapprochement du volontarisme et de l'utilitarisme⁵⁸³. De plus, cet essai ne résout pas

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁸¹ Voir Jacques GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation, Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 1988, p. 189, n°178-2.

⁵⁸² *Ibid.*, 44.

⁵⁸³ L'auteur mentionne au passage l'œuvre de Bentham, *Ibid.*, 42.

véritablement la question épineuse de la hiérarchie des valeurs et des intérêts au sein du contrat⁵⁸⁴. Elle n'aide pas à déterminer laquelle des valeurs entre l'utile et le juste passe en premier⁵⁸⁵. La théorie de l'utile et du juste donne l'impression floue que les deux valeurs peuvent être considérées au même niveau. Ce qui paraît pour le moins difficile, voire paradoxal. Ne faut-il pas penser que si le contrat est d'abord reconnu pour son utilité, cela fait immédiatement passer l'idée de justice, c'est-à-dire le besoin d'équilibre, au second plan? La théorie de Jacques Ghestin apparaît alors comme une de ces entreprises d'ajustement du droit des contrats, alors dominé par le volontarisme contractuel, aux nouvelles réalités économiques. Cette impression est encore plus grande lorsqu'on se penche sur les principes directeurs qui en découlent et le désir de concilier liberté contractuelle, utilité sociale et justice contractuelle⁵⁸⁶. Or, un tel compromis n'est pas dénoué d'ambiguïtés.

L'intégration des préceptes de l'individualisme juridique. L'approche du contrat de Jacques Ghestin reprend les préceptes de l'individualisme contractuel sur un autre point. L'auteur soutient à propos des contractants que « chacun étant normalement à même de défendre ses intérêts, il peut être présumé que l'accord des volontés a permis la satisfaction des besoins des parties conformément à la justice contractuelle »⁵⁸⁷. Le raisonnement de l'auteur part du postulat de la liberté contractuelle et de l'opposition d'intérêts entre les parties. Toutefois, il ne les entend pas de manière rigide puisqu'il s'agit selon lui d'une simple présomption qui doit être mise de côté chaque fois que la rencontre des volontés n'a pas eu lieu⁵⁸⁸. Il en ressort une vision souple de l'accord de volontés afin d'intégrer le déséquilibre pouvant caractériser les parties. Même si la standardisation des échanges se justifie nettement par les besoins économiques, cela ne saurait avoir pour effet de réduire, voire d'annuler la définition du contrat comme lieu d'exercice de la liberté et de la volonté, ce qui vaut pour les contrats d'adhésion. La théorie du professeur Ghestin tente de jumeler la normalisation économique des échanges et la nécessaire prise en compte du

⁵⁸⁴ Voir Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à l'étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *supra*, note 497.

⁵⁸⁵ *Id.*

⁵⁸⁶ Voir Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement*, *supra*, note 113, p. 371-483.

⁵⁸⁷ Voir Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *supra*, note 289, p. 46.

⁵⁸⁸ Faudrait-il en conclure que l'auteur vise là tous les contrats d'adhésion? Il faut croire que non, car la solution préconisée est le contrôle du consentement et la nullité. Or, pour cela, il faudrait qu'il y ait un vice dans la formation du contrat, ce qui n'est pas le cas du contrat formé par simple adhésion. Voir Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *supra*, note 289, p. 46.

contrat sur le plan individuel. Globalement, la théorie de Ghestin a le grand mérite de rappeler que le contrat doit reposer sur l'idée de justice.

Une justice contractuelle purement procédurale. Soumettre la force obligatoire du contrat à son utilité économique et sociale revient, sur le plan de la justice, à attribuer à la partie forte tous les pouvoirs, elle qui dispose déjà de moyens pour défendre ses propres intérêts. Il ne faut pas seulement rappeler que le contrat demeure juste sur le plan théorique, il est indispensable que cela se traduise par des règles positives précises et une législation orientée dans ce sens. Ce qui signifie qu'un régime de contrôle de l'équilibre du contenu contractuel doit être établi. La position de l'auteur est tout autre, car il n'adhère pas à l'idée d'un contrôle objectif du contrat. Il lui préfère une justice contractuelle procédurale. L'auteur explique que l'injustice doit être constatée « chaque fois que l'échange n'a pas eu lieu selon une procédure correcte et équitable, donnant à chacun des chances équivalentes »⁵⁸⁹. Ce qui renvoie d'abord pour une grande part à la procédure de contrôle du consentement des parties. On ne peut pourtant s'empêcher de se demander quelles sont les réponses que la théorie du juste et l'utile offre lorsque le déséquilibre contractuel perdure au-delà du consentement exempt de vices. Celui-ci étant lié au contenu objectif strict du contrat. La question est d'autant plus pertinente que Jacques Ghestin reconnaît du reste l'efficacité modeste de l'élargissement des vices de consentement⁵⁹⁰. Qu'à cela ne tienne, l'auteur réfute toute pertinence à la reconnaissance d'un contrôle objectif de la teneur du contrat, jugeant que la généralisation de ce type de contrôle, notamment de la lésion, n'est pas opportune⁵⁹¹. Il soutient néanmoins que la théorie de la nullité joue un rôle important dans le sens de la protection du contractant, de même que la bonne foi contractuelle⁵⁹². En conséquence, la théorie du juste et de l'utile ne vise directement ni le contrôle direct de l'équilibre contractuel ni le contrôle objectif des pouvoirs unilatéraux de la partie forte⁵⁹³. Ce qui s'explique par la nature procédurale de la justice contractuelle du professeur Ghestin en lien étroit avec la bonne foi contractuelle.

⁵⁸⁹ Voir Jacques GHESTIN « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équilibre des prestations est-elle opportune? », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, *supra*, note 133, p. 363.

⁵⁹⁰ Voir « L'utile et le juste dans les contrats », *supra*, note 289, 54.

⁵⁹¹ *Id.*

⁵⁹² *Id.*

⁵⁹³ *Ibid.*, 49.

Une justice procédurale étroitement liée à la bonne foi. Plus qu'une protection de fond et une recherche objective de l'égalité et de l'équilibre contractuel, la théorie du juste et de l'utile de Jacques Ghestin a évolué vers une idée de justice qui se limite au respect d'une série de formalités ou de règles. C'est à cette forme de justice que doit être soumise la force obligatoire du contrat. S'inspirant de la théorie de la justice chez John Rawls, l'auteur rappelle que :

John Rawls a montré qu'une *procédure équitable transmet son caractère au résultat, mais seulement à la condition d'être réellement appliquée*. Il insiste longuement et fortement sur la nécessité d'une procédure *effectivement* correcte et équitable. C'est par la *rectitude effective de la procédure contractuelle* que sera assurée, dans toute la mesure du possible et du nécessaire, la justice commutative. Cette rectitude ne peut être réalisée que par un consentement effectif dont la protection est ainsi la pierre angulaire de la justice procédurale. La rectitude de la procédure contractuelle suppose donc l'absence d'un *vice de consentement*, mais aussi plus largement un *contrôle des comportements*. L'instrument essentiel de ce contrôle, en droit positif, tant en France, que dans la plupart des pays, est la bonne foi⁵⁹⁴.

De ce point de vue, puisqu'elle se veut procédurale, la position de l'auteur renvoie au contrôle de la conduite des parties. En conséquence, dès lors que la protection du contractant suppose que l'on dépasse le simple respect de la procédure mise en place et le besoin de moraliser les comportements, la théorie du juste et de l'utile de Jacques Ghestin ne semble plus utilisable. Paradoxalement, il peut paraître injuste de se contenter du minimum offert par le respect d'une procédure visant la justice contractuelle, là où une réelle protection de la partie vulnérable invite à s'aventurer vers les terres d'une justice substantielle. Nous n'y sommes pas encore puisque la moralité contractuelle se présente comme la réponse au principe de légitimation des échanges économiques.

Sect. II La moralité contractuelle, marqueur de la légitimation économique des contrats d'adhésion

L'utilité sociale et économique de l'activité exercée par l'un des contractants peut être considérée comme faisant partie intégrante de l'intérêt général. Pour cette raison, elle bénéficie de privilèges et est digne de protection. Toutefois, les acteurs qui en bénéficient se trouvent aussi obligés. En effet, les pouvoirs unilatéraux importants font naître des obligations à leur égard, étant donné leur position, leurs compétences, leurs connaissances ou leur expertise. La position de supériorité implique surtout que le juge ou le législateur intervienne afin de contrôler le contenu contractuel

⁵⁹⁴ Voir Jacques GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *supra*, note 574, 98.

maîtrisé et dicté par une seule partie. C'est le contrôle de la teneur matérielle du contrat qui est concerné en vue de s'assurer qu'elle ne contient pas de clauses abusives ou trop déséquilibrées. Ce nécessaire contrôle du contenu contractuel est soumis à l'insaisissable moralité contractuelle. Toute chose qui inscrit le contrôle des pouvoirs de la partie forte dans une logique volontariste teintée d'individualisme libéral (para. I). C'est aussi ce désir de moralisation qui est au cœur de la transformation du rôle du juge en matière contractuelle (para. II).

Para I La moralité contractuelle, fondement du contrôle des pouvoirs unilatéraux de la partie en position de supériorité

Les enjeux liés à l'existence des pouvoirs contractuels unilatéraux. Le contrat d'adhésion est certes utile, n'empêche qu'il est déséquilibré. Au plan juridique, il paraît important de poser des balises afin d'éviter les dérives et les excès pouvant en résulter. Comme le signale la professeure Brigitte Lefebvre, les contractants « ne possèdent pas le même pouvoir de négociation. De tout temps, le plus fort a su dicter sa loi et l'on est forcé de constater qu'il en sera toujours ainsi si aucune limite n'est posée pour l'exercice de ses droits »⁵⁹⁵. Il importe que l'unilatéralisme dans le contrat ne se transforme pas en abus. Dans le contexte d'accroissement des pouvoirs contractuels, on peut se demander comment éviter que les avantages économiques tirés de l'utilisation des contrats d'adhésion et de consommation ne se fassent au détriment de l'adhérent. Plus nettement encore, le contractant dominant, compte tenu de sa puissance, doit-il être obligé juridiquement à tenir compte de l'intérêt de son cocontractant? Le juge ou le législateur doivent-ils imposer à l'un des contractants des obligations et devoirs positifs afin de rééquilibrer le rapport de force? Le juge peut-il intervenir afin de corriger les abus pouvant résulter des clauses contractuelles imposées par un contractant à son partenaire? À s'en tenir à la frontière traditionnelle entre droit et morale, les réponses à toutes ces questions devraient être négatives. Les transformations qui ont été opérées au sein du volontarisme contractuel fournissent pourtant nombre de solutions. Avant de plonger dans une analyse détaillée, il convient de s'attarder sur le sens de ces pouvoirs contractuels.

⁵⁹⁵ Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 36.

La définition des pouvoirs contractuels unilatéraux. Selon le dictionnaire Larousse, le terme pouvoir est tout à la fois la capacité ou la possibilité de faire quelque chose et l'autorité ou la permission de le faire. Reporté à la sphère contractuelle, le pouvoir peut être entendu comme l'aptitude à assujettir autrui à sa volonté⁵⁹⁶. La personne devant subir le vouloir d'autrui est elle-même tout à fait autonome et juridiquement apte⁵⁹⁷. Le pouvoir contractuel s'exerce donc à l'égard d'une personne capable, un sujet de droit. En outre, l'exercice du pouvoir est avant tout une éventualité, une probabilité qui elle-même comporte des degrés variables. Le stipulant qui rédige ou fait rédiger le contrat pour son compte possède sur l'adhérent une incontestable ascendance dont il peut tirer avantage. L'exercice d'un pouvoir ne se situe pas seulement au plan conventionnel. On retrouve en droit des contrats de nombreuses dispositions qui attribuent ou consacrent des pouvoirs aux contractants ou aux tiers. Il en va ainsi de la définition du contrat d'adhésion à l'article 1378 du C.c.Q. qui reconnaît explicitement à un contractant le pouvoir de déterminer unilatéralement les stipulations contractuelles⁵⁹⁸. Il arrive que le concept de pouvoir entre en conflit avec celui de contrat qui, par hypothèse, est la rencontre voulue et acceptée de deux volontés. Contrat et pouvoirs contractuels unilatéraux semblent en soi antagonistes, le premier portant en lui les germes d'une œuvre commune semble exclure par principe les seconds⁵⁹⁹. Par conséquent, lorsqu'un des contractants peut dicter à l'autre sa volonté, ce que sera alors *leur* contrat, cela ne peut être que source de tensions, d'abus et d'injustices potentiels. La disparité de pouvoir est présente depuis la phase de formation du contrat ou l'absence de négociation. Une supériorité qui se traduit ensuite dans le contenu du contrat qu'il faudra éventuellement rééquilibrer. Dans un contexte dominé par les pouvoirs contractuels unilatéraux, il importe de revoir le postulat de la force obligatoire du contrat qui n'a de sens que si les dispositions contractuelles sont réellement le résultat de deux volontés. Une transformation d'autant plus légitime que les clauses de pouvoirs affectant le contrat sont diverses.

⁵⁹⁶ Voir Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, supra, note 5, p. 12. Le pouvoir pouvant être représenté ainsi: A exerce du pouvoir sur B dans la mesure où il obtient de B une action que ce dernier n'aurait pas effectuée autrement. Voir Robert DAHL, *Qui gouverne?*, Paris, Armand Colin, 1971.

⁵⁹⁷ Voir Georges FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, 1982, p. 375.

⁵⁹⁸ Le pouvoir contractuel est lui-même plus complexe que la possibilité d'imposer sa volonté à un contractant. Il est vrai que c'est ce versant du pouvoir contractuel qui nous intéresse, mais il peut avoir de nombreuses variantes. Voir Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, supra, note 5.

⁵⁹⁹ Nous verrons dans notre deuxième partie qu'une doctrine comme celle du solidarisme contractuel repose en grande partie sur la prise en compte de la montée de pouvoirs contractuels unilatéraux dans le lien contractuel. Voir infra, Titre II, Partie II.

La nature des clauses de pouvoirs. L'étendue des pouvoirs dont dispose l'une des parties porte potentiellement sur l'ensemble des clauses. Schématiquement, le contenu du contrat regroupe deux blocs de clauses : obligationnelles et non obligationnelles⁶⁰⁰. Pour ce qui est des premières, il s'agit de l'aptitude à déterminer les droits et obligations des parties, c'est-à-dire le contenu et la portée des prestations contractuelles. Par ces clauses, le contractant fort peut fixer de manière unilatérale de nombreux aspects du contrat à l'instar du prix, des modalités de paiement, ou encore l'étendue des obligations de l'autre partie. Ces énoncés contractuels concernent la part du contrat qui crée des droits et engendre des obligations. Habituellement, ce sont les deuxièmes qui sont visées et qualifiées de clauses de pouvoirs. Elles désignent les modalités et les conditions de certaines stipulations, quelques accessoires, mais pouvant aggraver sérieusement la situation du contractant. À titre d'exemple, on peut citer la clause pénale⁶⁰¹, la clause de résiliation ou de renouvellement, la clause de limitation ou d'exclusion de responsabilité⁶⁰², la clause de non-concurrence⁶⁰³, la modification unilatérale des modalités d'exécution ou des prestations, ou encore la clause d'arbitrage⁶⁰⁴. Cette liste n'est pas exhaustive puisque les clauses dites de pouvoir sont illimitées⁶⁰⁵ et ne dépendent que de l'imagination du rédacteur du contrat ou de l'originalité de la situation de fait. Longtemps considérées comme étant d'un intérêt secondaire, les stipulations non obligationnelles peuvent pourtant avoir des effets néfastes réels⁶⁰⁶. Elles font partie intégrante du lien contractuel. En réalité, la distinction permet de saisir la nature et les catégories des clauses contractuelles. Pour notre part, nous estimons que, lorsqu'on aborde les pouvoirs contractuels du contractant, il n'y a pas lieu de maintenir la distinction entre les dispositions contractuelles. Il n'y a pas de raison de restreindre les pouvoirs unilatéraux de la partie forte au seul bloc non obligationnel⁶⁰⁷. Cette dernière a la possibilité de décider du sort du

⁶⁰⁰ Voir la distinction opérée par Marc ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) *RTDciv.* 789.

⁶⁰¹ Voir Vincent KARIM, « La clause pénale et le pouvoir de révision des tribunaux Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34.

⁶⁰² Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel, supra*, note 54, p. 273.

⁶⁰³ Voir Didier LLUELLES, « La révision du contrat en droit québécois », (2006) 36 *R.G.D.* 26-67. L'auteur examine les différentes formes de révision tant contractuelles que judiciaires dans de nombreuses hypothèses impliquant une variété de stipulations contractuelles.

⁶⁰⁴ *Id.*

⁶⁰⁵ On peut également citer les clauses de résiliation, les clauses discriminatoires, les clauses d'élection de for, la clause de déchéance du terme, de garantie de solvabilité et de pénalités de retard. Ces clauses de pouvoirs ne sont limitées que par l'imagination du stipulant. Certes, elles n'ont pas toutes la même portée, mais dans tous ces cas, l'une des parties peut s'octroyer certains privilèges au détriment de l'autre.

⁶⁰⁶ Voir Marc ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *supra*, note 578.

⁶⁰⁷ D'autres catégories sont possibles : les stipulations essentielles et secondaires ou les clauses principales et périphériques. Il ne faut pas être totalement dupe face à ces séparations dont les vertus ne sont pas simplement

contrat dans son entier puisqu'elle a le pouvoir de déterminer la teneur du contrat, et ce, peu importe la catégorie de clauses concernées. Toute chose qui traduit l'influence que l'un des contractants exerce sur le contrat et fait naître un déséquilibre au détriment de la partie vulnérable. Il peut avoir recours à l'un ou l'autre des types de stipulations pour s'arroger des prérogatives et privilèges⁶⁰⁸. La tentation est forte pour la partie en position de supériorité de truffier le contrat de clauses de pouvoirs⁶⁰⁹. Heureusement, il ne saurait insérer impunément dans le contrat toutes les conditions qu'il souhaite, surtout si elles s'avèrent abusives. Un contrôle d'autant plus nécessaire que ce pouvoir équivaut à un authentique « pouvoir normatif [est] conféré au stipulant par les nécessités de la vie économique »⁶¹⁰. (Nos ajouts) La convention qui en résulte apparaît comme une véritable source de droit fixant le cadre d'une relation entre une entreprise ou un prestataire de service et un client. Délimitant à la fois les obligations et les droits réciproques, de même que toutes leurs modalités, la vulnérabilité qui résulte du contrat relève d'un phénomène courant, raison pour laquelle les remèdes aux éventuelles injustices doivent être mis en place⁶¹¹. Pour ce faire, la moralité contractuelle va servir d'assise théorique.

La moralité contractuelle, corolaire de l'utilité sociale du contrat. Pour le législateur, il ne suffisait pas de faire du contrat d'adhésion une catégorie contractuelle, il fallait encore prévoir des règles qui en reflètent la spécificité. C'est pourquoi il a prévu quelques dispositions dans le *Code civil du Québec* qui visent de manière précise les contrats d'adhésion et de consommation⁶¹². En fait, « si le rédacteur profite de sa situation plus favorable pour insérer subrepticement (contrairement à la bonne foi) des clauses qui déséquilibrent le contrat en sa faveur

formelles ou pédagogiques. Nous verrons plus loin que plusieurs distinctions effectuées entre les catégories de clauses ne sont pas sans effet puisqu'elles permettent à l'occasion d'orienter le contrôle du déséquilibre contractuel, et ainsi de l'admettre pour des clauses de telles natures et de le limiter, voire l'exclure, pour d'autres. Voir *supra*, chapitre II du présent titre et le chapitre II du Titre II de la partie II qui font ressortir l'imaginaire contractuel qui sous-tend l'une ou l'autre des choix.

⁶⁰⁸ Voir Ghislain TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *supra*, note 6, 595.

⁶⁰⁹ Voir François COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 233.

⁶¹⁰ Voir Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, n°359, p. 171.

⁶¹¹ Telle est également l'une des différences majeures avec notre premier titre dans lequel il s'agissait de rétablir l'égalité contractuelle en donnant des moyens aux contractants. Or, autoriser l'un à faire le contrat et l'imposer à l'autre implique l'existence d'un certain déséquilibre, dont il faudrait contrôler les effets. Il ne s'agit plus tant de rétablir l'égalité que d'éviter les dérives d'un déséquilibre contractuel quasiment normal.

⁶¹² Pour les règles d'interprétation, voir l'article 1432 C.c.Q. Pour l'essentiel du régime, voir les articles 1435 à 1437 C.c.Q. Dans la doctrine, voir Brigitte LEFEBVRE, « Les contrats d'adhésion », *supra*, note 161; Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », (2008) 49 C. de D. 5. Signalons que quelques règles du droit international privé peuvent également intervenir, notamment sur le contrat de consommation à l'article 3117 C.c.Q.

(contrairement à la justice), l'intervention des pouvoirs publics est justifiée, et elle devra tenir compte de la portée générale qu'on en fait, les contrats d'adhésion »⁶¹³. En fait, il existe une sorte de concomitance entre l'influence des préoccupations économiques sur l'orientation du droit et l'inflation du discours sur l'éthique et la morale⁶¹⁴. Le droit des contrats n'a pas échappé à cette double emprise puisqu'il repose dorénavant sur trois piliers : la volonté, l'utilité sociale et la bonne foi⁶¹⁵. Il reconnaît certes le pouvoir d'une partie de fixer le contenu du contrat, mais cette dernière est soumise à une plus grande exigence morale de bonne foi. Le législateur et le juge tentent aussi de décourager l'usage des dispositions trop abusives ou draconiennes. Dans un rapport déséquilibré, l'une des parties est en position de supériorité et jouit de pouvoirs étendus, il est normal d'attendre d'elle un peu plus que la simple exécution passive de son obligation. En ce sens, la partie forte ne doit pas seulement à l'autre sa prestation, elle doit en plus adopter une conduite éthiquement acceptable dans l'exécution et la préparation du contrat. D'ailleurs, cette extension de ses obligations et du contrôle de son comportement trouve aussi son fondement dans l'utilité publique. C'est ce que soutient Jacques Ghestin lorsqu'il indique que c'est au nom de l'utilité sociale des contrats qu'un contrôle des abus survenus lors de leur formation ou de leur exécution est possible⁶¹⁶. L'état de supériorité du contractant non seulement lui interdit des comportements abusifs, mais l'oblige à adopter envers son cocontractant une conduite honnête.

Le contrôle possible des clauses contractuelles sous l'angle volontariste. L'existence des pouvoirs contractuels unilatéraux renverse les préceptes de l'approche volontariste du contrat

⁶¹³ Voir Jacques GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation, Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 1982, p. 190, n°178-4.

⁶¹⁴ Voir Pierre Paul CÔTÉ et Charles André DUBREUIL (dir.), *La morale et le droit des affaires*, dans *Les journées Maximilien Caron, 1993, supra*, note 249.

⁶¹⁵ Par conséquent, il est vrai « qu'il serait plus juste de caractériser ce droit comme fondé sur trois principes : à côté de l'autonomie de la volonté, il y aurait lieu d'admettre également la loyauté contractuelle, qui s'exprime par la bonne foi et l'équité, et l'utilité sociale, qui se reflète dans l'ordre public et dans la sécurité juridique ». Voir Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit, supra*, note 532, p. 363. Or, un tel constat traduit les différents mouvements au sein du volontarisme individualiste. Il ne reflète en aucun cas une rupture avec lui. Pour prendre acte de la figure du volontarisme aujourd'hui, il faut nécessairement rendre compte du principe de départ de l'autonomie de la volonté, de sa soumission à la morale et des liens étroits créés avec la fonction économique du contrat. Ce qui ne signifie pas qu'on ne peut pas y voir là un nouveau droit, il faudrait seulement préciser, car on ne le remarque pas assez, qu'il s'agit d'une nouvelle variante du volontarisme individualiste.

⁶¹⁶ Voir Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement, supra*, note 113, p. 193 et s. On retrouve des arguments similaires dans l'analyse économique du contrat dans laquelle, outre la bonne foi, l'économie de marché repose sur la confiance et l'absence de comportement opportuniste, c'est-à-dire du recours à la force ou à la ruse, ce qui se rapproche quelque peu de la mauvaise foi. Preuve s'il en est que l'analyse économique du contrat ne le réduit pas à l'accord de volontés. Voir Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit, supra*, note 532, p. 379 et s.

qui supposent l'exercice des deux libertés de la volonté⁶¹⁷. Toutefois, il serait erroné d'en déduire que ce courant ne fournit pas de moyens de contrôle des pouvoirs exorbitants du contractant fort. C'est sans surprise que l'on constate que c'est en élargissant encore les frontières de la morale que les mécanismes ayant pour objectif de rééquilibrer le contrat peuvent être envisagés. Le contractant fort peut seul rédiger le contenu matériel du contrat et lui voir reconnaître la force obligatoire. Il paraît logique qu'il adopte un comportement moral et se plie éventuellement au contrôle du contenu contractuel. Il en résulte à son égard des obligations et devoirs moraux. Un constat qui débouche sur le renouvellement des bases et principes de contrôle du contenu contractuel et, dans une large mesure, du travail de la jurisprudence.

Para. II La transformation des pouvoirs du juge par la nouvelle moralité contractuelle

Le principe de non-immixtion des juges dans la teneur matérielle du contrat ou l'intangibilité du contrat. Au début des années 80, de nouvelles tendances jurisprudentielles ont vu le jour et ont contribué à transformer l'approche volontariste du contrat alors dominante. Après des décennies de rigidité et de respect aveugle du dogme de l'autonomie de la volonté, les juges, suivis par le législateur, ont pris des positions favorisant une plus grande protection du contractant⁶¹⁸. Certaines positions jurisprudentielles méritent à cet égard d'être rappelées dans la mesure où elles donnent non seulement la mesure du changement du rôle du juge, mais également des mouvements survenus au sein du volontarisme contractuel. Elles montrent comment on en est arrivé à énoncer un principe contemporain très important : les obligations des contractants ne se résument plus simplement à ce qui est expressément et limitativement mentionné dans les contrats et aux prestations principales des parties⁶¹⁹. En plus de l'engagement des parties, celles-ci sont soumises au respect de la bonne foi. En dehors des obligations contractuelles, il existe d'autres obligations contractuelles tirées de la bonne foi et de l'équité qui s'ajoutent à celles limitativement prévues dans le contrat. Il appartient aux juges de les découvrir

⁶¹⁷ Voir Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, supra, note 5, p. 15.

⁶¹⁸ Les années 70 ont été caractérisées par le développement du droit de la consommation et les lois qui les accompagnent. Nous le verrons dans notre deuxième partie.

⁶¹⁹ Il existe un contenu implicite. Voir *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 1997 (C.A.) p. 23-24 du texte intégral.

et de les greffer à la convention des parties⁶²⁰. De plus, il bénéficie dorénavant d'un pouvoir de révision des clauses insérées dans le contrat ou de réduction des obligations des parties. Le contrat est désormais soumis à un double régime juridique ayant des sources et des fondements différents. Le principe demeure à la base celui de la non-intervention du juge. Il n'est toutefois plus exclu que ce dernier décide de vérifier la teneur du contrat lorsqu'il est porté à sa connaissance. Ce qui apparaît tel un minimum nécessaire marque pourtant un changement profond dans l'attitude des juges tant en ce qui concerne la façon dont ils conçoivent leur rôle que de leur mise en œuvre.

L'évolution des pouvoirs des juges. Un bref détour par l'histoire de l'équité et de la protection du contractant s'impose afin de bien saisir la portée et le sens de la transformation impulsée par la jurisprudence. Le Code civil du Bas Canada, dans sa version de 1866, comportait quelques traces de règles d'équité. On peut citer les clauses implicites bien que la jurisprudence en a fait un usage plutôt parcimonieux⁶²¹. Si leur utilisation n'a pas connu de succès, c'est que l'autonomie de la volonté restait dans l'esprit des juges le principe auquel on ne pouvait déroger⁶²². Ce dogme fit l'objet d'un culte tellement rigide que le recours exceptionnel en équité prospérait uniquement pour les abus véritablement iniques et intervenait de manière très ciblée, individuelle et exceptionnelle. La prédominance d'une conception stricte du volontarisme auprès des juges était telle que, même lorsque ceux-ci obtiennent du législateur le pouvoir exprès d'intervenir, ils ne le font qu'avec beaucoup de réserve. Il en va ainsi des pouvoirs qui leur sont octroyés en matière de suretés réelles dans le C.c.B.C. Un secteur qui appelait à l'époque une initiative protectrice étant donné les abus qui y avaient cours. Le tribunal avait alors le pouvoir de donner à certains débiteurs des délais de paiement⁶²³. Le juge pouvait également s'assurer que l'acheteur avait été informé des démarches du créancier et le protéger contre d'éventuelles réclamations abusives de la part

⁶²⁰ Notamment les obligations de renseignement ou d'information que nous avons étudiées dans le premier titre de cette partie. Voir *supra*, chapitre II.

⁶²¹ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », *supra*, note 34, p. 480. Voir aussi Pierre-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 23. Notons qu'il peut paraître étonnant de ne pas partager l'opinion systématiquement négative sur l'attitude des juges sous le règne du Code civil du Bas Canada dans la mesure où, baigné dans le vent du volontarisme et de l'individualisme, les voix réclamant un changement vers une plus grande prise en compte du contrat à titre de fait social étaient plutôt rares.

⁶²² Signalons en matière d'appels d'offres quelques décisions, à titre d'exemple : *The King c. Paradis & Farley inc.*, [1942] R.C.S. 10; *Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd.*, [1975] C.S. 1203; *Corpex (1977) Inc. c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 643; *H. Cardinal Construction inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, J.E. 87-970 (C.A.).

⁶²³ Voir l'article 1149 alinéa 3 C.c.B.C.

du créancier du vendeur⁶²⁴. Des mesures protectrices qui paraissent d'autant urgentes que nous étions alors en période de crise. Comme le résume Pierre-Gabriel Jobin :

Durant la crise économique des années 30, d'innombrables créanciers procèdent à la réalisation de leur sûreté réelle et dépouillèrent les débiteurs de leurs derniers biens. Aussi est-ce à cette époque que l'on vit apparaître dans le Code des mesures pour policer le mécanisme de la vente à réméré et la résolution de la vente d'immeuble pour défaut de paiement du prix. Désormais, le créancier devait donner un préavis au débiteur avant de réaliser sa sûreté et celui-ci pouvait remédier à son défaut pendant le délai afin d'éviter toute sanction⁶²⁵.

Tels sont les premiers signes de l'évolution permettant au juge de tenir compte de la situation du contractant vulnérable dans l'appréciation du contenu du contrat.

La prise en compte du contractant vulnérable dans le C.c.B.C. Les nouveaux articles ajoutés au *Code civil du Bas Canada* sur la vente à tempérament sont considérés par certains auteurs comme le précurseur du droit de la protection du consommateur⁶²⁶. En effet, en 1964, une rupture avec le droit des contrats issu du Code de 1866 intervient par l'insertion dans le *Code du Bas Canada* d'une section intitulée « De l'équité dans certains contrats ». Ces dispositions prévoient entre autres la possibilité pour les contractants de rescinder le contrat, à toutes fins que de droit, pour lésion en matière de prêt d'argent⁶²⁷. La nouveauté instituée par le législateur à certains contrats renferme des éléments significatifs. Ce d'autant que :

Cette loi aura permis à la lésion de faire un pas en avant : le nouvel article 1040c du Code civil du Bas Canada déroge on ne peut plus directement du principe de l'article 1012 selon lequel les majeurs ne peuvent pas invoquer la lésion. Le juge reçoit ainsi un authentique pouvoir d'équité pour décider selon sa conscience et les circonstances propres à chaque affaire, et cela sans être lié par des facteurs légaux⁶²⁸.

Si les premiers changements sont timides, avec cette nouvelle section sur l'équité dans les contrats, les juges possédaient un large pouvoir d'intervention. Mais c'était sans compter avec

⁶²⁴ Voir l'article 1569a et s. C.c.B.C.

⁶²⁵ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », *supra*, note 34, p. 483. Voir également les articles 1537, 1550, 1550a à 1550c C.c.B.C.

⁶²⁶ Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, p. 67-68.

⁶²⁷ Voir articles 1040a et s. du C.c.B.C. L'article 1040c disposait que : « Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante. A cette fin, le tribunal doit apprécier toutes les obligations découlant du prêt en regard de la somme effectivement avancée par le prêteur nonobstant tout règlement de compte, et toute novation ou transaction. La preuve testimoniale de la somme effectivement avancée est recevable à l'encontre de l'acte, si ce n'est envers un cessionnaire de bonne foi, sauf le recours, en ce cas, contre le prêteur ».

⁶²⁸ Voir Pierre Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », *supra*, note 34, p. 485.

l'intensité de l'influence néfaste des dogmes de l'autonomie de la volonté sur ceux-ci. Ce qui explique qu'ils n'étaient pas vraiment enclins à en faire un usage élargi.

Une approche restrictive des dispositions sur l'équité du Code civil du Bas Canada. Les dispositions fondées sur la section portant sur l'équité dans les contrats ajoutés au *Code civil du Bas Canada* n'ont fait l'objet d'une interprétation large et protectrice que dans peu de décisions rendues durant toute la période pendant laquelle elles sont restées en vigueur⁶²⁹. Pour le reste, dominante, elle devait être entendue de manière restrictive⁶³⁰. Il est vrai qu'il ne faut exagérer ni la portée de cette section, ni d'ailleurs l'impact qu'elle aura eu pendant les années où elle est restée en vigueur. Cela dit, si elle a connu un relatif échec, cela n'est pas seulement dû au contenu légal qu'il aurait fallu changer. Plus encore, il aurait été indispensable que ces dispositions légales inédites soient accompagnées d'une transformation dans la mentalité des juges. Or, ces derniers n'y voyaient là que quelques exceptions dont l'application ne devait et ne pouvait pas s'étendre, même au nom de la protection des contractants vulnérables. Pierre-Gabriel Jobin a pu constater que :

Cette initiative du législateur ne fut pas vraiment couronnée de succès. En effet, l'article 1040c a longtemps et assez souvent été interprété de façon étroite. Plusieurs juges, très attachés à l'autonomie de la volonté et à la stabilité des contrats, ne pouvaient guère concevoir qu'un contrat librement consenti entre deux majeurs puisse être révisé pour lésion⁶³¹.

Sans aucun doute, ces mesures de protection ne constituaient que quelques règles exceptionnelles. Il ne s'agissait en aucun cas d'assurer aux parties une protection générale, continue et permanente. En revanche, on pouvait au moins espérer que le juge saisisse au bond cette ouverture que lui offrait alors la loi, à défaut de pouvoir agir d'initiative⁶³². Le législateur

⁶²⁹ Sur la base de l'article 1040c C.c.B.C., les tribunaux ont quelques fois intervenu lorsque les obligations monétaires et commissions d'un prêt d'un montant de 25 000\$ s'élevaient finalement à environ 9 000\$, soit 36% d'intérêt en quelques quatre mois rendant celui-ci excessif et exorbitant pour l'emprunteur. Voir *Boutin c. Belvedere Finance Co.*, [1970] 11 C. de D. 157; Également *Canadian Acceptance Co. c. Larochelle*, [1972] R.L. (n.s.) 268; *Agences Lyon Inc. c. Cadrin*, (1975) 16 C. de D. 147; *Nadeau c. Nadeau*, [1977] C.A. 248; *Thériault c. Banque canadienne impériale de commerce*, J.E. 80-911 (C.S.); *Zaor c. Thibault*, [1982] C.S. 843; *Stendel c. Edelman*, J.E. 86-61 (C.S.).

⁶³⁰ Voir notamment *Roynat Ltée c. Restaurants La Nouvelle-Orléans Inc.*, [1978] R.C.S. 969; *Construction St-Hilaire Ltée c. Immeubles Fournier Inc.*, [1975] R.C.S. 2; *B.P. Canada Ltd. c. Traders Finance Co Ltd.*, [1970] C.A. 653; *Marois c. Dallaire*, [1970] C.S. 634.

⁶³¹ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », *supra*, note 34, p. 485.

⁶³² Preuve s'il en est qu'il s'agissait bien d'une question de mentalité et de vision rigide du volontarisme. En effet, dans les années 80, quand la transformation de la jurisprudence commence à s'opérer, ce n'est pas à la suite d'un changement législatif. Bien au contraire, il n'y a rien dans la loi qui permet une intervention directe. Cependant, le contexte n'est plus le même et les lois sur la protection du consommateur sont en vigueur depuis quelques années. Encore que les juges ne s'y inspirent pas *ad nauseam*.

avait donné le ton, mais l'équité se heurtait à une vision volontariste et individualiste des relations contractuelles bien ancrée. L'article 1040c du C.c.B.C. a bien été utilisé pour protéger certains débiteurs, mais de façon parcellaire⁶³³. Une situation qui n'était pas seulement d'ue à l'inaction du juge, mais également à la multiplicité des critères à prendre en compte dans sa mise en œuvre et son interprétation. En effet, cette disposition mentionne que le juge doit tenir compte de toutes les circonstances, de toutes les obligations et du risque encourue. Toute chose qui n'a pas facilité la tâche de celui-ci et a quelques fois débouché sur des conséquences contreproductives en termes de protection du débiteur en difficulté. Dans l'affaire *Restaurants La Nouvelle-Orléans c. Roynat Ltd.*⁶³⁴, les parties étaient liées par un contrat de prêt qui prévoyait qu'en cas de remboursement anticipé, il y aurait une indemnité à verser. Alors que la section sur l'équité permet au juge de réduire, en cas de lésion, les coûts d'un prêt d'argent, la position du juge Bernier est claire et sans appel : chacun contracte à ses risques et périls et en a assumé les conséquences et les articles qui favorisent une interprétation différente doivent être appliqués de manière restrictive⁶³⁵. Une fois que le contrat est formé, les parties doivent s'en tenir aux termes convenus et en respecter le contenu. Elles ont contracté librement et volontairement, ou du moins, seront-elles ainsi considérées. Le postulat étant qu'elles se sont engagées en toute connaissance de cause et doivent en conséquence assumer les dangers inhérents au contenu de leur engagement contractuel. L'idée de justice renvoie au respect par chacun de son engagement et à chacun ce qui lui est dû. Une vision qui influençait fortement la compréhension et l'interprétation des clauses du contrat. Elle imprégnait d'autant plus les magistrats que la notion

⁶³³ Voir par exemple *Boutin c. Belvedere Finance Co.*, [1970] 11 C. de D. 157, une affaire dans laquelle il a été reconnu que le débiteur avait le pouvoir d'invoquer 1040c même lorsqu'il avait payé.

⁶³⁴ Voir [1978] 1 R.C.S. 969. Le juge fit une application extrêmement restrictive du pouvoir de contrôle judiciaire de l'article 1040c du C.c.B. C. Cette ancienne affaire montre à quel point il fut difficile pour les juges de concilier les exigences de justice contractuelle et le dogme de l'autonomie de la volonté et stabilité du contrat encore dominant. On retrouve la même position dans *Eiffel Construction Ltd. c. Morguard Trust Co.*, J.E. 90-1594 (C.A.). Une autre illustration de l'utilisation limitée des pouvoirs de révision de l'article 1040c du C.c.B. C. En l'espèce, une partie avait déjà acquitté un montant de 961 760, 81 \$ représentant plus du triple de la somme initialement empruntée. Ce remboursement, de l'avis de du prêteur ne correspondait qu'à une partie du capital emprunté et les intérêts dus. Elle devait en sus verser à son prêteur diverses sommes représentant des frais divers formant un total de 463 739,47 \$. Aussi surprenant que cela paraisse, le juge refuse d'intervenir aux motifs que, malgré les pouvoirs qui lui sont reconnus par la section sur l'équité concernant les contrats de prêt d'argent, le montant total à restituer ne lui semble ni exorbitant, ni excessif. Voir Maurice TANCELIN, « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », (1978) 30 *R.I.D.comp.* 1009, 1017.

⁶³⁵ Position qui ressort également de la décision rendue dans *Glengoil Steamship c. Pilkington*, [1897] 28 R.C.S. 146, dans laquelle les juges ont clairement admis que même les clauses d'exonération de responsabilité produisant des effets des plus pervers étaient valides au nom de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Il en était de même pour ce qui était des clauses pénales insérées dans le contrat signé par un profane ou en situation d'infériorité. Voir à cet égard, Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34, p. 87.

d'ordre public ne jouait pas un rôle prépondérant. Tel fut le sort de l'article 1077 C.c.B.C.⁶³⁶ que les juges ont refusé de considérer comme étant d'ordre public. Les contractants pouvaient alors librement prévoir dans leur convention une disposition qui en neutralisait les effets⁶³⁷. Dans cette perspective restrictive, la partie forte ne devait pas à son cocontractant autre chose que sa prestation. Il n'y avait pas lieu de vérifier les conditions, les modalités ou les conséquences de ladite prestation. L'équilibre contractuel était postulé, quoiqu'inexistant. L'impact du volontarisme avait atteint son apogée dans l'exercice du pouvoir judiciaire en matière contractuelle.

La fonction judiciaire sous l'influence du volontarisme individualiste. D'une manière générale, les juges ne reconnaissaient nullement le principe de l'équité, du moins ne lui donnaient-ils pas une portée réelle⁶³⁸. Cette position avait pour principale conséquence le refus de la lésion objective ou le rejet de la théorie de l'imprévision. Plus encore, on assistait à une autocensure de la part du juge qui, au nom de la sacro-sainte force obligatoire du contrat, s'interdisait de protéger les intérêts du contractant vulnérable. Le contractant en position d'infériorité ou l'adhérent n'avait pas de droit, ni de privilège à faire valoir. Le contrat d'adhésion pouvait certes comporter des déséquilibres flagrants au détriment de l'adhérent, il n'était pas question d'en tenir compte. Il n'était pas non plus question de considérer ce déséquilibre pour énoncer des droits et de nouvelles obligations positives. Dans une large mesure, le contrat primait la loi dont le rôle se réduisait à assurer le respect des dispositions contractuelles. En faisant ce rappel historique sommaire, notre but est ailleurs que dans la simple évocation de positions jurisprudentielles bien connues. En fait, plusieurs constats ont été tirés de l'attitude passée des juges, mais manifestement une autre leçon, non moins significative, gagnerait à être indiquée. À cet égard et on ne l'a pas assez remarqué, il ne faudrait pas rapidement taxer les juges de cette époque

⁶³⁶ L'article disposait que : « les dommages-intérêts résultant du retard ne consistent que dans l'intérêt au taux légalement convenu entre les parties, ou en l'absence de telles conventions, au taux fixé par la loi ».

⁶³⁷ Voir *Meuble Moderne enr. c. Collin*, [1959] C.S. 102. Cette affaire est une bonne illustration du sort de l'art. 1077 C.c.B. C. stipulant que « les dommages-intérêts résultant du retard ne consistent que dans l'intérêt au taux légalement convenu entre les parties, ou en l'absence de telles conventions, au taux fixé par la loi ». Le tribunal y a affirmé que, ces dispositions n'étant pas d'ordre public, les parties pouvaient stipuler donc le contraire. Voir dans le même sens, *Chartrand c. Desrochers*, [1962] C.S. 465. Cette décision montre que les juges ont contribué à favoriser l'utilisation de la notion de dation en paiement en matière immobilière en autorisant de nombreux abus de la part de certains créanciers qui pouvaient alors facilement et rapidement prendre une propriété en paiement. Voir les analyses de Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34, p. 94.

⁶³⁸ En général, les juges se contentent de rappeler que le respect de la volonté des parties doit primer. Voir *Morisset c. Brochu*, (1883) 10 Q.L.R. 104 *paxim*; *Wilson c. Lacoste*, [1892] 20 R.C.S. 218 *paxim*.

d'indifférents aux inégalités et aux injustices découlant des contrats. La jurisprudence de l'époque ne permet pas de déduire que les juges ignoraient l'inégalité ou le déséquilibre qui caractérisait les parties et le contenu contractuel. On ne saurait encore moins penser qu'ils étaient, à cette époque, des êtres totalement insensibles à la situation du contractant en détresse. Il est difficile de croire que les juges étaient atteints à ce point de cécité. Là où l'on serait tenté de qualifier leur attitude de froide, d'insensible ou de rigide, la véritable raison nous paraît plutôt résider dans une vision autonomiste et individualiste du contrat, présentée comme étant la justice même. Dans un contexte dominé par les principes de liberté et d'égalité, quoique fictifs, d'où pouvait venir l'idée que le juge puisse se sentir à l'aise à remettre en cause ce puissant outil des échanges économiques, de stabilité et de sécurité juridiques? Les juges devaient certainement ressentir qu'il y avait quelque chose à faire, ils ne pensaient pas que ce fut leur rôle. Et malgré le fait que le législateur leur donnait des pouvoirs d'intervention, les signaux leur paraissaient encore trop faibles. Ils restaient emmurés dans la pensée toujours dominante que ce pouvoir ne pouvait intervenir que de manière ciblée, précise et restreinte, puisque la logique fondamentale était restée inchangée⁶³⁹. Elle était celle de la non-immixtion d'un tiers en matière contractuelle. Il paraît plus raisonnable de penser que les juges se croyaient contraints de mettre en œuvre les principes du volontarisme contractuel du Code civil du Bas Canada dans toute leur rigueur. D'ailleurs, de nos jours, on entend déjà la critique, certes légitime, qui reproche sévèrement au juge de donner à la bonne foi sa propre interprétation de la morale, avec ce que cela comporte en fond d'arbitraire et d'imprévisibilité⁶⁴⁰. En même temps, il lui appartient, semble-t-il, d'assurer la justice contractuelle sans aller au-delà de la loi et dans les limites de ses pouvoirs⁶⁴¹. Il est vrai qu'il n'est pas de l'office du juge qu'il applique la loi comme bon lui semble ou qu'il donne son propre contenu au contrat. Partant, il ne faudrait pas seulement réduire la jurisprudence d'avant les années 1970 à ne constituer qu'une preuve de l'insensibilité des juges. Il convient d'y voir surtout la façon dont les juges se croyaient alors appelés à appliquer la loi. Celle-ci prétendait que le contrat se forme entre des parties considérées comme étant égales et postulait que le contrat

⁶³⁹ Une telle remarque peut paraître redondante, elle n'est pas sans pertinence encore de nos jours. La frilosité des juges dans un contexte contractuel où règne encore le volontarisme est encore palpable au sein de la jurisprudence contemporaine. Même dans les situations de déséquilibres profonds, les juges commencent par énoncer le principe volontariste avant d'envisager éventuellement une exception.

⁶⁴⁰ Voir Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001. Dans la première partie de la thèse, la bonne foi est présentée comme un concept aux limites incertaines.

⁶⁴¹ *Ibid.* La tâche du juge n'est pas simple face à une notion trop floue. Voir Bruno OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », dans *Trav. Ass. Capitant*, 1970, t. XXII, Paris, Dalloz, 1975, p. 191.

était par le fait même équilibré et intangible. Le juge s'en tenait à ces postulats de justice et faisait comme si tel était le cas. Cela ne veut pas forcément dire qu'il ne voyait pas très bien que ce fut le contraire. Les choses vont ensuite évoluer, la possibilité d'élargir la sphère juridique contractuelle au nom de l'équité en vue de la protection de la partie faible, va se faire de plus en plus sentir. C'est alors que la mentalité des juges va changer en conséquence, bien que lentement.

La remise en cause d'une approche rigide de la liberté contractuelle par les juges. La perception du contrat jusque-là dominante a rapidement commencé à montrer ses failles. La liberté contractuelle, proclamée avec absolutisme, n'autorise pas à en tirer la quintessence du contrat. Il s'agissait en fait :

[D'] un phénomène transitoire, qui n'a pas toujours existé en droit québécois, du moins sous une forme aussi absolue, et qu'en tant que manifestation idéologique il marque l'émergence, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle. D'un mode de production économique et d'une classe dominante aujourd'hui remis en question et fortement transformés⁶⁴².

Maurice Tancelin abonde dans le même sens et martèle que : « rien n'est inexact comme voir dans l'autonomie de la volonté une théorie immémoriale du droit civil, remontant au droit canonique ou au droit romain, selon l'impressionnisme juridique prévalent dans la doctrine civiliste représentant aujourd'hui l'opinion commune, tant en France qu'au Québec »⁶⁴³. La consécration de la liberté contractuelle au sein du Code de 1866 était la marque de la victoire d'une approche idéologique sur une autre, d'une féodalisation de la société au profit des intérêts de l'industrie et de la production⁶⁴⁴. C'est la rupture avec une vision trop rigide du volontarisme qui va permettre au juge de redéfinir son rôle et s'ouvrir à une véritable métamorphose. Ainsi :

Au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, les tribunaux vont apprendre à mieux utiliser les quelques pouvoirs mis entre leurs mains par le législateur de 1866, comme celui d'établir des obligations implicites. Phénomène plus significatif encore, durant cette période, le juge reçoit du législateur de nouveaux pouvoirs qui lui permettent de rendre justice de façon plus nuancée. Les tribunaux vont parfois jusqu'à s'attribuer eux-mêmes le pouvoir de réviser le contrat⁶⁴⁵.

⁶⁴² Voir Claude MASSE, « Fondement historique du droit québécois de la consommation », dans Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 54.

⁶⁴³ Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, n°62, p. 61.

⁶⁴⁴ Ne peut-on pas croire qu'avec la moralisation du volontarisme, on assiste à une autre féodalisation des échanges. Du moins, c'est la question que se pose Christophe JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, supra, note 1, p. 13 et s.

⁶⁴⁵ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », (2006) 47 C. de D. 5.

Il aura fallu attendre plusieurs décennies pour voir les juges changer leur propre manière d'envisager leur attitude vis-à-vis du contractant vulnérable, remettre en cause la conception rigide de l'immutabilité du contrat et se considérer comme acteur de la sauvegarde des intérêts de celui-ci.

Le juge comme principal acteur du contrôle des comportements des parties. Le changement d'attitude des juges ne vise pas essentiellement les pouvoirs légaux de ces derniers. Une amélioration sensible s'est opérée dans la façon dont les juges commencent à percevoir leur propre intervention, notamment par rapport au déséquilibre contractuel et aux obligations des parties compte tenu de leurs pouvoirs et de leur position⁶⁴⁶. Dans le cadre de cette étude, ce n'est pas tant la description des changements opérés au niveau du rôle du juge qui importe que les motivations et les objectifs poursuivis qui eux concernent directement la question de la justice contractuelle. La question serait alors de savoir si cette nouvelle facette de l'intervention judiciaire est le résultat d'un remaniement au sein même du volontarisme ou l'aboutissement d'une remise en cause totale de celui-ci. Au fond, le juge a joué le rôle de précurseur dans le processus de moralisation du contrat et des contractants. La consécration du principe de la bonne foi, issu de la jurisprudence, a transformé complètement la fonction judiciaire dans le sens d'une meilleure protection de la partie vulnérable⁶⁴⁷. La bonne foi, dans le sens normatif du terme, ne fonde pas seulement de nouvelles obligations à l'égard des contractants, elle est surtout l'instrument ayant permis la transformation du pouvoir judiciaire sur de nombreux aspects.

L'abandon d'une vision purement positiviste du droit des contrats. C'est en abandonnant une vision purement positiviste du droit que les juges ont orienté leur nouvelle conception des relations entre contractants. Cela semblait d'autant plus approprié qu'il fallait, pour mieux protéger la partie vulnérable, réconcilier le droit et la morale. Une opposition qu'un long courant positivisme, derrière lequel se dissimulait en réalité un individualisme rigide, avait jusque-là été maintenue. Les juges se sont progressivement alignés à cette « seconde opinion concernant le droit et la moralité [qui] est que ces deux concepts ne s'opposent pas, mais qu'ils constituent

⁶⁴⁶ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », dans Ernest Caparros (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 399.

⁶⁴⁷ Voir *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, [1999] R.J.Q. 929, (C.A.); *Walsh & Brais inc. c. Montréal (Communauté urbaine de)*, [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.).

plutôt des éléments inséparables du même processus »⁶⁴⁸. C'est encore en faisant appel à la morale que les juges vont juger bon de contrôler les activités commerciales⁶⁴⁹. En grande partie, leur intervention a d'abord été un travail de moralisation. Pour ce faire, ils ont fait appel aux notions de bonne foi et de confiance. Ces principes ne résultent pas directement du contrat, mais s'y ajoutent dans le cadre de la nouvelle « moralité dans les affaires »⁶⁵⁰. On peut déduire avec la juge Beverley McLachlin, que « comme le donne à entendre le juge l'Heureux-Dubé dans *Houle*, un contrat peut être considéré comme un document moral. En fait, l'acte même de s'engager par contrat peut être vu comme un acte moral »⁶⁵¹. Cette idée de contrat moral implicite est d'ailleurs l'une des principales orientations de la jurisprudence en matière de protection du contractant vulnérable. Dans l'affaire *Houle*, la juge L'Heureux-Dubé a pris une position qui traduisait déjà cette vision. Elle soutient que : « Tout contrat comporte pour les parties l'obligation implicite d'exercer leurs droits fondamentaux conformément aux règles de l'équité et de la loyauté »⁶⁵². Telle était déjà la position du juge Beetz dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*⁶⁵³, où il affirme clairement qu'« il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant à la manière de s'exprimer dans la convention que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites »⁶⁵⁴. Une approche que l'on retrouvait bien avant dans la doctrine sous la plume de Pierre-André Crépeau, qui soutenait que « tout contrat doit comporter, sur la base de l'article 1024 du Code civil du Bas Canada [...], une obligation implicite pour les parties de se conformer, dans l'exécution des prestations, aux exigences de la bonne foi »⁶⁵⁵. Par la suite, le législateur va non seulement confirmer la nécessité d'assurer à toutes les étapes du contrat le respect de la bonne

⁶⁴⁸ Voir Beverley McLACHLIN, « Le droit et la moralité », dans *La morale et le droit des affaires, supra*, note 249, p. 4. Selon la juge, « les deux systèmes de droit canadiens, c'est-à-dire le droit civil et la common law, s'écartent de l'ancienne vision qui place aux antipodes le droit et la moralité et tendent à reconnaître que le droit et la moralité sont des concepts synergiques et interactifs » (p. 5).

⁶⁴⁹ *Id.*

⁶⁵⁰ Expression du juge Laforest dans une affaire de common law, *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, et reprise dans un cadre plus général par Beverly McLACHLIN, « Le droit et la moralité », dans *La morale et le droit des affaires, supra*, note 249, 1994, p. 6. Il faut croire que le recours à la morale dans le droit civil du Québec et dans la common law, les deux pans du droit canadien, est survenu dans des périodes assez rapprochées dans le temps.

⁶⁵¹ Beverley McLACHLIN, « Le droit et la moralité », dans *La morale et le droit des affaires, supra*, note 249, p. 10.

⁶⁵² Voir *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 155. Dans cette affaire, la banque s'est empressée de vendre les actifs d'une société et de réaliser sa garantie en quelques heures, alors même qu'elle était au courant des démarches effectuées par les actionnaires en vue de vendre lesdits actifs, en tirer le meilleur prix afin de pouvoir régler les dettes de la banque.

⁶⁵³ [1981] 2 R.C.S. 339.

⁶⁵⁴ [1981] 2 R.C.S. 339, 356 et 357.

⁶⁵⁵ « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 53 R. du B. can. 26.

foi, mais il ne manquera pas de donner de nouveaux pouvoirs aux juges notamment sur le contenu du contrat⁶⁵⁶. La loi prévoit aussi de multiples règles spécifiques qui impliquent nécessairement une immixtion du juge dans le contenu contractuel en l'occurrence en matière de suretés⁶⁵⁷ ou de restitution des prestations⁶⁵⁸. Un changement profond dans l'attitude des juges que l'on note également en matière de protection du consommateur. Concernant la lésion, les juges, interprétant l'article 8 Lpc, n'ont pas hésité à affirmer que la *Loi sur la protection du consommateur* doit être interprétée de manière large et libérale afin de permettre de réaliser le but du législateur⁶⁵⁹. La Cour suprême a d'ailleurs affirmé, dans un *dictum* remarqué, que : « c'est la protection du consommateur qui prime sur la liberté contractuelle, et non le contraire »⁶⁶⁰. Il n'en reste pas moins que ce revirement judiciaire reste très imprégné par le désir d'assainir les pratiques économiques.

Un contrôle judiciaire du comportement des parties au service de l'efficacité économique. En droit civil, si les juges choisissent la voie de la moralisation, ce n'est pas sans liens avec la crainte de ne pas trop bousculer le sacro-saint principe de la sécurité et de la stabilité des échanges et des affaires. Il ne faut pas rapidement conclure que cette nouvelle posture judiciaire est en opposition avec la recherche de l'efficacité économique. Il se pourrait même que ce soit le contraire⁶⁶¹. Les nouvelles règles de la moralité contractuelle sont, de l'avis de certains juges, compatibles avec l'efficacité économique et l'utilitarisme économique. Ainsi, « les arguments fondés sur l'efficacité économique peuvent eux-mêmes être perçus comme dotés d'un caractère moral, comme le prétend par exemple Posner dans son article "*Utilitarianism, Economics and Legal Theory*" »⁶⁶². Et pour ceux qui pourraient appréhender l'incertitude ou le flou, un juge prévient que « le recours accru aux notions de moralité par les tribunaux canadiens n'a soulevé aucune plainte de chaos ou d'incertitude. La marge de prévisibilité a peut-être diminué, mais de façon

⁶⁵⁶ Voir le pouvoir de révision des clauses pénales à l'article 1623 C.c.Q. Il en est de même en matière de clause abusive dans les contrats d'adhésion ou de consommation prévue à l'article 1437 C.c.Q.

⁶⁵⁷ Voir l'article 2778 C.c.Q. et les articles 1743, 1749, 1756 C.c.Q. qui prévoient les conditions dans lesquelles l'autorisation d'exercer la garantie sera admise par le tribunal.

⁶⁵⁸ Voir l'article 1699 C.c.Q. qui donne des pouvoirs importants au juge en matière de restitution et lui permet même de refuser la restitution ou d'en modifier les modalités.

⁶⁵⁹ Voir *Gareau auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.), p. 5 du texte intégral.

⁶⁶⁰ Voir *Proprio Direct c. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, [2008] 2 R.C.S. 195, paragr. 38. Il faudrait par la suite examiner quel sort lui sera réservé et comment cela se traduira, mais d'emblée, cela constitue déjà la marque d'un changement réel.

⁶⁶¹ Voir à cet égard les remarques de la juge Beverley McLACHLIN, « Le droit et la moralité », dans *La morale et le droit des affaires*, *supra*, note 249, p. 8.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 10.

minime; on peut soutenir que cela valait l'avantage d'avoir des décisions judiciaires plus conformes aux notions de loyauté et de justice⁶⁶³ ». La protection du contractant n'a pas pris le chemin d'un contrôle objectif de l'équilibre contractuel, mais celui moins inquiétant d'une entreprise de moralisation des affaires, tout en tentant de convaincre les agents économiques qu'il y va de leurs intérêts d'adopter un comportement sain. Le contrôle des comportements en général, et en droit civil québécois en particulier, est à ce titre largement le travail des juges⁶⁶⁴. Un changement net qui réfère « parfois explicitement à un devoir moral : l'exemple vient du plus haut tribunal. L'attitude de la Cour suprême a considérablement évolué depuis l'affaire *Bauer c. Banque de Montréal*, où la cour, en raison de la renonciation à l'exception de subrogation, refusa la négligence de la banque à effectuer l'enregistrement de la créance »⁶⁶⁵. Quant à ceux qui s'inquiètent de voir la force obligatoire du contrat perdre son importance, faut-il rappeler que l'objectif principal des juges est de moraliser les comportements⁶⁶⁶? Cela ne suffit pas à calmer les craintes puisqu'« indéniablement ces pourvois judiciaires, nombreux et considérables, ont toutefois un prix : ils affaiblissent la force obligatoire des contrats, la stabilité contractuelle, et ils déjouent les attentes légitimes des parties. Désormais, les contractants sont moins sûrs qu'un jour un juge ne viendra pas modifier ou supprimer une clause de leur convention »⁶⁶⁷. Quoique cela n'aboutisse pas à une intrusion arbitraire, l'immixtion judiciaire est toujours possible. C'est d'ailleurs ainsi qu'on peut dire que la jurisprudence a contribué à renouveler les socles du volontarisme contractuel contemporain.

Une transformation des pouvoirs judiciaires sous le prisme d'un volontarisme remanié. Qu'il s'agisse d'obligation d'information, de renseignement, voire d'assistance ou de collaboration, les tribunaux ont su à bien des occasions saisir l'opportunité d'utiliser ces moyens pour assurer la protection du contractant en position de vulnérabilité⁶⁶⁸. De ce point de vue, l'apport du juge dans la protection de la partie faible et la prise en compte de ses intérêts est indéniable. Néanmoins,

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 12.

⁶⁶⁴ Voir l'analyse de Thérèse Rousseau-Houle, dans laquelle elle fait état de la contribution de la jurisprudence au développement de la moralité des affaires. Voir « Le fondement moral du droit des affaires : les applications en droit civil québécois », dans *La morale et le droit des affaires*, *supra*, note 249, p. 24-32.

⁶⁶⁵ Voir Louise POUDRIER-LEBEL, « L'interprétation des contrats et la morale judiciaire », dans *La morale et le droit des affaires*, *supra*, note 249, p. 384.

⁶⁶⁶ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », (2006) 47 *C. de D.* 4.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, 10.

⁶⁶⁸ *Id.*

nous avons pu constater à quel point ces mécanismes de protection étaient en même temps enfermés dans les carcans d'une vision traditionnelle et individualiste du contrat qui en empêche à bien des égards l'expansion. On peut donc se demander quelles sont les raisons pour lesquelles le juge s'est arrêté en si bon chemin. Qu'est-ce qui justifie que les tribunaux semblent avoir choisi de mettre de côté, et ce par principe, certains outils de l'équilibre contractuel présentant pourtant des vertus protectrices réelles pour le contractant vulnérable? Pourtant, ces mêmes juges n'ont pas attendu la permission du législateur pour donner à la bonne foi un rôle insoupçonné. Rien n'empêche de croire que, sur une envolée semblable, ils condamnent les contrats lésionnaires ou favorisent l'admission de la théorie de l'imprévision. L'explication peut en partie être cherchée dans le fait que, malgré les modifications apportées à la compréhension de la relation contractuelle, celles-ci restent amplement sous le prisme du volontarisme individualiste. Les juges semblent avoir nettement pris leur distance avec une perception dure et rigide du volontarisme individualiste. Ils n'en ont pour autant pas abandonné les fondamentaux, qui constituent toujours les prémisses de départ de leur intervention. Il suffit pour s'en convaincre de noter que ces préalables, à forte connotation volontariste et individualiste, sont souvent rappelés dans la jurisprudence même lorsqu'il s'agit d'énoncer une règle nouvelle. Cette dernière intervient bien souvent à titre d'exception ou permet d'inférer une interprétation inédite⁶⁶⁹. Le régime jurisprudentiel de l'obligation d'information est à ce titre emblématique! Mieux, dès lors que les moyens visant à garantir les intérêts du contractant vulnérable relèvent d'un décalage radical avec l'individualisme volontariste, les tribunaux sont du coup moins réceptifs⁶⁷⁰ ou font preuve d'une ouverture timide⁶⁷¹. On peut penser ici au devoir de conseil, à la sphère d'application de la clause abusive ou encore à l'interprétation du devoir d'assistance. Ceci dit, la pénétration de la bonne foi dans le *Code civil du Québec* est le résultat de l'action du juge.

⁶⁶⁹ Voir *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 285-589; *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 356-358.

⁶⁷⁰ Nous avons vu de nombreux exemples dans l'étude du rejet de devoir de conseil ou du principe de s'informer soi-même. Voir *supra*, Titre I, chap. II.

⁶⁷¹ Voir *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 1997. La position des juges se révèle certes protectrice, mais elle reste enfermée dans une vision formelle de l'idée de justice. D'ailleurs, là où on se serait attendu à ce que le juge investisse la bonne foi, il n'en est rien. Voir les analyses du professeur Jean-Guy BELLEY qui s'inscrit dans le cadre théorique de la recherche de la vision des juges qui préside à cette décision. L'auteur conclut à une approche formaliste et traditionnelle, par opposition à une démarche contemporaine, innovatrice et réaliste. Voir les propos tenus lors d'une conférence organisée par le Chaire Jean-Louis Baudoin à la faculté de droit de l'Université de Montréal, le 19 mars 2015, à paraître très prochainement.

L'entrée de la bonne foi dans le *Code civil du Québec* en 1994. L'insertion de la section sur l'équité au Code de 1866 n'apportait qu'une protection limitée, parcellaire et temporaire qui a ensuite été supprimée du Code. Cependant, les pouvoirs donnés au juge à l'époque touchaient déjà au principe de la force obligatoire du contrat et à la présomption d'équivalence des prestations. La jurisprudence s'est ensuite développée dans le sens d'une plus grande protection. Pour autant, toutes ces interventions demeuraient insuffisantes eu égard aux défis posés par les contrats non négociés ou déséquilibrés. Il aura fallu attendre la réforme du *Code civil du Québec* de 1994 pour voir la bonne foi promue au rang de principe général du droit des contrats. Une notion qui n'est cependant pas étrangère au droit des contrats. Le droit romain connaissait les contrats de *bona fide*. Il s'agissait de conventions dont la validité était soumise à des formalités précises⁶⁷². Jusqu'alors, le droit des contrats s'était contenté d'une mention discrète de la bonne foi sans qu'elle ait un impact réel. L'importance contemporaine que le législateur lui a donnée n'implique pourtant pas une rupture théorique avec la vision du contrat qui prévalait dans le C.c.B.C.

Le maintien de la philosophie libérale dans le Code civil de 1994. Pour ce qui est de la philosophie du contrat, spécialement en ce qui concerne le contrôle matériel du contrat, un siècle et demi d'écart entre les deux codes n'en a pas changé l'orientation profonde. Tant le Code civil du Bas Canada que celui de 1994 sont dominés par le dogme de la force obligatoire du contrat même si l'intensité n'est pas identique⁶⁷³. Au moment de la réforme du Code civil, il fallait trouver le moyen de diluer la rigidité du principe volontariste de l'immutabilité du contrat, du moins en atténuer les effets délétères. Le *Code civil du Québec* qui en a résulté serait d'ailleurs le résultat de la victoire de certains lobbyings qui auraient empêché qu'un véritable virage s'opère au profit d'une plus grande justice contractuelle⁶⁷⁴. La formulation d'un principe général de bonne foi ayant

⁶⁷² Le droit romain les distinguait des contrats de droit strict soumis à la loi, les contrats de *bona fides* (bonne foi) offraient quant à eux la possibilité de sortir du cadre légal. Voir Richard DESGORCES, *La bonne foi dans les contrats. Rôle actuel et perspectives*, Thèse, Paris II, 1992, p. 25; Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, Allemand et Japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 19 et s.

⁶⁷³ Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », *supra*, note 69, 914-915.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, 913; Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., *supra*, note 79, p. 214-217. Pierre-Gabriel Jobin résume bien l'influence des différents groupes de pression à propos d'une éventuelle reconnaissance de la lésion lors la réforme lorsqu'il note qu' : « on avait sous-estimé l'extrême sensibilité des milieux d'affaires à un tel sujet. Plusieurs groupes de pression ont manifesté leur mécontentement et ont fait savoir au gouvernement qu'ils étaient carrément défavorables à une telle mesure. Les chambres professionnelles ont fait chorus : elles ont prédit un désastre économique si la lésion devait être admise en droit québécois, ne serait-ce que de façon modeste. On est allé jusqu'à brandir le spectre que le Québec ne devienne « un ghetto » dans lequel les industries et les investisseurs étrangers n'oseraient plus s'aventurer ». Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code Civil au Québec », dans Contribution au congrès virtuel de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration

vocation à régir l'exécution du contrat apparaissait comme le moyen le plus commode. Il a vocation à être applicable notamment lors de l'exécution du contrat, et devait quelque peu faciliter l'accueil du *Code civil du Québec* qui ne passerait pas pour un Code relevant d'un volontarisme pur et dur à l'instar de son prédécesseur. La bonne foi venait atténuer la rigueur de cette doctrine encore dominante. Il en a résulté un volontarisme enrobé par la morale et, par conséquent, plus *digeste*. Devant toutes les critiques dont le Code de 1866 avait fait l'objet, à défaut de pouvoir changer véritablement de cap et affronter le déséquilibre contractuel de front, la bonne foi apparaissait tel un bon compromis, surtout en ce qui concerne le contenu du contrat. Ce faisant, le législateur a en quelque sorte voulu contourner la difficulté et choisi de traiter de la vulnérabilité des contractants comme une question spécifique et non comme un phénomène de masse qui commandait la mise en place d'un régime spécifique. Pour preuve, la reconnaissance formelle du contrat d'adhésion à l'alinéa 2 de l'article 1379 du *Code civil du Québec* est précédée de la définition volontariste du contrat. Ce petit élément à lui seul est emblématique de l'approche finalement choisie par le législateur. Nul besoin de poser le principe de la protection du contractant vulnérable par l'énoncé d'un régime juridique. Le législateur a opté pour la technique qui consiste à combattre les abus et les excès. Comment mieux comprendre la portée générale de l'article 7 C.c.Q. qui s'applique aussi en matière contractuelle et qui marque bien l'orientation de la réforme? Il ne fallait pas corseter la liberté contractuelle et la force obligatoire des contrats, il suffisait de punir la mise en œuvre déviante et déraisonnable du contenu contractuel. En d'autres termes, il n'y a pas de liberté contractuelle sans limites, sans règles pour la réguler. Il ne s'agissait pas de changer les règles du jeu, mais de les rendre moralement acceptables. Pris entre plusieurs intérêts antagonistes, le législateur a tenté un arrangement entre les partisans de la force obligatoire du contrat et ceux préconisant une large protection de l'adhérent⁶⁷⁵.

françaises (IDEF) sur le thème Le code civil français. *Droit des obligations face à la mondialisation*, 2004, 6, en ligne : <http://www.institut-idef.org/Deux-lacunes-de-la-justice.html> (consulté le 22 avril 2015); Un autre exemple est celui de Richard NADEAU, « La réforme du droit des obligations : Le point de vue du Barreau du Québec », (1989) 30 *C. de D.* 647 : « Nous ne sommes pas d'accord avec le principe de la création, en guise de nouveau Code civil, d'une gigantesque Loi de la protection du consommateur qui risque dorénavant de fausser les relations contractuelles et, possiblement, de nous placer dans un ghetto commercial » (652-653). Voir aussi dans ce sens, Jacques BEAULNE et Danielle CODERRE, « Pour une révision de l'Avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation », (1989) 30 *C. de D.* 843.

⁶⁷⁵ Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », *supra*, note 69, 914.

La bonne foi, instrument du contrôle indirect du déséquilibre contractuel. À titre d'instrument de contrôle des comportements, la bonne foi favorise la sanction de bon nombre de manquements. Elle pourrait éventuellement servir de fondement à des obligations positives quoiqu'entendu restrictivement. Les articles 6, 7 et 1375 du C.c.Q. ont beau être peu en nombre, ils ne prétendent pas moins à une réelle propension. Ces dispositions peuvent avoir pour effet de modifier le contrat et d'y greffer des droits et obligations qui ne découlent pas directement de son contenu. En outre, les règles d'interprétation constituent un autre exemple traduisant le désir de contrôler les effets de la supériorité d'un contractant⁶⁷⁶. Dorénavant, le professionnel doit au profane autre chose que sa prestation; le patron bien plus que le salaire; le prestataire de service davantage que le service; le vendeur doit davantage que la livraison passive du bien. Un examen de la jurisprudence montre bien comment, dans de nombreux cas, le juge s'est autorisé à élargir la sphère des droits et obligations contractuelles⁶⁷⁷. Ces bouleversements ne sont pas sans produire un second effet de dérèglement au sein du volontarisme individualiste. Loin de consacrer de règles reposant sur la justice objective débouchant sur la reconnaissance d'un droit à la protection, c'est sur fond de justice réparatrice que la bonne foi intervient. Une tournure s'intègre dans les frontières du volontarisme tout en les élargissant, car elle autorise un contrôle indirect du déséquilibre contractuel. La recherche de l'équilibre contractuel semble alors en inadéquation totale avec la vision volontariste et individualiste du contrat. L'objectif de la moralité contractuelle est à la fois louable et plus modeste. Elle débouche sur une forme de correction du contrat qui tend à éradiquer les dérives considérables et les excès inacceptables. Malgré tout, il y a dans le contrat une part intouchable, postulant ainsi l'existence d'un accord irréductible entre les parties, même lorsqu'il se réduit à un acte d'adhésion⁶⁷⁸. L'objectif étant alors de sauvegarder et de maintenir aux contractants la qualité de sujet de droit, bien qu'on puisse douter de sa réalité⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ Les règles d'interprétation des contrats prévues à l'article 1432 du *Code civil du Québec* prévoient que : « dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur ». à ce niveau aussi, la protection de l'adhérent ne se fait que par le biais, indirectement, car c'est après avoir posé les principes volontariste d'interprétation basée sur la recherche de la commune intention des parties, pourtant inexistante en matière de contrat d'adhésion, que l'article 1432 du C.c.Q. intervient. On comprend que le volontarisme peut tolérer certains ajustements ou règles exceptionnelles, mais jamais au point de s'auto-annuler.

⁶⁷⁷ Voir l'analyse de Beverley McLACHLIN, « Le droit et la moralité », dans *La morale et le droit des affaires*, *supra*, note 249, p. 4 et s.

⁶⁷⁸ Voir Didier LUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, p. 1007 et s.

⁶⁷⁹ Comme le rappelle Jean-Robert Massimi, puisque le sujet est « libre mais en proie à divers intérêts ou désirs, le sujet a besoin d'une éthique pour préserver son *identité* et assurer sa survie de sujet. Pas de sujet sans éthique, pas d'éthique sans sujet. Or, d'un avis unanime, la société actuelle produit des individus, mais pas de sujets ». Voir « Éthique de

Conclusion du chapitre I

L'analyse de la protection de la partie vulnérable à partir de la position de supériorité de son cocontractant donne à constater deux choses : premièrement, la reconnaissance juridique des contrats d'adhésion dans la société de consommation consacre le caractère contractuel à une opération qui s'assimile à un acte unilatéral⁶⁸⁰. Deuxièmement, le droit a choisi de reconnaître un tel acte comme étant un contrat pour des raisons plus économiques que juridiques. Prenant appui sur la nouvelle moralité contractuelle, le législateur, à la suite du juge, recourt au principe du contrôle de la conduite du contractant fort afin de contrebalancer les pouvoirs de celui-ci. Tout au long de ce chapitre, nous avons abordé la dimension théorique de la prise en compte de la supériorité du contractant dans le cadre de la protection de la partie vulnérable. Il convient maintenant de s'arrêter sur l'ensemble de techniques, règles et principes qui en ont découlé afin d'en évaluer la portée réelle en termes de protection⁶⁸¹.

l'entreprise ou commercialisation de l'éthique », (1992) 37 *A.P.D.* 181. Nous y reviendrons dans le deuxième chapitre du titre premier de notre deuxième partie.

⁶⁸⁰ Voir l'étude détaillée en droit français, et de laquelle on peut tirer de nombreux enseignements dans le cadre du droit québécois, Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *supra*, note 123. Voir au Québec, Ghislain TABI TABI, « La remise en cause du volontarisme contractuel contemporain », *supra*, note 7.

⁶⁸¹ Cet appel à la morale n'est d'ailleurs pas sans créer un malaise certain. Comme le note Ph. Le Tourneau à propos de la morale en affaires, qui peut s'avérer être en définitive qu'une forme d'utilitarisme : « l'éthique des entreprises est dans le vent; paradoxalement, elle n'a jamais été aussi à la mode qu'en ce moment, alors que la morale publique, dans l'État et dans les entreprises, semble avoir notablement régressé, et alors que, partout triomphe l'immoralisme, l'affairisme, les délits d'initié, les OPA sauvages et l'argent roi. Voici où la substitution de la morale par l'éthique n'est peut-être pas entièrement innocente. Car cette mode n'entend point rétablir l'humanisme : comme s'il pouvait jaillir outre-Atlantique! C'est tout l'inverse [...] L'appel à l'éthique, pour sympathique qu'il apparaisse à première vue, sent en réalité un peu le soufre lorsque l'on gratte la surface du discours». Voir « Existe-t-il une morale des affaires ? », dans *La morale et le droit des affaires, Actes du colloque organisé à l'Université des sciences sociales de Toulouse*, Paris, Éditions Montchrestien, 1996, p. 7. L'auteur dénonce une morale utilitariste et conclut en remarquant qu'« en définitive, l'observateur doit séparer le bon grain, la vraie morale, de l'ivraie, l'utilitarisme » (p. 8). Des propos qui peuvent dans une large mesure être vérifiés au sein de droit des contrats et à la nouvelle éthique contractuelle.

Chap. II Le contrôle des pouvoirs unilatéraux de la partie forte à la lumière de la nouvelle moralité contractuelle

La prise en compte de la position du stipulant. Comme l'a montré un auteur, le contrat d'adhésion met en œuvre deux opérations : l'adhésion et la stipulation⁶⁸². Elles constituent aussi les deux grilles de lecture des mécanismes de protection du contractant vulnérable. Les règles ayant pour but de rétablir la liberté sont une réponse aux dangers inhérents à l'acte d'adhésion. La stipulation, quant à elle, fait appel à celles portant sur le contenu contractuel. La conclusion du lien contractuel diffère de la détermination du contenu ou de la structure du contrat, bien que les deux soient intimement liées. Ce second niveau de contrôle repose sur le respect de l'attente légitime de l'adhérent et de la confiance en le stipulant⁶⁸³. Quoique la notion d'attente légitime ne soit pas aisée à définir⁶⁸⁴, on y voit la nécessité de sauvegarder l'intérêt de la partie désavantagée⁶⁸⁵. Aussi :

Finalement, celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître... est tenue d'en informer celui-ci [son cocontractant] dès l'instant qu'il est dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité de parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies⁶⁸⁶.

Au-delà de l'information visée directement par cette décision, il en résulte que la protection de la partie vulnérable est envisagée du point de vue de celui qui détient le pouvoir, la force, les compétences ou l'information. Tout en restant dans les limites du volontarisme, le résultat du contrat va faire l'objet d'une plus grande surveillance.

⁶⁸² Georges Berlioz étudie le contrat d'adhésion à travers les deux acteurs et moments du contrat. *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, p. 41 et s. et p. 107 et s. Un tel schéma peut, de notre point de vue, être étendu à l'ensemble des rapports déséquilibrés ou des relations de dépendance, bref sur toutes ceux qui sont caractérisés par l'unilatéralisme. On peut alors identifier deux moments qui correspondent eux-mêmes à différentes positions des parties : celui où le contractant est en situation de dépendance et celui où l'autre se trouve en position de force. Ces moments correspondent à l'adhésion et à la stipulation. La correction du contrat exige alors la prise en compte de ces double opération, sans nécessairement mettre en branle des règles et principes identiques.

⁶⁸³ Voir Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », *supra*, note 161, 473.

⁶⁸⁴ Voir Xavier DIEUX, *Le respect dû aux anticipations d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe de droit*, Paris, LGDJ, 1996; « Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : principe général de droit (L'exemple d'un ordre juridique frontalier) », dans Nicolas Kasirer et Patrick Moreau (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, 113 et s. Didier LLUELLES, « La théorie des attentes légitimes raisonnables », dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime? Est-ce bien raisonnable? », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, *supra*, note 118, p. 407.

⁶⁸⁵ Voir Ghislain TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *supra*, note 6.

⁶⁸⁶ Voir *Banque de Montréal c. Bail Lté*, [1992] 2 R.C.S. 554, 586.

Un contrôle du déséquilibre contractuel possible dans le cadre du volontarisme individualiste.

Traditionnellement, équilibre des prestations contractuelles et volontarisme contractuel ne convergent pas⁶⁸⁷. Le premier qui, dans le droit naturel classique, faisait partie intégrante du contrat à titre d'échange de chose de même valeur, a progressivement été remplacé par la seule nécessité d'un accord⁶⁸⁸ qui présume l'équilibre contractuel⁶⁸⁹. Le volontarisme n'en est pas resté à ce stade car avec la bonne foi, l'exécution du contrat n'est plus complètement laissée aux parties⁶⁹⁰. Deux acteurs interviennent dans le contrôle du déséquilibre contractuel : le contractant fort et le juge. L'un se voit imposer des devoirs et obligations, tandis que l'autre a pour mission d'en assurer le respect. L'étendue des exigences imposées au premier et la force des pouvoirs du second varient en fonction de la perception du contrat qui les sous-tend⁶⁹¹. Nous verrons que sous l'influence de l'individualisme libéral, l'office du juge reste très relative en termes de contrôle matériel du contrat (sect. I). Il en est de même en ce qui concerne le sens et la portée des obligations de la partie en position de supériorité (sect. II). Ces deux aspects n'étant alors que les deux faces d'une justice de nature essentiellement réparatrice.

Sect. I Le pouvoir relatif du juge en matière de contrôle du déséquilibre contractuel

Avec pour bouclier la bonne foi, le juge exerce des fonctions interprétative, complétive et limitative⁶⁹². Celles-ci ne sont en fin de compte que les divers instruments d'une justice réparatrice (para I). Du reste, sous le prisme du volontarisme individualiste et de ses fondements moraux, tant l'opportunité que la faisabilité d'un contrôle objectif de l'équilibre contractuel par le juge semblent impossibles (para II).

⁶⁸⁷ Il semble même que le déploiement de l'un se soit opéré sur les débris de l'autre. Voir Élise CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations », *supra*, note 65.

⁶⁸⁸ *Id.*

⁶⁸⁹ *Id.*

⁶⁹⁰ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 62 et s. Aussi, Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, p. 1114 et s.

⁶⁹¹ Ce que nous verrons dans le deuxième titre de notre deuxième partie.

⁶⁹² Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *supra*, note 49, p. 92-109.

Para I Les fonctions judiciaires tirées de la bonne foi, archétype contemporain d'une justice réparatrice

Dans ce paragraphe nous nous attarderons sur le potentiel de la bonne foi à titre de fondement du contrôle judiciaire du contenu matériel du contrat. Nous verrons qu'elle intervient à titre de norme d'une justice essentiellement réparatrice aussi bien pour ce qui est de sa fonction interprétative, complétive qu'adaptative.

A L'étendue du pouvoir modérateur du juge

Le contenu implicite et explicite du contrat. Le juge intervient tant au niveau du contenu explicite qu'implicite du contrat⁶⁹³. Au préalable, notons que le contenu implicite s'étend à une sphère plus large que la reconnaissance d'une obligation ou d'un devoir à l'égard de la partie forte⁶⁹⁴. Ainsi, il peut arriver qu'il porte sur la stipulation de droits divers⁶⁹⁵, une modalité du contrat tel le terme⁶⁹⁶, la mise en œuvre de certaines formalités comme l'envoi d'un avis⁶⁹⁷, le mode de calcul des prix des travaux additionnels⁶⁹⁸, le choix d'une technique de mesurage de copeaux de bois⁶⁹⁹. D'ailleurs, il « vaudrait mieux parler de " contenu normatif implicite" »⁷⁰⁰. Cela étant, d'une manière générale, les blocs obligationnels et non obligationnels sont souvent concernés. En droit

⁶⁹³ Voir l'étude de Pierre-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 R. du B. can. 1; Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) RTDciv. 771; Gérard LÉON-CAEN, « L'obligation implicite », (2000) 44 A.P.D. 109. Voir *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 156 et s.

⁶⁹⁴ Voir Pierre LEGRAND, « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) 22 R.D.U.S. 109, 132; *Gagnon c. Desrosiers*, [1975] C.S. 880, 883; Pour une interdiction de faire de la concurrence imposée à un franchiseur en dehors de toute convention à cet effet, voir la deuxième partie de la décision *Proviso distribution inc. c. Supermarché A.R.G.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.). Pour une obligation implicite de confidentialité sans clause contractuelle à cet égard, voir *Turgeon c. Michaud*, J.E. 2003-1299 (C.A.), paragr. 105.

⁶⁹⁵ Un copropriétaire n'ayant pas de balcon ne peut utiliser un barbecue même si l'interdiction n'est pas mentionnée dans la convention. Voir *Miller c. Syndicat des copropriétaires des « Les Résidences Sébastopole Centre »*, J.E. 96-1044 (C.S.), p. 7 du texte intégral.

⁶⁹⁶ Le tribunal a considéré qu'un usage développé entre les parties avait pour effet de retarder le moment de la prise d'effet de la garantie conventionnelle. Voir *Machinage Piché Inc. c. Atelier d'ébénisterie P. M. Ltée*, J.E. 95-1285 (C.S.), p. 7-8 du texte intégral.

⁶⁹⁷ Le tribunal rappelle souvent la nécessité de donner un avis comportant un délai raisonnable avant d'exercer son droit de résiliation unilatéral du contrat, voir *G.G. Lunch (1990) Inc. c. Autobus Dostie Inc.*, [1996] R.L. 493 (C.Q.); Une exigence de délai qui s'oppose à celle retenue dans *Steinberg-Katz c. Empire Life Insurance*, [1982] C.P. 1.

⁶⁹⁸ Voir *Immeubles Équation Inc. c. Services immobiliers Royal LePage Ltée*, J.E. 2000-994 (C.Q.).

⁶⁹⁹ Le juge peut aussi décider que le fournisseur de copeaux de bois doit utiliser la règle l'usage pratiqué par les autres fournisseurs afin de déterminer le poids des copeaux même si le contrat ne prévoit rien à cet effet : voir *Réal Grondin c. 2969-6366 Québec Inc.*, J.E. 2001-26 (C.Q.), paragr. 22-24. Pour le sort réservé à l'usage, voir Didier LLUELLES, « Du bon usage de l'usage comme source de stipulations implicites », (2002) 36 R.J.T. 83-117.

⁷⁰⁰ Voir Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°1490, p. 812.

québécois des contrats, ces deux aspects sont régis dans une large mesure par le principe de la bonne foi. C'est elle qui explique que le juge puisse intervenir à ce double niveau. Le déséquilibre contractuel ne naît pas seulement de la disproportion excessive entre les prestations des parties, il découle encore de la façon dont les contractants les exécutent. Le principe de bonne foi sert de fondements à l'examen de la teneur du contrat et de l'exercice des droits contractuels. Or, ces deux niveaux d'intervention ne sont pas d'appréciation ni de portée équivalente. En effet, l'exigence croissante d'un comportement cohérent et loyal s'inscrit, sans trop de difficultés, dans le champ de la notion de bonne foi qui vise directement la conduite des parties. L'opération paraît moins aisée lorsqu'il s'agit du contrôle matérielle du contrat. Quoiqu'il en soit, l'intervention du juge a pour objectif de réguler le contrat et les parties.

Le pouvoir modérateur du juge. Une partie importante de la doctrine au Québec est d'avis qu'il y a, en matière contractuelle, un ensemble de règles et dispositions légales qui consacrent l'existence d'un authentique pouvoir d'équité judiciaire. À travers celui-ci, le législateur tente d'exclure du contrat les clauses choquantes et manifestement déséquilibrées. L'objectif premier étant de moduler le comportement des parties. Le pouvoir modérateur du juge qui en résulte réduit la rigueur du principe de la force obligatoire des contrats. Cela dit, le sens et la portée d'une telle ingérence ne sont pas univoques. Ils sont proprement liés à l'idée que l'on se fait du contrat. Ainsi, le volontarisme individualiste n'implique plus forcément une perception dogmatique et rigide du caractère obligatoire du contenu contractuel pour en conclure à la reconnaissance du contrat. D'ailleurs, l'importance de la notion de bonne foi lors de l'exécution du contrat a permis de déduire un ensemble de fonctions renouvelées ou inédites de l'office du juge. Elles ont été situées à quatre niveaux: interprétative, complétive, limitative, et adaptative⁷⁰¹. Malgré leur variabilité, elles sont la traduction de l'extension de la logique de la faute sur le contrôle de l'exécution du contrat. C'est la raison pour laquelle la justice qui en découle est de nature essentiellement réparatrice.

⁷⁰¹ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, supra, note 49, p. 17 et s.; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, supra, note 49, p. 91-109. Jacques PERRILLEUX, « La bonne foi dans l'exécution du contrat (rapport belge) », dans Trav. Assoc. H. Capitant. *La bonne foi*, t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 237 et s.; Claude MASSE, « La bonne foi dans l'exécution du contrat (rapport général) », dans Trav. Assoc. H. Capitant. *La bonne foi*, (Journées Louisianaises-1992), t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 223.

B La tournure réparatrice de la fonction interprétative découlant de la bonne foi

Le sens de la fonction interprétative de la bonne foi. La fonction interprétative dérivée de la bonne foi est l'un des nombreux aspects développés par la doctrine. Le pouvoir d'interprétation qu'exerce le juge n'est pas toujours simple à définir. De manière générale, on peut envisager l'office d'interprétation comme étant la recherche de l'orientation du contrat. Il est vrai qu'il existe plusieurs théories sur la méthode et la finalité de cette opération⁷⁰². Au-delà de ce débat doctrinal, la loi fixe le cadre et les conditions de l'interprétation et le juge possède une solide marge de manœuvre. En ce qui concerne notre étude, c'est l'opportunité et l'étendue du rôle de la bonne foi dans le cadre de cette fonction judiciaire qui nous intéressent. Notre but ne vise pas tant la description de celle-ci, que la règle de justice qui, sous l'influence du principe de bonne foi, peut être déduite de cette nouvelle fonction interprétative. Dire que la bonne foi possède un tel rôle signifie qu'elle intervient en matière d'interprétation du contrat bien au-delà des limites fixées par les articles 1425 à 1432 C.c.Q., qui fournissent les critères devant guider le juge en matière contractuelle. Cette section du *Code civil du Québec* ne fait pas référence à la bonne foi. Néanmoins, les dispositions, de nature plus générale, qui y sont édictées peuvent pareillement avoir un effet protecteur. Il en va ainsi de l'article 1426 C.c.Q. qui prévoit que doivent être pris en compte lors de l'interprétation, la nature du contrat, des circonstances de sa conclusion, le sens que les parties lui ont déjà donné et les usages. Certes, cette disposition reste très générale. Il n'en reste pas moins qu'elle repose sur l'idée qu'un contrat d'adhésion ou de consommation ne saurait être soumis aux mêmes règles d'interprétation qu'un contrat de gré à gré. On retrouve un désir similaire de protection du contractant désavantagé à l'article 1432 C.c.Q. qui mentionne que dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulé, mais dans tous les cas, dans le sens de la sauvegarde des intérêts du consommateur ou de l'adhérent. Les autres articles de cette section présentent une portée plus générale et visent l'ensemble des contrats. Rien ne permet *a priori* de croire que la bonne foi puisse jouer un quelconque rôle en matière d'interprétation du contrat. D'ailleurs, mise à part la place charnière accordée à la bonne foi dans le *Code civil du Québec* en général, et dans le chapitre des obligations en particulier, aucun élément n'autorise à établir un tel lien. Toutefois, pour la majorité de la doctrine, la bonne foi (articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.) complète les règles d'interprétation

⁷⁰² Voir Pierre-André CÔTÉ, Stéphane BAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 45 et s.

spécialement mentionnées au *Code civil du Québec* et auxquelles on pourrait ajouter l'article 1434 C.c.Q. qui permet au juge de faire appel à l'équité.

L'orientation protectrice de la fonction d'interprétation du juge. Analysant certaines décisions rendues en matière d'interprétation du contrat, la professeure Marie Annick Grégoire montre que la protection du contractant vulnérable qui en résulte trouve son efficacité sur le fondement de la bonne foi⁷⁰³. L'auteure soutient que sous l'influence de la bonne foi, la fonction interprétative du contrat peut adéquatement justifier une plus grande exigence de cohérence contractuelle⁷⁰⁴. Bien que cette expression ne soit pas aisée à appréhender, il appert qu'il faut y voir l'ajout parmi les critères d'interprétation, du contrôle du comportement des parties qui doivent en tout temps adopter une attitude cohérente avec le contrat. Pourtant, il n'est pas tout à fait avéré que le recours à ce principe fournisse un résultat en tout point satisfaisant. C'est le déséquilibre objectif entre les deux contractants qui importe. Tel est, à bien des égards, le sens profond de l'article 1432 C.c.Q. En outre, certaines décisions citées par Marie Annick Grégoire, rendues avant l'entrée en vigueur du Code de 1994, assurent la protection du contractant vulnérable en dehors de toute référence à la bonne foi. Elles se fondent principalement sur le rapport déséquilibré entre les parties notamment dans le cadre des contrats d'assurance⁷⁰⁵. Au demeurant, la vertu protectrice de ces décisions n'était pas moindre, c'est tout le contraire qui semble vrai. Celles-ci étaient fondées sur des éléments objectifs sans que le juge ait à s'encombrer d'une notion subjective, floue et indéfinissable telle que la bonne foi. De plus, le glissement moralisant aurait été évité de sorte que le choix d'un contrôle objectif aurait peut-être été envisagé. Dans bien des cas, la bonne foi a assurément facilité le développement de la fonction protectrice des règles du droit des contrats. Toutefois, dans d'autres hypothèses, elle n'apporte rien de plus. Le régime de la clause abusive est peut-être l'exemple qui permet le mieux d'illustrer l'inutilité de la bonne foi dans le processus d'interprétation. Bien que quelques auteurs soutiennent que la bonne foi doit intervenir dans l'interprétation de l'article 1437 C.c.Q.⁷⁰⁶, nous estimons pour notre part qu'elle

⁷⁰³ Voir *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, *supra*, note 49, p. 199.

⁷⁰⁴ *Id.*

⁷⁰⁵ Voir *Le Groupe commerce compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.*, [1992] R.R.A. 959 (C.A.) *paxim*: décision dans laquelle les juges d'appel ont décidé de confirmer la sanction d'un assureur à réparer le dommage subi étant donné que la lecture de la première page donnait l'impression à l'assuré que le dommage survenu était couvert, et ce, sans faire directement appel à la bonne foi. Ajoutons que l'article 1024 C.c.Q. est de nos jours interprété en lien avec la bonne foi, souvent assimilée à l'équité, mais les termes de cette disposition ne la mentionnent pas.

⁷⁰⁶ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, *supra* note 49, p. 200.

est totalement superflue. Les critères fournis dans cet article sont suffisants et il n'est pas nécessaire que le juge ait à vérifier en plus la conduite des parties. Cependant, certains auteurs suggèrent que la bonne foi devrait pouvoir y intervenir, au nom de la protection du contractant vulnérable notamment lorsqu'il y a une ambiguïté⁷⁰⁷.

Un mode de contrôle de la conduite des parties. Quel éclairage peut avoir une notion incertaine comme la bonne foi lorsque le juge intervient en cas d'ambiguïté ou de contradiction? Au lieu de porter son attention sur le caractère équilibré ou non de la clause litigieuse, en passant par la recherche de la bonne foi, le juge est obligé d'y adjoindre l'appréciation de l'attitude des parties. Cette approche subjective constitue une surcharge pour le moins inutile des moyens de protection. Celui qui n'agit pas de bonne foi commet une faute, même en dehors de toute intention coupable. Comme l'explique Marie Annick Grégoire, « l'intention malveillante n'est plus nécessaire pour que l'on puisse conclure à l'absence de bonne foi. Le seul manquement à un standard de comportement selon les exigences de la bonne foi suffit »⁷⁰⁸. La violation de la bonne foi est donc toujours un manquement à une norme de comportement. Le lien entre les deux notions est d'ailleurs revendiqué par les auteurs qui en font l'apologie. La même auteure constate que :

Cette façon d'analyser le manquement à l'obligation de bonne foi n'est pas sans rappeler l'analyse de la commission d'une faute en responsabilité civile. En effet, en droit québécois, la faute s'analyse comme une violation d'une conduite normale ou, si l'on préfère, la violation d'une conduite que devrait adopter une personne raisonnable selon la conception du législateur ou de la jurisprudence. La similarité de l'analyse du manquement à l'obligation d'agir selon certains paramètres définis est donc frappante. On se réfère, dans les deux cas, à une norme de comportement que l'on doit respecter afin de ne pas commettre une faute pouvant entraîner sa responsabilité civile. Dans les deux analyses, on n'exige pas la présence d'une intention malveillante ou malhonnête pour conclure à la violation de l'obligation. Ceci dit, on peut très bien comprendre que les tribunaux aient adopté une méthode d'analyse de l'obligation de bonne foi qui soit semblable à celle qu'ils s'appliquaient déjà en matière de responsabilité civile. Il est toujours plus rassurant, en présence d'idées nouvelles, de se référer à des notions connues. De plus, il faut ajouter que cette méthode d'analyse du manquement à l'obligation de bonne foi semble tout à fait conforme au libellé des articles 6 et 7 du Code civil qui prescrivent à chaque personne d'agir selon les exigences de la bonne foi. Ces

⁷⁰⁷ Voir Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, supra, note 49, p. 96 et s.

⁷⁰⁸ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *La bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, supra note 49, p. 6.

"exigences de la bonne foi apparaissent ici comme les limites d'une norme de comportement raisonnable qu'il appartient au juge de définir⁷⁰⁹.

On ne saurait être plus clair. Cette analyse est particulièrement explicite puisqu'elle nous permet de comprendre que, même envisagée dans sa perspective objective, la bonne foi reste dans le sillage de la faute. En outre, la similarité va jusqu'au mode de fonctionnement et de mise en œuvre des deux concepts. Il faut se référer aux éléments de la faute pour établir ceux de la bonne foi dans le cadre de l'interprétation, notamment le lien causal et le dommage. C'est en ce sens que Marie Annick Grégoire explique que :

Nous pouvons procéder à une analogie avec les éléments de la responsabilité civile, soit la faute, le dommage et le lien de causalité. Ainsi, la notion de faute est très certainement une notion floue permettant au juge de tenir compte des faits en cause. Nous l'avons déjà souligné, l'analyse d'un manquement à l'obligation de bonne foi est très semblable à celle de la faute. Il y a donc autant de risque d'abus dans cette analyse de la faute que dans celle de l'obligation de bonne foi. Pourtant, on remarque que ces abus sont limités par les notions de dommages et de lien de causalité. Ainsi, la faute, même interprétée très largement, n'a de conséquences que pour les dommages directement causés par cette faute. En analysant la faute de cette façon, on conserve son caractère évolutif et créatif de normes limitant les abus. Il est sans doute nécessaire de procéder à une analyse semblable en matière d'obligation de bonne foi⁷¹⁰.

La fonction interprétative de la bonne foi n'est alors qu'une forme d'élargissement de la faute. Elle fait reposer l'interprétation sur le principe de la responsabilité et sur la nécessité de responsabiliser les individus⁷¹¹. Voilà l'une des raisons pour lesquelles on peut affirmer que la justice contractuelle, dans la perspective volontariste individualiste, conduit à accentuer la fonction réparatrice de celle-ci. L'influence de la bonne foi sur l'interprétation a également tendance à faire resurgir des notions obsolètes telles que la commune volonté des parties.

Une improbable volonté commune des parties. Aussi surprenant que cela puisse paraître, la bonne foi renvoie à la recherche de la commune intention des parties. Cette règle volontariste d'interprétation du contrat est posée à l'article 1425 C.c.Q. qui énonce que le juge doit rechercher ce qu'a été la commune intention des parties plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes qu'elles ont utilisés. Or, c'est un truisme que de rappeler que cette intention commune est problématique dans les contrats non négociés. Lorsque tel est le cas, celle-ci est déficiente, le

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 6-7.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁷¹¹ Voir l'ouvrage de référence de François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31.

recours à la bonne foi pourrait semble-t-il permettre de pallier la situation⁷¹². Elle permettrait de retrouver ce qu'aurait pu être l'intention des contractants, c'est-à-dire ce qu'ils auraient pu vouloir. Non seulement une telle fonction de la bonne foi ne ferait que ramener le contrat aux fictions volontaristes, mais encore, comment une notion vague peut-elle fournir un tel résultat? Sans compter qu'en matière de contrat d'adhésion, de consommation ou de dépendance, cette commune intention est pour le moins inexistante, et donc introuvable, car le contrat a été imposé à l'un des contractants par l'autre. En fait, si les auteurs font appel à la bonne foi, c'est bien parce que la recherche directe de l'intention commune des parties semble impossible. Or, dans les hypothèses où la commune intention est introuvable, ne faut-il pas l'abandonner et lui préférer d'autres critères? Bizarrement, le recours à la bonne foi permet d'y revenir! Ainsi, c'est en vérifiant que les parties ont été de bonne foi que le juge peut déduire leur intention commune. Dans ce sens, « la recherche d'une intention commune des parties qui pourrait se révéler difficile à cerner par le juge, il semble clair que l'on pourra alors faire appel à la bonne foi »⁷¹³. En outre, puisque la bonne foi « se présume, le juge est, à notre avis, parfaitement justifié, en cas d'ambiguïté sur l'intention des parties, d'exclure toute interprétation de l'intention commune qui lui paraît contraire à l'obligation de bonne foi »⁷¹⁴. Il faudrait alors admettre « facilement que le juge fasse appel à des règles d'interprétation extérieures à celles prévues aux articles 1425 et suivants, comme la bonne foi ou l'équité, pour déduire ce que devrait être l'intention des parties »⁷¹⁵. Si tel est le cas, la bonne foi sert alors de substitut incertain à une volonté commune introuvable, notamment dans les rapports déséquilibrés, qui ne sont en fin de compte que l'expression de la volonté d'un seul contractant. Ce qui ne préjuge en rien d'une amélioration dans la situation de la partie vulnérable. Substituer une notion dont l'existence est douteuse par une autre floue ne peut être que d'un apport limité sinon inutile en termes de protection des contractants. Devant ce constat, on peut se demander s'il ne faut pas chercher ailleurs que dans la référence à la bonne foi les règles appropriées d'interprétation, puisqu'elle conduit dans les méandres de l'intention commune. Au surplus, elle tend aussi à faire survivre l'exigence morale du respect de la parole donnée. Certes, il convient d'honorer ses engagements et de respecter autrui. Mais que vaut cette prétention dans le cadre des contrats non négociés? Du moins, ne

⁷¹² Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, supra, note 49, p. 201.

⁷¹³ Voir *La bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, supra, note 49, p. 20.

⁷¹⁴ *Id.*

⁷¹⁵ *Id.*

devrait-elle pas être envisagée avec réserve, voire être écartée? Assurément, il est indispensable de punir les conduites incohérentes. La bonne foi relève de la mise en œuvre de l'interdiction générale de ne pas nuire à autrui, principe relevant d'abord de l'ordre extracontractuel⁷¹⁶. Elle n'est en réalité qu'un des nombreux visages de la notion de faute⁷¹⁷. Néanmoins, il ne faudrait pas en étendre la portée au point de compromettre les autres virtualités protectrices de l'office d'interprétation qui ne requiert pas que l'on prenne appui sur elle, surtout lorsque le résultat est pour le moins contreproductif. Si elle permet d'élargir les cadres évolutif et adaptatif de la faute⁷¹⁸, dès lors qu'il faut envisager la protection de la partie faible loin des carcans de la faute, ce détour devient inapproprié. Pour toutes ces raisons, tant l'opportunité que l'efficacité de donner à la bonne foi une large place en matière d'interprétation s'avèrent discutables. Qu'en est-il de sa fonction complétive?

C Le fondement délictuel de la fonction complétive du juge issue de la bonne foi

Le contenu de la fonction complétive de la bonne foi. Cette dimension de la bonne foi est assurément celle qui a été la plus féconde⁷¹⁹. Par fonction complétive, il faut entendre le pouvoir qu'a le juge de greffer ou d'ajouter au contrat des éléments que les parties n'avaient pas forcément prévus. C'est notamment grâce à ce pouvoir que les juges ont pu étendre les devoirs du contractant. Ceux-ci ne prennent pas directement appui sur le contrat, mais sur la bonne foi, principe auquel sont soumis tous les contrats et les comportements individuels. En tant que principe général interdisant de nuire à autrui, la bonne foi a permis au juge d'imposer aux parties, notamment, de nouvelles obligations d'information, de loyauté ou de collaboration. Ce qui nous intéresse à ce niveau n'est pas tant la teneur de ces obligations que la nature et les fondements de l'intervention du juge. Il en ressort qu'il s'agit d'une nouvelle catégorie de faute.

Une nouvelle catégorie de sanction judiciaire de nature délictuelle. Les nouveaux devoirs qu'invoque le juge en faisant appel à la notion de bonne foi ne sont pas mentionnés dans les

⁷¹⁶ Voir Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus de droit*, Paris, LGDJ, 2000, n°114, p. 105 et s.

⁷¹⁷ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, supra, note 49, p. 204.

⁷¹⁸ *Id.*

⁷¹⁹ Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, supra, note 49, p. 98 et s. Claude MASSE, « La bonne foi dans l'exécution du contrat (rapport général) », dans Trav. Assoc. H. Capitant, *La bonne foi*, supra, note 701, n°273, p. 225.

contrats, ils ne font pas partie des prévisions contractuelles. Pourtant, ils doivent être considérés comme partie intégrante de la sphère contractuelle. Le champ contractuel, influencé par des exigences qui lui sont extérieures, se trouve ainsi élargi. Si ces obligations et devoirs s'imposent aux parties, sans résulter directement du contrat, quel en est le fondement? Le premier repère est d'abord légal, spécialement les dispositions de l'article 1434 C.c.Q. Le législateur y prévoit que le contenu du contrat inclut non seulement ce qui y est stipulé, mais également tout ce qui découle de la nature du contrat, des usages, de l'équité et de la loi. Il en résulte que la force obligatoire du contrat s'apprécie désormais à partir de tous ces critères. Il ne suffit pourtant pas de le mentionner, encore faudrait-il s'entendre sur la nature contractuelle ou extracontractuelle de ces devoirs. De l'avis d'une partie de la doctrine, tous les nouveaux devoirs, d'origine judiciaire ou légale, qui se greffent au contrat, participent de l'ordre extracontractuel auquel appartient naturellement la bonne foi⁷²⁰. Le contrat est alors soumis à ces deux ordres et les devoirs découlant de la bonne foi ne doivent être sanctionnés que par les dommages-intérêts. C'est ainsi que les conséquences tirées de l'article 1434 C.c.Q. ne peuvent que relever du délictuel. Malgré l'apparence de cohérence, il est possible de douter d'un tel raisonnement. De fait, rien dans l'article susvisé ne laisse présager une telle interprétation. Que le législateur ajoute au contrat suffirait-il à conclure que les devoirs qui en résultent ne sont pas de l'ordre contractuel? En tout cas, rien ne permet à la seule lecture de cet article de le penser. Peut-être est-ce tout le contraire, puisque ce qui découle de la nature, de l'usage, de l'équité ou de la loi s'ajoute à ce qui a été stipulé par les parties pour former l'ensemble contractuel. Du reste, cet article ne constitue que

⁷²⁰ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, supra, note 49, p. 204 et s. Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus de droit*, supra, note 727, n°114, p. 105 et s. Daniel Gardner et Benoît Moore, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », (2006) 48 C. de D. 543. Dans le même sens, voir l'analyse de Jean-Guy Belley sur la décision *Provigo distribution inc. c. Supermarché A.R.G.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.). L'auteur estime que les nouveaux devoirs des parties ne peuvent être féconds que s'ils sont envisagés sous le prisme de la responsabilité extracontractuelle. Il soutient que s'en tenir à l'élargissement du cercle de la responsabilité contractuelle étirerait jusqu'à déformation les notions utilisées parce qu'elles sont reliées à une approche volontariste du contrat qui ne favorise pourtant ni le développement, ni la fécondité de tels devoirs, pourtant, nécessaires à la protection de la partie vulnérable. Il ajoute que l'erreur du législateur a été d'instituer une option entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle alors qu'une pleine et entière sauvegarde des intérêts du contractant faible aurait été assurée en lui laissant la possibilité d'actionner les deux catégories. Voir les propos tenus lors d'une conférence organisée par le Chaire Jean-Louis Baudoin à la faculté de droit de l'Université de Montréal, le 19 mars 2015, à paraître très prochainement. Nous estimons pour notre part, qu'un autre raisonnement est possible si on accepte d'abandonner les terres du volontarisme individualiste pour adopter une vision objective du contrat, de sorte que la protection par le recours aux devoirs et obligations, tout en restant dans le cadre contractuel, puisse être tout aussi efficace et appropriée. Voir le deuxième titre de la deuxième partie. D'ailleurs, signalons à cet égard que la position de Monsieur Belley est avérée puisqu'un net recul peut être constaté si on considère que la protection offerte par les tribunaux et la possibilité d'activer l'un ou l'autre type de responsabilité avant la codification de 1994 était bien plus large. Voir *National Drying Machinery Co. c. Wabasso*, [1981] 1 R.C.S. 578 paxim.

l'énoncé d'un principe général d'interprétation. En fait, des pans entiers du droit des contrats prévoient des dispositions qui s'ajoutent au contrat, le modifient ou le modulent⁷²¹ ou imposent aux parties des obligations, notamment en matière de contrats spéciaux ou du droit de la consommation⁷²². Il ne vient pourtant pas systématiquement à l'esprit des auteurs ou des juges de les considérer comme étant extracontractuelles. En ce qui concerne les contrats déséquilibrés, d'adhésion ou de consommation, le raisonnement est pour le moins spécieux, car suivant la conception volontariste, ces contrats n'ont rien de contractuel. Ils sont pourtant considérés comme étant des contrats. Dans la mesure où le raisonnement prend pour point de départ l'idée que le non-respect de cette obligation relève des principes de la responsabilité extracontractuelle⁷²³, la fonction complétive n'est évidemment pas possible à mettre en œuvre en dehors de la faute qui en est le cœur⁷²⁴. La fonction limitative du juge n'échappe pas non plus à cette analyse.

D La théorie de l'abus de droit ou la fonction limitative du juge dérivée de la bonne foi, sanction spécifique du comportement fautif du contractant

La teneur de la fonction limitative de la bonne foi. Dans sa fonction complétive, le juge constate l'existence de devoirs et droits, dans sa dimension limitative, il contrôle la façon dont l'ensemble contractuel est mis en œuvre⁷²⁵. Son intervention porte sur la manière dont le droit ou le pouvoir qui résulte du contrat est exercé, et non sur l'existence d'un droit substantiel. Ainsi, le défaut de

⁷²¹ Il en est ainsi en matière de contrat de location résidentiel, de contrat de cautionnement ou d'assurance.

⁷²² Ajoutons que de nombreuses dispositions dans la *Loi sur la protection du consommateur* ont le même effet. Dans toutes ces hypothèses, la nature contractuelle de ces énoncés additionnels d'origine légale ne semble pas être très problématique.

⁷²³ Voir *Provigo distribution inc. c. Supermarché A.R.G.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.). Le juge porte encore plus d'intérêt à l'indifférence de l'un des contractants vis-à-vis de l'autre. Ce seul constat aurait pu suffire sans qu'il soit nécessaire d'établir en plus les conditions d'existence d'une faute. Rien ne permet d'exclure d'office la possibilité d'une protection du contractant en dehors de toute faute. Le fait est que le détour par la bonne foi empêche de le percevoir.

⁷²⁴ Une telle conclusion est inéluctable. En outre, bien qu'elle parte de la nécessité de prendre en compte l'intérêt de la partie la plus faible, chez certains auteurs, il s'agit d'abord de la « coexistence paisible des droits et intérêts avec tout ce que cela implique pour la liberté individuelle et la responsabilité ». Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, supra, note 49, p. 213. En conséquence, on a beau parler de protection des intérêts de la partie faible, c'est d'abord de responsabilité et de liberté dont il s'agit. Il n'est pourtant pas sûr que de telles notions cadrent adéquatement avec les situations de dépendance de l'adhérent ou du consommateur puisque dans ces cas, la simple responsabilisation des contractants ne peut suffire. Dans leur position, il s'agit moins de coexistence de libertés que d'insuffisance de celle d'une partie, puisque l'intérêt de la partie dominante ne souffre d'aucune difficulté. C'est de celui de la partie vulnérable, et uniquement du sien, dont est question.

⁷²⁵ Il faudrait cependant à cet égard ne pas oublier la distinction entre devoirs et obligations. Voir en ce sens, Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, supra, note 49, p. 225 et s.

collaboration ou de coopération peut résulter de l'exercice de son droit ou privilège⁷²⁶. La facette fautive de la fonction limitative se révèle aisément dans la mesure où elle ne constitue qu'une variante du principe plus général de l'abus de droit. Ce dernier ressort de l'article 7 du *Code civil du Québec*, qui prévoit qu'aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire de manière excessive ou déraisonnable allant ainsi à l'encontre des exigences de bonne foi. Mais la reconnaissance de l'abus de droit ne date pas de son affirmation dans le Code civil de 1994. Il faut en fait remonter à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Banque Nationale du Canada c. Houle* pour voir la jurisprudence admettre que le principe de l'abus de droit fait dorénavant partie intégrante du droit civil au Québec⁷²⁷.

La pertinence du recours à l'abus de droit. La majorité des auteurs au sein de la doctrine s'accorde à dire qu'il existe entre la bonne foi et l'abus de droit une synonymie telle que la seconde pourrait apparaître dérisoire étant donné qu'elle vise le même contenu que la bonne foi⁷²⁸. D'ailleurs, la définition de l'article 7 C.c.Q. le laisse croire dans la mesure où elle renvoie à la bonne foi. Sans entrer dans ce débat, il convient d'apporter quelques précisions. En fait, ce n'est pas tant la pertinence de l'existence du principe de l'abus en droit contractuel québécois, que le sens auquel est orientée l'idée de justice contractuelle qui y est sous-jacente. À ce propos, l'étude de l'abus de droit est loin d'être inutile. Tout en reconnaissant que la théorie de l'abus de droit peut faire double emploi avec la bonne foi, il faut rappeler que son champ couvre un domaine plus vaste que le contrat malgré la référence à la bonne foi dans les dispositions de l'article 7 du *Code civil du Québec*. Ce qui apparaît dans l'analyse de ces critères.

Les critères de l'abus de droit. La théorie de l'abus de droit en matière contractuelle vise, comme sa définition l'indique, la manière dont on exerce son droit, puisqu'elle peut s'avérer fautive. C'est en substance ce que dit la décision *Banque Nationale du Canada c. Houle* susmentionnée⁷²⁹. Cette

⁷²⁶ De ce point de vue, il y a un lien étroit entre la fonction complétive et la fonction limitative, les deux pouvant intervenir de concert ou séparément. Le premier porte sur la substance et le second sur la forme.

⁷²⁷ Voir [1990] 3 R.C.S. 122. Pour le caractère abusif d'une clause de résiliation unilatérale en tout temps dans un contrat de travail, voir *Drouin c. Electrolux du Canada Ltée*, [1988] R.J.Q. 592 (C.A.) *paxim*; Pour une absence d'avis de résiliation dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée résilié unilatéralement et de manière abusive, voir *E. & S. Salberg Inc. c. Dylwex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445, (C.A.), p. 7-10 du texte intégral; il arrive également que le délai de congé n'ait pas été raisonnable malgré la légitimité du congédiement, voir *Standard Broadcasting Corp. c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.), p. 8-16 du texte intégral.

⁷²⁸ Voir Brigitte LEFBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *supra*, note 49, p. 101 et s.

⁷²⁹ [1990] 3 R.C.S. 122, 164.

décision, qui a fait couler beaucoup d'encre, sanctionne la banque pour n'avoir pas accordé à un client de longue date, des délais afin de lui permettre de respecter ses engagements. En l'espèce, la banque, dans un délai de trois heures, avait exercé son droit de rappeler le prêt et de céder les actifs de sa cliente. Mis à part les confusions liées à l'exigence d'accorder un délai raisonnable, le droit de résiliation de la banque est exercé de manière abusive dans la mesure même où elle n'octroie pas davantage de temps à sa cliente qu'elle sait par ailleurs en train de tout faire pour tenter de respecter ses engagements. L'abus résulte du procédé utilisé. La banque n'a pas mis en œuvre son droit d'une façon raisonnable, et dans ce cas, elle aurait dû accorder des délais à sa cliente. Procéder de façon contraire ne constitue ni plus ni moins qu'une faute. Le défaut d'octroi de délai peut, dans certaines circonstances, s'analyser comme l'exercice abusif de son droit. Tel est également le cas du créancier hypothécaire qui, malgré les retards de paiement de son client, sait que celui-ci est sur le point de vendre son bien en vue de lui rembourser, et qui décide malgré tout de mettre en œuvre sa garantie hypothécaire. La théorie de l'abus de droit contractuel est archétypique de la sanction du comportement fautif. Qu'elle fasse double emploi avec la bonne foi, soit!⁷³⁰ Il importe surtout de noter qu'elle met l'accent sur un aspect précis du rôle de la faute en matière de protection du contractant, là où la bonne foi se veut plus générale. Elle vise la mise en œuvre déraisonnable ou excessive d'un droit, d'un privilège ou d'un pouvoir, pendant que la bonne foi touche un champ plus varié. En outre, on aurait pu remplacer l'expression « allant ainsi à l'encontre de la bonne foi », par « équivalent alors à une faute » que c'eût été pareil. L'abus de droit est surtout une forme spécifique de faute⁷³¹.

Le non-rôle de la bonne foi dans le cadre de la justice correctrice. Peu importe le sens dans lequel on la considère, la bonne foi offre un critère d'intervention du juge relié à la sanction d'une conduite fautive. La responsabilité ne corrige pas forcément les déséquilibres, si ce n'est de manière indirecte, elle rétablit surtout la situation initiale. Si elle repose sur un principe de protection, il est de nature réparatrice, en vue de remettre les choses en état. Ce qui n'est pas le

⁷³⁰ Rappelons que le rapprochement avec la bonne foi que certains auteurs opèrent se situe au niveau de la fonction du juge et de la nature de la justice qui en découle. Mais pour d'autres, ce lien est contestable et la notion d'abus de droit doit plutôt être envisagée comme un outil pouvant être pertinent dans une vision autre du contrat, notamment solidariste. Sauf qu'il ne semble pas suffisamment décisif. Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 163 et s.

⁷³¹ L'abus n'étant qu'une invitation supplémentaire à adopter une conduite prudente et diligente. Voir, dans l'affaire *Banque nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122, les propos de l'honorable L'Heureux-Dubé : « les parties à tout contrat s'engagent à agir dans l'exercice de leurs droits contractuels, à la manière prudente et diligente d'une personne raisonnable dans la limite de la loyauté » (164).

véritable esprit de la correction du contrat⁷³². La responsabilisation ne ressort pas précisément de la justice corrective, dans le sens où il s'agit d'apporter des améliorations ou de perfectionner la règle. En ce sens, la bonne foi ne relève donc pas de la justice correctrice, mais davantage de la justice réparatrice. Voilà un constat qui devrait d'ailleurs atténuer les inquiétudes liées aux risques d'arbitraire et d'insécurité issus des nouveaux pouvoirs attribués au juge⁷³³. Dans ce contexte, le contrôle objectif de l'équilibre contractuel est difficilement envisageable.

Para II L'impossible contrôle objectif de l'équilibre contractuel par le juge

Plusieurs éléments autorisent à croire que la vision du contrat teintée par l'individualisme juridique ne peut aboutir à un contrôle objectif de l'équilibre contractuel lorsque celui-ci est requis pour la protection du contractant vulnérable. D'abord, l'intervention du juge demeure encore parcellaire en termes de contrôle direct du contenu du contrat. Ensuite, l'interprétation de la clause abusive, qui joue un rôle crucial, reste bien trop restrictive et, enfin, il en résulte un pouvoir de correction restreint.

A Une intervention judiciaire parcellaire en matière de protection directe du contractant faible

Une intervention judiciaire parcellaire à travers les règles d'ordre public. L'un des éléments qui permettent de conclure que le législateur encourage l'intervention du juge dans le cadre de la protection du contractant faible est le recours aux lois et dispositions d'ordre public. *A contrario*, la preuve de la rigidité du principe de la force obligatoire du contrat réside en grande partie dans le constat de la rareté des dispositions d'ordre public⁷³⁴. Le principe demeure que les parties sont libres d'aménager le contrat à leur guise et la sécurité des transactions reste fondamentale en droit des contrats⁷³⁵. Bien que les prescriptions d'ordre public soient en nombre plus élevé dans le Code de 1994 par rapport à son prédécesseur, cet ordre public « décrété sur une base

⁷³² « La responsabilité juridique ne fait elle-même que remettre les choses en état; elle ne corrige pas, elle rétablit, répare ». Voir François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 67.

⁷³³ Voir François TERRÉ, « Un juge créateur du droit? Non merci », (2007) 50 *A.P.D.* 305-310.

⁷³⁴ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, p. 66 et s. Didier Lluellas et Benoît Moore constatent quant à eux que le Code civil comporte en majorité des règles supplétives et qu'on n'y trouve qu'un ordre public au cas par cas. Voir *Droit des obligations*, *supra*, note 158, p. 1057 et s.

⁷³⁵ Voir le rappel de la Cour suprême à cet égard dans *Bruker c. Markovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, paragr. 79-80.

ponctuelle » ne concerne que quelques hypothèses précises. Il en va ainsi de l'article 1598 C.c.Q. qui empêche le créancier d'insérer dans le contrat une disposition qui le dispenserait de prouver qu'il y a mise en demeure de plein droit. L'ordre public n'intervient pas véritablement en ce qui concerne les dispositions générales. C'est au sein du régime des contrats spéciaux que des mesures de ce type existent. Tel est le cas de l'article 2361 C.c.Q. qui, pour contrer les abus courants décriés dans la pratique avant l'entrée en vigueur du nouveau Code de 1994, précise que le décès de la caution met fin au contrat de cautionnement. On pourrait également citer l'article 2345 C.c.Q. qui prévoit que le créancier doit à la caution, sur demande de celle-ci, toutes les informations utiles et les modalités de l'obligation principale et sur l'état de son exécution. Les pouvoirs du juge restent à ce titre très parcellaires. Par conséquent, la logique volontariste reste dominante⁷³⁶, et ce, malgré quelques exceptions.

Quelques régimes exceptionnels d'ordre public. Quelques contrats font l'objet d'un contrôle plus intense. Sans traiter ici le contrat de consommation que nous verrons plus loin de manière plus détaillée, on peut penser au contrat d'assurance, au bail résidentiel ou aux relations de travail qui reposent largement sur le besoin de protection. Il serait même possible de dire que ces matières représentent véritablement des droits de la protection. Les législations qui les règlementent mettent résolument un frein, avec plus ou moins de succès, au dogme de la force obligatoire du contrat, pour substituer des règles ayant pour visée directe de protéger le locataire⁷³⁷ ou le travailleur⁷³⁸. En matière d'assurance, l'article 2414 C.c.Q. prévoit qu'aucune clause contractuelle ne peut contenir moins de droits en faveur de l'adhérent-assuré que les dispositions de la section du Code qui y sont consacrées. D'importants pouvoirs sont par là même donnés au juge qui a la possibilité d'examiner tout le contrat⁷³⁹. Les règles d'ordre public s'imposent d'office aux parties et modulent l'aménagement de leur contrat. On peut s'attendre à ce que le juge joue un rôle considérable dans ce domaine. C'est d'ailleurs le cas puisque l'exercice de certains droits exige

⁷³⁶ On retrouve la même exigence d'information sur demande à l'article 2408 C.c.Q. du contrat d'assurance. Si les intérêts des deux parties étaient autrement envisagés, l'information pourrait se transmettre de manière plus spontanée sans attendre passivement que l'autre en fasse la demande.

⁷³⁷ Voir les articles 1892 et s. C.c.Q.

⁷³⁸ Voir les articles 2085 et s. C.c.Q.

⁷³⁹ L'étendu de ce pouvoir reste flou lorsqu'on sait que cet article a remplacé une panoplie de règles d'ordre public. Il importe maintenant que le juge s'assure que le contenu du contrat d'assurance n'est pas en défaveur de l'assuré en comparaison avec ce que propose la loi. Force est de constater qu'il n'a pas véritablement de moyens précis pour le faire. Du coup, la portée de cet article peut être très relative. Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec, supra*, note 79, p. 71. Voir pour une opinion différente, Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, p. 1060 et s.

l'autorisation de celui-ci, telle que la prise en paiement en matière d'exercice de droits hypothécaires. Les articles 99 et 492 C.p.c. rappellent qu'il appartient au juge de s'assurer du respect des dispositions d'ordre public. Il lui incombe de donner un contenu et un sens aux règles d'ordre public. C'est la raison pour laquelle on déplore souvent leur timidité en ce qui concerne cette catégorie de règles⁷⁴⁰. Une attitude réservée qui contraste avec le rôle important qui devrait être le leur.

Le juge comme principal acteur de la mise en œuvre de règles d'ordre public. D'une manière générale, il appartient au juge de donner effet aux dispositions légales ayant pour vocation de protéger le contractant. L'une des principales voies pour y arriver consiste à empêcher les parties d'exclure l'application de ces dispositions ou d'en réduire les effets dans le contenu contractuel, surtout lorsqu'il est d'adhésion. Il intervient activement dans la compréhension même du sens à donner aux règles d'ordre public. Or, si dans certains cas son action est effectivement orientée dans ce sens, dans d'autres, il n'en est pas ainsi. On peut citer l'exemple de la mise en demeure de l'article 1602 C.c.Q. qui exige que le créancier avertisse le débiteur lorsqu'il envisage de faire exécuter l'obligation par un tiers. La question est alors de savoir si, par une clause contraire dans le contrat, le créancier pourrait décider de se passer d'une telle exigence. Cette mesure protectrice de procédure, sans être toujours impérative⁷⁴¹, devrait être exigée par le juge et même considérée comme étant une manifestation de l'article 1375 C.c.Q.⁷⁴² D'ailleurs, même le nombre de jours offerts au débiteur doit être raisonnable conformément à l'article 1595 C.c.Q.⁷⁴³. De manière générale, le dispositif de protection de la partie vulnérable ne serait pas efficace si le juge ne veille pas à son respect en interdisant aux parties de les contourner aisément. De plus, il

⁷⁴⁰ Voir Maurice TANCELIN qui soutient que : « dans la mesure où l'ordre public réside dans les principes généraux du droit, il n'a aucune chance de se manifester si les juges ne se reconnaissent aucun pouvoir en l'absence d'une disposition prohibitive ou en présence d'une disposition permissive, considérée comme une manifestation tacite ou expresse de la volonté du législateur ». Voir *Les obligations en droit mixte du Québec, supra*, note 79, p.75.

⁷⁴¹ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Équité et sévérité dans la sanction d'une faute contractuelle », (1999) 78 *R. du B. Can.* 220, 226-228; « Les sanctions de l'exécution du contrat », dans Barreau du Québec, *La réforme du Code civil cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 95-121. Dans l'affaire *Quintas c. Gravel*, 1993 3582 (QC CA), il a été rappelé qu'un acheteur ne peut procéder aux travaux sans envoyer une mise en demeure préalable au vendeur afin de lui donner l'opportunité de réparer les dommages issus de l'existence d'un vice caché. Une position jurisprudentielle qui fait de l'envoi de la mise en demeure une condition d'ordre public.

⁷⁴² Voir Nathalie VÉZINA, « La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créancier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 455, 448.

⁷⁴³ Il prévoit que : « La demande extrajudiciaire par laquelle le créancier met son débiteur en demeure doit être faite par écrit. Elle doit accorder au débiteur un délai d'exécution suffisant, eu égard à la nature de l'obligation et aux circonstances; autrement, le débiteur peut toujours l'exécuter dans un délai raisonnable à compter de la demande ». Voir également *Lesseur c. Deslisle*, [2004] R.D.I. 230 (C.Q.), paragr. 97-102.

appartient aussi au législateur de mettre au préalable des balises. Tel n'a pourtant pas été le cas en matière de cautionnement.

L'inefficacité des règles supplétives : le cas particulier du contrat de cautionnement. Faut-il rappeler que le contrat de cautionnement est un contrat d'adhésion par excellence, surtout lorsqu'il met aux prises des profanes? Pour protéger la caution, il existe toute une panoplie de mesures prévues par le *Code civil du Québec*. Seulement, elle n'a aucun effet protecteur dans les faits. À sa guise, le créancier peut exiger à la caution qu'elle renonce aux bénéfices de discussion et de division⁷⁴⁴. Les dispositions portant sur ces aspects du contrat de cautionnement ne sont pas d'ordre public, mais alors que valent des dispositions protectrices si elles n'ont, en fin de compte, aucun impact véritable? Le contenu contractuel ne devrait-il pas être tel que les parties ne puissent pas les exclure? Le juge ne doit-il pas veiller dans certains cas à ce qu'il n'en soit pas ainsi? En tout état de cause, il arrive que le législateur lui donne des pouvoirs importants.

Le pouvoir de réduction du juge. L'article 1604 C.c.Q. reconnaît au juge un pouvoir de réduction des obligations lors de la résolution judiciaire du contrat. Sans viser directement la teneur du contrat, ce pouvoir peut avoir des effets sur la structure de la convention, dans la mesure où l'alinéa 3 de la même disposition prévoit l'éventualité d'une réduction proportionnelle des obligations des parties, notamment celles qui portent sur le prix. Cette disposition diminue d'autant plus les possibilités des parties qui ne peuvent prévoir une clause résolutoire à effet contraire. La faculté de réduction reconnue au juge peut être interprétée de diverses manières. On peut y voir le désir d'assurer la sécurité et la stabilité contractuelles à travers le maintien du contrat⁷⁴⁵. En revanche, elle peut être justifiée par la nécessité de protéger le contractant vulnérable contre des stipulations iniques imposées par son partenaire. Il n'y a pas nécessairement entre justice contractuelle et sécurité juridique une opposition de principe. La force obligatoire du contrat interdit en principe toute intervention extérieure au sein de la

⁷⁴⁴ Seul l'article 2355 C.c.Q. prévoit que la caution ne peut renoncer à son droit à l'information ou au bénéfice de subrogation. Pour ce qui est du cautionnement rattaché à l'exercice de fonctions particulières prévu à l'article 2363 C.c.Q., la fin de la fonction a pour effet de cristalliser le montant de la dette due à cette date. La Cour d'appel mentionne d'ailleurs qu'aucun avis n'a à être envoyé au créancier et la caution n'a même pas à prouver que le créancier a eu connaissance de la fin de ses fonctions. Pour réussir, la caution devra faire la preuve de la date à laquelle elle n'était plus en fonction et le lien existant entre le cautionnement et les fonctions alors exercées. Voir *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Éconogros" c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257, paragr. 40, 41 et 44.

⁷⁴⁵ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Les sanctions de l'exécution du contrat », dans Barreau du Québec, *La réforme du Code civil cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 106.

structure du contrat. Il arrive pourtant que le législateur permette au juge d'influencer le contenu contractuel. Cependant, cette incursion a été freinée puisqu'elle n'est pas allée jusqu'à la reconnaissance d'un véritable pouvoir de contrôle objectif du juge en matière de déséquilibre contractuel. L'étude de la clause abusive, de la théorie de l'imprévision et de la lésion est à ce titre tout à fait emblématique.

B La portée réduite du contrôle des clauses abusives sous l'emprise du volontarisme

La reconnaissance de la clause abusive. En 1994, de nouvelles dispositions ont été intégrées dans la *Code civil du Québec*, parmi lesquelles figure l'article 1437 C.c.Q. Ce dernier dispose à son alinéa 2 qu' :« est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ». Cet article est à la fois la traduction du désir du législateur de s'assurer d'un contenu contractuel plus juste, c'est-à-dire plus équilibré, et la codification d'un ensemble de décisions protectrices existant avant l'entrée en vigueur du Code en 1994. Pour le premier point, la logique abusive imprègne aussi d'autres dispositions du Code, notamment l'article 1474 C.c.Q. sur la clause exonératoire dans le cadre d'une faute lourde ou intentionnelle, l'article 1623 sur la clause pénale abusive, l'article 1733 C.c.Q. concernant la clause exonératoire dans l'hypothèse d'un vice caché ou encore l'article 2641 C.c.Q. sur la désignation des arbitres dans une convention d'arbitrage. Les juges, quant à eux, sanctionnaient déjà les clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité ayant pour effet de dénaturer le contrat et portant sur la prestation principale⁷⁴⁶. Il en était de même de la clause de non-concurrence dont les termes ou les modalités pouvaient s'avérer abusifs⁷⁴⁷. Les stipulations contractuelles pouvant être censurées par la jurisprudence n'étaient pas limitativement établies

⁷⁴⁶ Voir à cet effet, la Cour d'appel qui sanctionne le transporteur maritime dont l'une des clauses du contrat est jugée abusive parce qu'elle libérait le transporteur de son obligation de fournir le navire en bon état de navigabilité, *Western Assurance Co c. Desgagné*, [1973] C.A. 299. En matière de louage, la clause exonératoire au profit du locateur ayant pour effet de priver le locataire de la jouissance paisible du bien loué a été jugée abusive, *Equilease Ltée c. Bouffard*, [1979] C.S. 191.

⁷⁴⁷ Une clause de non-concurrence d'une durée de 10 ans a été jugée abusive, *2865-9944 Québec Inc. c. Papadopoulos*, J.E. 94-1259, (C.S.), paragr. 88-91; Dans le contrat de franchise, la partie en position de vulnérabilité peut être le franchiseur, surtout en cas de rupture de la convention. La clause de non-concurrence sert alors à empêcher qu'un ex-franchisé ne fasse concurrence aussi bien à son ancien franchiseur qu'aux autres franchisés. Voir *Joe Loue Tout Inc. c. Jubinville*, J.E. 96-1588 (C.S.), p. 16 du texte intégral.

par les tribunaux eux-mêmes. La codification de la clause abusive est l'aboutissement d'une logique de protection déjà amorcée et ayant permis l'élargissement de celle-ci, du moins, jusqu'à un certain point. D'ailleurs, elle est venue instaurer une controverse sur la portée du contrôle de la clause abusive.

Une interprétation controversée de la clause abusive. Telles qu'elles sont rédigées, on peut croire que les dispositions du *Code civil du Québec* sur la clause abusive font l'unanimité quant à la rupture avec la force obligatoire qui l'a sous-tendue, son interprétation et sa portée. Il n'en est rien. En effet, une partie de la doctrine civiliste québécoise soutient qu'il faut réduire son domaine d'application aux clauses périphériques du contrat⁷⁴⁸. Sans prétendre prendre position, ce qui importe dans le cadre de notre étude, est de signaler que derrière des opinions qui se veulent purement de droit positif ou d'apparence mineures, se terre un débat d'idées tout à fait significatif⁷⁴⁹. À partir des arguments des tenants d'une conception restrictive de la clause abusive, on peut émettre l'hypothèse qu'ils traduisent au fond une conception volontariste de la notion de clause abusive⁷⁵⁰. Plusieurs raisons autorisent une telle conclusion : la tendance à réduire les critères d'appréciation au moment de la formation du contrat, la restriction de l'étendue de la clause abusive, la limitation à certaines catégories de contrats et le recours à la bonne foi comme critère supplémentaire d'appréciation du caractère abusif d'une stipulation contractuelle. Autant d'éléments utilisés afin de rétrécir le plus possible le champ de la clause abusive, et donc, du contrôle objectif de l'équilibre contractuel.

La vision restrictive de la clause abusive ou le lien entre clause abusive et théorie de la lésion.

Rien ne permet, *a priori*, lorsqu'on lit les termes de l'article 1437 C.c.Q., de conclure que seules certaines clauses contractuelles sont concernées. C'est pourtant ce que soutient une partie de la doctrine qui estime que la sanction de la clause abusive doit se limiter aux clauses périphériques.

⁷⁴⁸ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°1819, p. 1012 -1013; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations, supra*, note 79, n°239, p. 425. Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 224.

⁷⁴⁹ Cette recherche du sens profond des débats doctrinaux et controverses jurisprudentielles est encore plus légitime lorsque les auteurs prennent position sans donner d'amples explications, estimant que le lecteur suivra aisément sa position et ses explications. Pourtant, leur portée idéologique est encore moins manifeste.

⁷⁵⁰ Telle est notre conclusion, à laquelle ne se reconnaîtront peut-être pas les juristes auxquels nous allons l'associer. Mais il s'agit d'une opinion qui n'engage que nous et qui découle de notre analyse des positions des uns et des autres sur cette question. Il est donc tout à fait possible d'en arriver à une déduction tout à fait différente. Par ailleurs, l'analyse d'un même auteur sur un point précis peut se rapprocher d'une doctrine et s'en éloigner sur une autre question, de sorte qu'il faut éviter de tomber dans la tentation d'enfermer les auteurs dans des doctrines trop rigides.

Elle ne saurait porter sur les obligations principales, spécialement lorsque celles-ci portent sur le prix⁷⁵¹. Plus clairement, une distinction doit être nettement faite entre la lésion et la clause abusive. La première appartiendrait au domaine des vices du consentement et devrait y être restreinte, alors que la clause abusive fait partie du contenu du contrat et restreint l'intensité de sa force obligatoire. L'argument le plus important parmi les adeptes d'une interprétation restrictive de la clause abusive provient d'une logique purement positiviste : elle consiste à tirer des conséquences de l'article 1405 C.c.Q. qui consacre le caractère exceptionnel de la lésion. En effet, la lésion est un vice de consentement dans le sens du *Code civil du Québec*. Il n'est pas question de tenter d'arriver, au moyen de la clause abusive, aux mêmes résultats que celui qui résulte de la sanction de la lésion. Ce qui, de manière oblique, permettrait au juge d'effectuer le contrôle de la lésion. L'idée étant alors qu'on ne saurait faire indirectement ce qui est en principe interdit directement. Un tel élargissement de la clause abusive aurait pour effet de vider l'article 1405 C.c.Q. de son contenu et de sa pertinence. Malgré que l'article 1437 C.c.Q. n'en dise rien explicitement, le législateur ne peut avoir voulu quelque chose et son contraire. Par ailleurs, si la clause abusive ne concerne que des clauses précises, la lésion quant à elle, porte sur l'ensemble contractuel et concourt à l'équilibre global du contrat. Si tel est le cas, « on ne peut pas confondre tout désavantage qu'implique une clause avec une disproportion entre les prestations »⁷⁵². La complémentarité entre les moyens de protection ne doit pas interdire la différenciation, tant dans leur contenu que dans leurs effets. La conclusion plus générale que d'aucuns en tirent est drastique :

L'article 1437 ne doit viser, en principe, que les clauses périphériques aux prestations réciproques des parties excluant ainsi toute remise en question de l'objet même du contrat ou encore de l'équilibre économique des prestations, de la globalité du contrat. Un contrat est lésionnaire. Une clause est abusive. L'origine de la lésion et son utilité l'exigent⁷⁵³.

⁷⁵¹ Voir Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations, supra*, note 79, n°239, p. 425. Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 224; Louis PERRET, « Une philosophie nouvelle des droits des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 562; Zoubeir MRABET, « Les comportements opportunistes du franchiseur : étude du droit civil et droit international uniforme », (2007) 41 *R.J.T.* 445.

⁷⁵² Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°1819, p. 1012.

⁷⁵³ *Ibid.*, n°1819, p. 1012-1013. Les italiques sont des auteurs. Voir Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations, supra*, note 79, n°239, p. 425. Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 224; Louis PERRET, « Une philosophie nouvelle des droits des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 562; Zoubeir MRABET, « Les comportements opportunistes du franchiseur : étude du droit civil et droit international uniforme », *supra*, note 751, 445. En France, dans le même sens, voir François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013, n°324, p. 365. Notons qu'en France, la situation est un peu plus claire quant à la possibilité de confondre la lésion et la clause abusive. En effet, l'article 5 du Code de consommation, à son alinéa 7, prévoit à propos de l'interprétation d'une clause abusive,

Une position qui doit être mise en perspective avec l'approche du contrat qui la sous-tend.

Une approche volontariste de la clause abusive. On ne peut s'empêcher de croire qu'une telle restriction « risque de conduire à un résultat déraisonnable, sinon absurde »⁷⁵⁴. La position des auteurs renvoie aussi à des arguments historiques. Dans la mesure où l'avant-projet mentionnait à la fois la lésion entre personnes physiques majeures et la clause abusive, on pouvait croire que les deux notions seraient sanctionnées. Or, des recommandations du projet de l'ORCC, il ne reste plus que le caractère exceptionnel de la lésion. Pourtant, le législateur a conservé la clause abusive. Les auteurs en concluent qu'il faut tirer des conséquences de cet état de fait. Il est vrai que ce motif historique vaut ce qu'il vaut, car on pourrait rétorquer aisément qu'entre l'avant-projet et la loi votée au final, il y a eu de nombreuses modifications, de telle sorte l'ensemble a perdu un peu de sa cohérence⁷⁵⁵. En outre, pour les tenants de cette approche restrictive, la position des tribunaux n'est pas édifiante à cet égard⁷⁵⁶. Certains suggèrent de faire tout de même la distinction entre une clause isolée qui, bien qu'étant en lien avec le prix, pourrait être abusive, et celle qui a un impact sur l'ensemble contractuel, celle-ci devant alors relever de la lésion⁷⁵⁷. Ce qui aurait pour effet de ne pas trop diminuer l'importance de la clause abusive. Quoi qu'il en soit,

que : « l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ». Si on peut déplorer cette limitation étant entendue qu'il n'y a pas de raison *a priori* de penser que de telles clauses ne puissent pas être abusives, il est en revanche évident que cela évite tout débat sur le rapprochement avec la lésion. Conclure à la restriction du domaine des clauses abusives aux dispositions contractuelles périphériques est cohérent en droit français, mais ne l'est pas forcément en droit québécois.

⁷⁵⁴ Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, n°141, p. 133.

⁷⁵⁵ Du moins, il est clair qu'on ne peut y tirer une quelconque conclusion. Voir Adrian POPOVICI, « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », dans Philippe Hénaut et Loretta Colton (dir.), *Conférence Meredith—Le franchisage*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 151. Rappelons que l'Office de révision du Code civil a travaillé sur le projet pendant près de 10 ans entre 1960 et 1970. Elle proposait, entre autres, d'inclure la lésion, l'imprévision et la clause abusive dans le Code civil. Voir Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil*, vol.2, *Commentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 561-564; Paul-André CRÉPEAU, « La réforme du Code civil du Québec », (1979) *R.I.D.comp.* 269.

⁷⁵⁶ Sans faire la distinction entre les clauses, mais en faisant souvent ressortir la distinction nécessaire avec la lésion, voir *Harvey c. Eid*, B.E. 2005-BE-1141 (C.Q.), paragr. 39-44. Dans cette affaire, bien que les parties invoquent le caractère abusif d'une clause, le tribunal conclut qu'il s'agit en fait de la lésion pour refuser le contrôle. Les faits de la décision ne sont pourtant pas édifiants, car le tribunal ne s'y arrête pas et ne procède pas non plus à la qualification du contrat. Aussi *Riendeau c. Compagnie de la Baie d'Hudson*, J.E. 2000-641 (C.A.), paragr. 85 et s. et paragr. 59 et s. En l'espèce, il s'agit d'un recours collectif reposant sur le caractère abusif des taux d'intérêts pratiqués par les cartes La Baie. Il est clair que le taux d'intérêts est une clause majeure dans un tel contrat. Toutefois, la demanderesse ne parvient pas à apporter la preuve de son caractère abusif; *Option consommateurs c. Service aux marchands détaillants Ltée (Household Finance)*, [2003] R.J.Q. 1603 (C.S.) para 144-165 conf. J.E. 2006-2099 (C.A.). Cette affaire portée en appel et confirmée concerne les frais de retard de paiement d'un crédit pour achat de meubles jugés abusifs. Bien qu'accessoire au remboursement et concernant le caractère abusif d'une clause pénale, elle a tout de même des impacts sur le plan financier. Voir aussi *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.) *paxim*.

⁷⁵⁷ Voir Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, p. 1017.

restreindre la portée de la clause abusive aux clauses accessoires et à des clauses isolées ne peut avoir que des effets néfastes sur le besoin de protection de la partie vulnérable. Mais en dessous de ces arguments de pur droit positif, se terre une approche du contrat qui ne se laisse pas aisément saisir : c'est celle de la sauvegarde de la force obligatoire des contrats découlant de l'idéalisme volontariste⁷⁵⁸. Dans cette perspective, la sanction de la clause abusive tend à être limitée. Bien que la reconnaissance de la vulnérabilité du contractant soit un fait, il n'en reste pas moins que les fondements sur lesquels cette doctrine repose ne doivent pas pour autant être ébranlés. La présomption d'équivalence des prestations ne doit pas être complètement remise en cause. Il en résulte forcément un contrôle réduit du contenu contractuel. En réalité, si le contrôle de la teneur matérielle du contrat doit être admis, il doit être soumis au principe de départ qui est et reste la force obligatoire, même en présence de contrat d'adhésion. Tel est le maximum que peut offrir un volontarisme individualiste réformé. D'ailleurs, la présentation des principes devant gouverner le droit des contrats dans nombre d'ouvrages ne trompe pas⁷⁵⁹. La barrière de la présomption d'équivalence posée d'entrée de jeu explique la réduction de la sphère de la clause abusive aux clauses périphériques, le contenu principal est alors fictivement considéré comme étant équilibré, qu'il le soit ou non dans les faits. Le même constat ressort de l'analyse des critères de la clause abusive.

Les critères d'appréciation restreints de la clause abusive (clause abusive et imprévision). La limitation de la clause abusive aux clauses accessoires du contrat touche à la nature de la clause et l'étendue de celle-ci dans la structure du contrat⁷⁶⁰. Il y a en outre une autre notion avec laquelle la clause abusive présente des liens, il s'agit de l'imprévision. À ce niveau, la question est

⁷⁵⁸ Voir à ce propos la remarque de Marie Annick GRÉGOIRE, « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité », dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore (dir.), *L'équité au service du consommateur*, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 19-43.

⁷⁵⁹ Le droit des obligations reposerait sur trois principes qui sont autant de valeurs fondamentales : la liberté contractuelle, l'ordre public et la bonne foi et l'équité. Il ne faut pas forcément voir dans ces valeurs un rapport d'opposition, elles peuvent être envisagées à l'intérieur même d'un seul et même mode de pensée du contrat. Voir Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, p. 132.

⁷⁶⁰ Il peut arriver que les notions de clause abusive et d'abus de droit recouvrent les mêmes réalités. Or, s'il est clair que la première porte sur les caractéristiques de la clause, la deuxième porte sur les conditions de mise en œuvre d'un droit par ailleurs légitime. Même si une même clause peut être abusive et faire l'objet d'un exercice de surcroît abusif. Cela étant, dans la mesure où les deux notions sont présentes en droit québécois, il ne devait pas y avoir de contradiction. Pourtant, les juges confondent quelques fois les deux. Voir *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, [1997] R.J.Q. 1832, p. 10-30 du texte intégral. Dans cette affaire, le tribunal se penche aussi bien sur le caractère abusif d'une clause de modification unilatérale d'un contrat universitaire que de l'abus de droit qui pourrait résulter de son exercice. Si la réponse à la première préoccupation avait été positive, la seconde aurait été inutile.

alors de savoir à quelle phase contractuelle l'appréciation du caractère abusif de la clause doit être faite. Il faudrait commencer par préciser les deux approches possibles : objective ou subjective. Dans le premier cas, la clause est considérée comme étant abusive *in se*, c'est-à-dire de manière intrinsèque et est appréhendée au stade de la formation. C'est à ce moment que l'un des contractants y a inséré une clause, aussi les termes mêmes sont déraisonnables et excessifs en eux-mêmes. La simple lecture de ces dispositions permet au juge de conclure à leur caractère abusif. Pourtant, les circonstances de la mise en œuvre de la clause abusive ne sont pas toujours indifférentes à leur qualification. On dit dans ce cas que la clause est abusive *in concreto*, c'est-à-dire à l'épreuve des faits. Le juge doit tenir compte des conditions d'application de celle-ci et des effets qui en résultent pour conclure ou non à l'existence de la clause abusive. Dans cette hypothèse, bien que ce ne soit pas systématique, la sanction de la clause abusive pourrait alors s'appliquer dans des situations qui se rapprochent de l'imprévision. Pour des raisons similaires à celles évoquées dans le cadre de la distinction avec la lésion, il n'est pas question que l'interprétation de la clause abusive arrive au même résultat que l'imprévision. Seules devraient en principe compter les clauses intrinsèquement abusives. Cette position peut être rapprochée d'une conception volontariste du contrat qui ne peut intégrer un tel développement des techniques de protection du contractant vulnérable. Elles ne peuvent l'être que si l'on abandonne cette vision du contrat, ce que craignent ses partisans.

La crainte d'une reconnaissance indirecte de la lésion ou de l'imprévision. On retrouve aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine la crainte d'une reconnaissance indirecte de la lésion ou de l'imprévision. Pour ce qui est de la doctrine, c'est la logique même des moyens de protection qui est rejetée. En effet, il y a une cohérence entre les moyens de contrôle objectif du contenu du contrat, de sorte que le rejet de l'un ne peut qu'entraîner le rétrécissement de l'efficacité de l'autre, même si cette dernière forme de contrôle est la seule à être reconnue par le législateur. Il existe en fait une complémentarité réelle entre les mécanismes de protection, notamment entre la lésion et la clause abusive ou cette dernière et la théorie de l'imprévision⁷⁶¹.

⁷⁶¹ Voir les explications de Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°1851, p. 1030. C'est dans ce sens que le projet de réforme du Code civil prévoyait également la reconnaissance de l'imprévision en énonçant que : « La survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat plus onéreuse ne libère pas le débiteur de son obligation. 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 ». Voir Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil*, vol.1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978, livre V, art. 75.

C'est également la même inquiétude qui pourrait expliquer le choix du juge dans certaines décisions, de limiter l'appréciation du caractère abusif d'une clause au moment de la formation. En fait, une telle posture ne s'explique pas par le caractère inopportun de ce type de contrôle, ni même parce que les juges ne sont pas conscients de son efficacité, mais plus prosaïquement parce qu'ils craignent d'en arriver ainsi à l'impression d'admettre le principe de l'imprévision⁷⁶². Autrement dit, si le juge n'estime pas que la protection accordée équivaille à l'imprévision, il serait peut-être plus enclin à admettre le contrôle de la clause. Un contrôle qui peut aussi bien se faire au moment de la formation qu'à celui de l'exécution, en tenant également compte des effets qui en résultent⁷⁶³. Voilà qui produit un effet pervers dans le contrôle du déséquilibre contractuel et qui se traduit par le domaine d'application réduit de la clause abusive.

Le domaine d'application réduit de la clause abusive. Les dispositions du *Code civil du Québec* limitent le contrôle des clauses abusives aux contrats d'adhésion et de consommation. Un choix qui peut se comprendre dans la mesure où les contrats visés sont parmi les plus déséquilibrés. Les adhérents ou les consommateurs n'ont pas la possibilité de négocier le contenu, les probabilités pour que l'on retrouve des clauses abusives dans leurs contrats sont grandes. Pourtant, si on considère uniquement la vocation de la notion de clauses abusives, une telle limitation paraît moins bien justifiée. Rien en principe n'autorise à croire qu'elles ne soient pas présentes au sein des conventions qui n'entrent pas dans les deux catégories ci-dessus mentionnées⁷⁶⁴.

⁷⁶² Ce qui ressort manifestement des réserves exprimées par le juge Baudouin dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Kabakian Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.) que nous avons citée plus haut, où il note que « revoir le contrat au moment de son exécution et réduire l'obligation du parrain en tenant compte de sa capacité à payer me paraît alors n'être rien d'autre qu'une révision de la convention par le juge pour imprévision, notion qui n'est pas acceptée dans notre droit comme principe général » (paragr. 60). Notons que le lien opéré dans cette affaire par le juge peut être discuté et permet de saisir l'incohérence entre les différentes règles protectrices.

⁷⁶³ D'ailleurs, dans nombre d'autres décisions, l'appréciation de la clause abusive a été faite lors de sa mise en œuvre ou de son application. Voir à cet effet, *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe Inc.*, J.E. 94-1295 (C.S.); *Audet c. Jetté*, J.E. 98-2097 (C.S.); *Massé c. 3311066 Canada Inc.*, B.E. 2004BE-972 (C.S.); *Gaillardet c. Microtec Inc.*, J.E. 95-792 (C.Q.); *Gosselin c. Service de voyages Yves Bordeleau Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.); *J.L. c. Coopérative de l'Ébène*, [2005] R.J.Q. 267 (C.Q.).

⁷⁶⁴ Voir Jacques GHESTIN, « Rapport introductif », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998, p. 3; La clause abusive doit être considérée comme celle qui résulte de l'octroi d'un avantage excessif par le rédacteur du contrat à une partie. Elle doit de ce fait viser « celui qui pourrait avoir besoin de protection contre les clauses abusives et non celui qui insère de telles clauses dans ses contrats » (p. 4). En droit commun des contrats, la protection des professionnels contre les clauses abusives résulterait à la fois de l'exigence de loyauté que de la recherche plus objective d'un équilibre contractuel minimal. Voir la contribution de Denis MAZEAUD, « La protection par le droit commun », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998, p. 33- 54. Cette protection s'intègre dans le cadre plus large de la progression de l'unilatéralisme dans le contrat. Voir Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *supra*, note 123. La protection peut aussi résulter de la nature de la relation entre les parties. Certes, l'une d'elle peut être un professionnel rompu aux affaires, mais le climat de confiance instauré avec un partenaire de

L'article 1437 C.c.Q. détermine le domaine d'application des clauses abusives dans son alinéa premier, mais la définition même de la clause abusive du second alinéa vise un type de contrat en particulier⁷⁶⁵. Que l'on ait eu ou non la possibilité de négocier son contrat ne permet pas d'exclure d'emblée la possibilité que celui-ci contienne des clauses qui pourraient être abusives dans le sens de l'article du *Code civil du Québec*. Cette limitation crée deux poids, deux mesures en termes de protection du contractant vulnérable⁷⁶⁶. Si l'on exclut l'alinéa premier de l'article 1437 C.c.Q. pour ne porter son attention que sur la définition de la clause abusive, la protection due au contractant est la conséquence de l'existence dans la structure du contrat d'une clause créant un désavantage excessif. Ce qui peut se retrouver dans tout contrat, indépendamment de sa nature. Il n'y a aucune raison valable de restreindre la portée de cette protection aux seuls contrats d'adhésion ou de consommation si ce n'est le désir de maintenir la protection offerte dans un cadre restreint. Le résultat est pour le moins restrictif, en admettant que l'objectif poursuivi dans le cadre de la clause abusive soit bien la lutte contre le déséquilibre contractuel. Toute chose qui n'est pas sans produire des effets pervers.

Les effets pervers du critère de la nature du contrat. Qu'une clause puisse être qualifiée d'abusives ne résulte pas de la nature du contrat dans lequel elle est insérée. Elle l'est essentiellement parce qu'elle répond aux critères énoncés dans la définition retenue, de sorte que la qualification d'un contrat est indifférente de la nature de ses clauses. Pourtant, dans la jurisprudence, lorsqu'un contrat ne passe pas le test de la qualification de sa nature, la clause litigieuse a beau jeu être intrinsèquement abusive, le contractant victime ne bénéficie pas de la

longue date peut justifier que certaines vérifications ne soient forcément faites et oblige l'autre à lui divulguer les renseignements à sa possession. Voir *Soft Informatique inc. c. Gestion Gérald Bluteau inc.*, 2014 QCCA 2330 (CanLII), paragr. 63-69.

⁷⁶⁵ Rappelons les dispositions de cet article : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ».

⁷⁶⁶ On pourrait arguer que celui qui a signé son contrat sans en négocier les termes et qu'il s'avère par la suite abusif doit en subir les conséquences. Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, p. 1010-1018. C'est ignorer la réalité selon laquelle une clause s'avère abusive à l'épreuve des faits, sous l'influence des circonstances ou en fonction de leur mise en œuvre. Et quand bien même il s'agirait de clause abusive *in se*, il ne suffit pas de dire que le contractant doit répondre des conséquences de sa négligence, car alors c'est permettre à son cocontractant de tirer profit d'une situation qui est pourtant déraisonnable et excessive. Ce qui traduit en fait une approche individualiste des intérêts entre les parties.

protection⁷⁶⁷. Ce qui appert pour le moins contre-productif et injuste, si l'on garde à l'esprit l'objectif profond d'un tel contrôle. La protection de la partie vulnérable n'a pas toujours à être liée à la nature du contrat en cause, du moins, ne devrait-elle pas⁷⁶⁸. Les contrats d'adhésion ou de consommation servent certes à stigmatiser les situations déséquilibrées, mais ils constituent surtout l'archétype de la protection du contractant, c'est-à-dire le modèle qui devrait inspirer ladite protection dans le cadre de toutes les autres relations contractuelles déséquilibrées. Conscients des injustices qui découlent de la soumission du contrôle de la clause abusive à la nature du contrat, quelques auteurs proposent d'adopter une approche très souple dans l'appréciation des critères de qualification du contrat⁷⁶⁹. Cette technique d'appréciation globale du contrat que semble avoir retenue une partie de la jurisprudence aboutirait alors à une plus grande protection du contractant vulnérable. Cette solution s'apparente à un bon compromis, faute de mieux. Il n'en reste pas moins que la véritable question est ailleurs et elle réside dans le modèle que constitue le contrat de gré à gré. La restriction de l'article 1437 C.c.Q. repose sur le postulat selon lequel le contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré. À partir de là, le législateur présuppose que le contrat est équilibré. Dans les faits, tel n'est malheureusement pas toujours le cas. La clause de non-concurrence en est un bon exemple.

L'impact négatif de l'article 1437 : L'exemple de la clause de non-concurrence. Outre les difficultés issues du régime général de l'article 1437 C.c.Q., pour saisir la régression qui en résulte en termes de protection du contractant désavantagé, il convient de jeter un coup d'œil sur le régime de certaines clauses contractuelles ou sur la jurisprudence développée avant 1994 pour constater qu'elle sanctionnait les clauses déraisonnables même en dehors du contrat d'adhésion. L'évolution qu'a connue le sort de la clause de non-concurrence est caractéristique de la régression advenue avec l'article 1437 C.c.Q. En matière de clause de non-concurrence, avant l'entrée en vigueur du Code en 1994, les juges s'étaient déjà reconnus le pouvoir d'en contrôler

⁷⁶⁷ Une clause abusive appréciée au moment de la formation du contrat peut ne pas sembler abusive, et ce, d'autant plus qu'il ne s'agit pas d'un contrat d'adhésion, voir *Société en commandite gaz Métropolitain c. Banque Scotia*, [2003] R.J.Q. 981 (C.Q.), paragr. 38-35; *McMahon, distributeur pharmaceutique inc. c. Ouimet*, J.E. 2002-602 (C.S.), paragr. 23-24; *Valeurs mobilières Banque Laurentienne inc. c. Coutu*, 2004 QCCS 28050 (CanLII), paragr. 66-69; *9069-7384 Québec inc. c. Superclub Vidéotron Ltée*, 2004 QCCS 32216 (CanLII), paragr. 101-105; *Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la source inc.*, [2006] R.J.Q. 3118 (C.A.), paragr. 22-30; *Beauchemin c. C. Corp. Inc.*, J.E. 2007-2150 (C.S.), paragr. 93-96.

⁷⁶⁸ Voir Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, supra, note 9, p. 619.

⁷⁶⁹ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, supra, note 34, n°146, p. 237-238.

le caractère abusif sans tenir compte de la catégorie de contrat concernée. Aujourd'hui, la clause de non-concurrence dans le cadre des contrats de travail est prévue à l'article 2089 du C.c.Q. Or, si on s'en tient à la nouvelle disposition de l'article 1437 C.c.Q., qui restreint ces pouvoirs à une forme précise de contrat, le niveau de protection a diminué. Partant, pour continuer d'en assurer le contrôle, mais en dehors des contrats d'adhésion ou de consommation, il faudrait se référer à la jurisprudence développée avant 1994, notamment en matière de clause de non-concurrence⁷⁷⁰. Tel était le cas en matière de contrat de travail, de vente de fonds de commerce, de contrat de société ou de tout contrat qui pourrait comporter une telle clause sans être pour autant d'adhésion ou de consommation. Il en va de même des clauses de limitation de responsabilité en matière de transport qui, avant l'entrée en vigueur du Code de 1994, bénéficiait déjà de la surveillance des tribunaux⁷⁷¹. Pareil en matière de louage, lorsqu'une clause avait pour effet de faire perdre au locataire son droit de jouissance du bien loué, dénaturant le contrat, fut-il d'adhésion ou pas⁷⁷². Signalons que seul le domaine d'application de la clause pénale abusive prévue à l'article 1623 C.c.Q. n'a pas été restreint dans le Code civil en 1994⁷⁷³. Cependant, dans ce contexte, les choix du législateur laissent croire que la généralisation du contrôle de la clause abusive reste inconcevable.

L'inconcevable généralisation du contrôle de la clause abusive. Qu'est-ce qui justifie que le contrôle objectif de l'équilibre des prestations qui sous-tend l'existence des clauses abusives ne puisse pas servir de modèle à la généralisation de cette forme de contrôle? Le postulat de l'équilibre des prestations ne s'applique pas dans le cadre des clauses spécifiques suscitées.

⁷⁷⁰ Voir 2865-9944 *Québec Inc. c. Papadopoulos*, J.E. 94-1259 (C.S.); 3102-2734 *Québec Inc. c. Restaurant Casa Kosta Inc.*, J.E. 94-1397 (C.S.); *D. Paquette et Fils Rembourrage Ltée c. Jolicoeur*, J.E. 96-694 (C.A.); *Joe Loue Tout Inc. c. Jubinville*, J.E. 96-1588 (C.S.).

⁷⁷¹ Les tribunaux ont refusé de permettre à une compagnie d'assurance de bénéficier d'une clause de non responsabilité contenue dans un document liant le transporteur et l'expéditeur. Voir *Western Assurances Co. c. Desgagné*, [1973] C.A. 289, 290-292.

⁷⁷² Voir *Équilease Ltée c. Bouffard*, [1979] C.S. 191 *paxim*. Il arrive que le déséquilibre ne soit pas totalement indifférent. Dans *Payette c. Guay*, [2013] 3 R.C.S. 95, 96. La Cour suprême rappelle que l'appréciation de la clause de non-concurrence ne peut être identiquement appréciée dans un contrat de vente d'actifs assorti d'un contrat de travail et dans un simple contrat de travail. Si le second est habituellement déséquilibré, il n'en est rien pour le premier, du moins, ne doit-on pas présumer l'existence d'un déséquilibre en matière commerciale. Dans ce dernier cas, l'article 2095 C.c.Q. ne s'applique pas. Ainsi, dans « un contexte commercial, une clause restrictive est légale à moins que l'on puisse établir, par une preuve prépondérante, qu'elle est déraisonnable quant à sa portée compte tenu du contexte dans lequel elle a été négociée. Un engagement de non-concurrence sera raisonnable et légal à la condition d'être limité, quant à sa durée, à son territoire et aux activités qu'il vise, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de la partie en faveur de laquelle il a été pris » (97).

⁷⁷³ À cet égard, ne faut-il pas déduire que la clause pénale relève d'une autre vision de la protection du contractant faible? C'est ce que nous verrons dans la deuxième partie de ce travail.

Pourquoi n'en serait-il pas de même pour toutes les dispositions qui pourraient être déraisonnables même en dehors des contrats qualifiés d'adhésion ou de consommation? Il ne suffit pas de postuler que dans certains contrats, il est juste d'appliquer le principe de l'autonomie de la volonté pour que les injustices objectives qui y sont présentes disparaissent⁷⁷⁴. En outre, admettre que les mécanismes de contrôle du droit commun sont insuffisants⁷⁷⁵, et que la bonne foi⁷⁷⁶ ne saurait adéquatement jouer un tel rôle implique qu'il n'y a aucune raison de faire intervenir la clause abusive à une catégorie de contrats et pas à d'autres. L'idée du contrôle des clauses abusives entre professionnels n'est pas inconcevable, mais elle ne peut être convenablement légitimée dans un cadre dominé par les postulats plus ou moins affirmés du dogme de l'autonomie de la volonté. Par conséquent, on se retrouve avec une protection du contractant confuse et à la pièce, sans logique d'ensemble, de sorte qu'il faudrait faire appel à d'anciennes décisions pour ne pas diminuer la protection de la partie vulnérable. La portée de celle-ci est encore moindre lorsqu'aux critères objectifs de qualification de la clause se greffe celui de la bonne foi.

La bonne foi comme critère supplémentaire d'appréciation des clauses abusives. Bien que la bonne foi constitue le principe général le plus important en droit québécois des contrats, on peut tout de même se demander s'il est opportun de la considérer comme une condition supplémentaire intervenant dans la mise en œuvre de l'article 1437 C.c.Q. L'ajout de la mention « allant ainsi à l'encontre de la bonne foi » y est-il à titre indicatif ou s'agit-il d'un critère additionnel dont le juge doit contrôler l'existence avant de conclure à la nature abusive d'une stipulation? La réponse à la question n'est pas sans conséquence, car elle pourrait alourdir les conditions du contrôle et réduire par conséquent la portée de la clause abusive. Dans la doctrine, quelques auteurs soutiennent que le contrôle du comportement du contractant fort joue un rôle

⁷⁷⁴ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°1831, p. 1018. Les auteurs consentent bien à l'idée que « certes, tout contrat-même négociable-est susceptible de contenir des clauses au contenu déraisonnable ou injuste pour l'un des contractants ». Mais il n'en tire aucune autre conséquence que le fait que « dans la mesure où chaque contractant avait la possibilité réelle de s'opposer à pareille stipulation, on peut comprendre que la règle de l'autonomie de la volonté ne subisse nulle altération ».

⁷⁷⁵ Elles ne visent que quelques clauses de non-responsabilité. À cela, il convient d'ajouter les règles spécifiques de contrôle dans certains contrats nommés, notamment le contrat de louage résidentiel (art. 1901 C.c.Q.), le contrat de travail (art. 2089 C.c.Q.) ou la clause de limitation en matière de vice caché dans la vente (art.1733 C.c.Q.) ou la clause permettant à une partie de nommer un arbitre (art. 2641 C.c.Q.).

⁷⁷⁶ Dans la mesure où le contrôle de la clause abusive peut s'opérer de manière objective, la bonne foi ne constitue pas l'instrument approprié pour en apprécier la portée, sa vocation étant essentiellement de sanctionner une faute.

dans la clause abusive, du moins, il devrait en être ainsi puisqu'elle est mentionnée dans le texte⁷⁷⁷. Dans la même optique, nombre de décisions exigent que le contractant ayant imposé à l'autre une clause de ce type ait en outre violé la bonne foi. Une telle exigence a pour effet direct de faire de la clause abusive un principe supplémentaire de contrôle du comportement, et donc ajouter à l'existence de la clause, la sanction du comportement fautif. Le rôle donné à la bonne foi en matière de clause abusive se justifie non seulement parce qu'elle est mentionnée dans l'article 1437 C.c.Q., mais également parce qu'il s'agit du principe général des contrats dans le Code (6,7, 1375 C.c.Q.). Rien n'interdit de penser que la clause est abusive parce que l'une des parties n'a pas respecté l'exigence de bonne foi⁷⁷⁸. Il existe quelques décisions des tribunaux ayant fait appel à la bonne foi comme critère d'appréciation du caractère raisonnable ou excessif d'une clause contractuelle⁷⁷⁹. Habituellement, le juge se contente d'en rappeler l'existence sans plus⁷⁸⁰. La jurisprudence ne semble pas faire de la bonne foi une condition supplémentaire et distincte de la clause abusive prévue à l'article 1437 C.c.Q. Il arrive pourtant qu'elle lui reconnaisse un véritable rôle⁷⁸¹. Dans ces conditions, la seule existence d'une clause déraisonnable et excessive dans la structure d'un contrat ne suffit pas en elle-même, il faut encore examiner la conduite de la partie qui a introduit ou mis en œuvre cette stipulation. Ce qui ne simplifie pas la tâche à celui qui invoque l'article 1437, car il se voit alors dans l'obligation de prouver non seulement sur le plan objectif le caractère abusif de la clause, mais également, d'établir un élément subjectif, la violation de la bonne foi. En outre, lorsqu'on fait référence à la bonne foi de l'article 1437 C.c.Q., il semble qu'il s'agisse d'une bonne foi « objective » qui exige du contractant qui prépare et rédige le contrat, de ne pas profiter de sa position de force pour y inclure des stipulations trop

⁷⁷⁷ Voir Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion, de son émergence à sa reconnaissance*, supra, note 2, p. 85.

⁷⁷⁸ On notera toutefois que la bonne foi n'est pas aussi féconde qu'on pourrait le croire. Si ce principe favorise à bien des égards la protection du contractant, il n'est pas incohérent qu'elle ne puisse pas servir de base à l'admission de la théorie de l'imprévision ou permettre d'assurer le contrôle du contractant qui refuse obstinément de renégocier le contrat. Une position qui n'est pas forcément illogique, puisqu'à la base, on ne reconnaît pas à son encontre l'existence d'une obligation de renégociation, qu'on ne voudrait pas non plus faire découler de la bonne foi.

⁷⁷⁹ Est de mauvaise foi, le stipulant qui insère une clause à l'endos et la dissimule à l'adhérent dans un contrat de location. Voir *Location du cuivre Ltée c. Construction Cardel Inc.*, J.E. 95-492 (C.Q.) *paxim*; *Levesque c. Groupe Investors*, J.E. 96-645, (C.Q.p.c.).

⁷⁸⁰ Voir *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058, (C.S.); Une clause portant sur l'obligation d'être à l'emploi aux conditions déterminées uniquement et arbitrairement par l'employeur a été déclarée abusive. Voir *Blais c. I.T.T. Canada Finance Inc.*, J.E. 95-772, (C.S.), p. 5 du texte intégral; *Demers c. Caisse populaire de Gentilly*, J.E. 95-2147, (C.S.), p. 8 du texte intégral; Ne peut être de bonne foi le prêteur qui, dans un contrat de crédit-bail, rend inopposable au locateur le dol du fournisseur ou de ses mandataires. Voir *Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc.*, J.E. 95-1356, (C.Q.), p. 15 du texte intégral; Pour que le juge intervienne sous 1437 C.c.Q., il faudrait que la clause portant sur les intérêts soit établie de manière à violer la bonne foi. Voir *Crédit Trans-Canada Ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.) *paxim*.

⁷⁸¹ Voir *Procureur général du Québec c. Kabakian Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.).

désavantageuses pour l'adhérent⁷⁸². Le contractant qui agirait de la sorte violerait alors son devoir de loyauté envers son cocontractant⁷⁸³. Dans un tel cas, « le stipulant profite indûment du déficit de résistance de l'adhérent. Il n'adopte pas un comportement raisonnablement prudent et diligent : il pose ainsi un geste fautif »⁷⁸⁴. La tentation de réduire la portée de la clause abusive dénote surtout l'idée encore dominante qu'il existe dans le contrat un substrat irréductible que ni le juge ni le législateur ne sont autorisés à toucher.

Le caractère irréductible du déséquilibre contractuel. Le choix de faire appel à la bonne foi comme principal outil de l'équilibre du contrat découle sur un constat simple relié à la théorie volontariste : le déséquilibre contractuel est irréductible à toute relation contractuelle. Il y a dans tout contrat une part nécessaire de déséquilibre contractuel contre laquelle il n'y a rien de plus à faire, une fois qu'on s'est assuré de la qualité du consentement et que l'on a sanctionné les abus. La justice contractuelle se limite à un contrôle sur le plan informatif et à une interprétation restreinte de la clause abusive. La présence du déséquilibre contractuel n'est pas une condition en soi suffisante pour intervenir en vue de rétablir l'équilibre. C'est d'ailleurs ce qui fait tout le succès du recours à la bonne foi, car elle permet de soumettre la sanction du déséquilibre injuste à l'existence d'une attitude condamnable. Il ne faudrait pas céder à la tentation de vouloir à tout prix rétablir l'équilibre en faisant appel à un tiers. Toute chose qui soumettrait les parties à l'arbitraire du juge dont on peut craindre et redouter la conception subjective de l'équilibre. Le rôle du juge doit être d'autant plus réduit que cette théorie ne conçoit pas que ce dernier puisse avoir pour tâche de rétablir l'équilibre dans la relation contractuelle.

C Un pouvoir de correction restreint

La non-prise en compte de la théorie de l'imprévision. Il arrive aussi que par un changement des circonstances imprévisibles et hors de la portée des deux parties, les conditions du contrat deviennent excessivement lourdes pour l'une des parties. On dit alors qu'il y a imprévision. De telles situations ne sont pas quotidiennes, il n'en demeure pas moins vrai que lorsqu'elles

⁷⁸² Voir Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1995-1996) 26 *R.D.U.S.* 329.

⁷⁸³ Voir Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 224.

⁷⁸⁴ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, p. 1033.

surviennent, les effets économiques, notamment pour l'une des parties, peuvent s'avérer désastreux. En cas d'imprévision, l'exécution du contrat par l'une des parties, devient trop onéreuse, spécialement en cas d'augmentation vertigineuse des prix, de dévaluation de la monnaie, ou de l'apparition d'une nouvelle technologie qui rend celle qui avait cours jusqu'alors trop coûteuse⁷⁸⁵, ou encore lors d'une modification conventionnelle, légale ou réglementaire touchant dans une large mesure le contenu ou le sort du contrat⁷⁸⁶. Le déséquilibre contractuel qui en résulte est tel qu'il faudrait soit qu'une intervention judiciaire vienne rétablir la situation des parties, soit que les contractants acceptent de renégocier les termes du contrat⁷⁸⁷. Lorsque des événements équivalents à une imprévision surviennent, l'une des parties, sinon les deux, peuvent se retrouver dans une situation délicate. Pourtant, la théorie de l'imprévision a connu un sort pour le moins déconcertant⁷⁸⁸.

Le recul du législateur en 1994. Dans bien des cas, les mesures protectrices adoptées par le législateur en 1994 traduisaient la reconnaissance légale des positions adoptées antérieurement par les tribunaux. Sur cette question, il en va tout autrement, car le juge a toujours été peu disposé à recevoir la théorie de l'imprévision en droit québécois⁷⁸⁹. Même si les juges n'ont pas fréquemment eu l'occasion de se pencher sur cette question, leur attitude de rejet est demeurée constante, rappelant à chaque fois qu'un tel principe n'a pas été admis par le législateur⁷⁹⁰.

⁷⁸⁵ Voir Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *McGill L. J.* 761. Dans la jurisprudence, voir 9022-5301 *Québec inc. c. Simhon*, 2006 QCCA 419 (CanLII). Dans cette affaire, la question se posait de savoir s'il fallait payer la commission d'un courtier pour une vente d'actions qui a bien eu lieu, mais qui a été par la suite annulée par les deux parties à la suite de difficultés de paiement.

⁷⁸⁶ Voir l'exemple de la législation qui modifie excessivement les horaires de production d'un bien. Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, *supra*, note 158, n°2229, p. 1285.

⁷⁸⁷ La première solution étant souvent plus appropriée que la seconde dans le cadre des relations mettant aux prises des contractants inégaux. Sur ce point, nous aborderons seulement le principe de l'impossibilité pour le juge d'intervenir même dans le cadre des contrats d'adhésion.

⁷⁸⁸ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du *Code civil du Québec* », (2004) *RTDciv.* 693.

⁷⁸⁹ À la suite d'une mauvaise évaluation des travaux et une soumission trop basse entraînant la faillite du soumissionnaire, le tribunal refuse d'en tenir compte et conclut à une erreur inexcusable de la part du soumissionnaire qui n'a pas suffisamment veillé à ses intérêts! Voir *Grant Lills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd.*, [1975] C.S. 1203 *paxim*; Traitée sous le fondement de la force majeure, un sécheresse sévère intervenue au États-Unis a empêché l'une des parties de fournir les cacahuètes promises. Les faits auraient bien pu être considérés sous l'angle de l'imprévision. Voir *Canada Starch Co. c. Gill & Duffus (Canada) Ltd.*, J.E. 84-88, (C.S.), paragr. 5-14; *H. Cardinal Construction Inc. c. Ville de Dollard-des-Ormeaux*, J.E. 87-970, (C.A.), paragr. 30 et s.

⁷⁹⁰ Voir *Procureur général du Québec c. Kabakian Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), paragr. 60; *Cétil Inc. c. Hôtel-Dieu de Montréal*, J.E. 96-653, (C.S.); *Transport Rosemont inc. c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCS 5507 (CanLII), paragr. 18-49; Autant de décisions qui semblent sanctionner indirectement des situations s'apparente étroitement à l'imprévision, mais sous le fondement du devoir de coopération et de l'abus de droit, tout en rappelant à quelques fois que la théorie de l'imprévision ne fait pas partie du droit québécois des contrats. Pour le plaideur habile, il semble

Suivant en quelque sorte la jurisprudence sur ce point, le législateur de 1994 n'a pas cru bon d'admettre la théorie de l'imprévision⁷⁹¹. Toutes sortes de raisons ont été invoquées pour tenter de justifier l'attitude timorée des juges face aux changements économiques importants et imprévus dans le contrat. Entre autres arguments, il a été avancé que ce pouvoir appartient par sa nature et son impact au pouvoir législatif⁷⁹², la crainte de l'arbitraire du juge ou le souci de préserver la stabilité contractuelle⁷⁹³ est trop grande. Une attitude qu'on peut assimiler à une pétition de principe tant de la part des tribunaux que d'une grande partie de la doctrine québécoise civiliste⁷⁹⁴. Elle relèverait même « d'un blocage psychologique, sinon de l'hostilité »⁷⁹⁵. Cette remarque vaut d'autant plus que Maurice Tancelin note qu'à l'époque déjà, les juges auraient pu adéquatement recourir à l'ancien article 1024 C.c.B.C. pour rétablir l'équilibre économique du contrat en cas d'imprévision. De nos jours, l'article 1434 C.c.Q. pourrait fournir des armes pour le faire⁷⁹⁶. D'autres auteurs suggèrent aux juges de faire appel aux règles relatives à l'interprétation du contrat pour éventuellement modifier la compréhension d'une clause devenue injuste, ou d'utiliser la force majeure même si les conditions et le résultat ne sont pas toujours identiques⁷⁹⁷. Il faudrait se demander pourquoi chercher implicitement ou indirectement à obtenir quelque chose dont on pourrait admettre l'existence. La réponse n'est pourtant pas sans liens avec la vision volontariste du contrat et ses fictions qui dominent encore dans les contrats⁷⁹⁸.

possible de présenter les faits sous un tout autre angle tout en réussissant à obtenir le même résultat que celui auquel aurait conduit l'imprévision.

⁷⁹¹ Sauf sur certains points très précis, notamment l'article 1834 C.c.Q. sur la donation avec charge ou les articles 771 et 1294 C.c.Q. sur les legs avec charges et la fiducie. Il y a, selon certains auteurs, quelques dispositions dans le Code qui pourraient aisément se rapprocher de l'imprévision à l'instar de l'article 2094 C.c.Q. sur le contrat de travail qui permet à l'employeur d'y mettre fin pour « motif sérieux ». Motif qui pourrait bien être économique. Une possibilité qui est également ouverte dans le cadre des contrats de mandat (art. 2178 C.c.Q.), du contrat de service ou d'entreprise (art. 2126 C.c.Q.). Dans toutes ces hypothèses, certains changements survenus en cours de contrat donne à l'une des parties la possibilité de résilier unilatéralement le contrat. Ajoutons que les articles 2778 et s. C.c.Q. permettent au juge, dans le cadre de l'appréciation des sanctions en matière de prise en paiement, de tenir compte des circonstances survenues lors de l'exécution du contrat. Il en est de même pour la résolution de la vente immobilière (art. 1743 C.c.Q.) ou de la reprise de possession dans la vente à tempérament (art. 1749 C.c.Q.).

⁷⁹² L'argument vaut ce qu'il vaut! Toutefois, dans bien des domaines, les juges n'ont pas hésité à remettre en cause le contrat, notamment en annulant un contrat pour non-respect de l'obligation de renseignement.

⁷⁹³ Voir Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, supra, note 79, n°285, p. 517. Ce motif est moins convaincant qu'il n'y paraît, si on s'en tient aux diverses notions juridiques floues susceptibles de produire autant, sinon plus, d'arbitraire dans l'office du juge.

⁷⁹⁴ Voir Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, supra, note 79, n° 2232 et 2233. Voir en droit français, les positions de Jacques FLOUR, note sous Soc. 11 juin 1942, D. 1943 135.

⁷⁹⁵ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, supra, note 34, n°445, p. 538.

⁷⁹⁶ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, n°52, p. 246-247.

⁷⁹⁷ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, supra, note 158, n°2234, p. 1290.

⁷⁹⁸ D'ailleurs, les auteurs du droit canon l'avaient bien compris avec la clause « *sic rebus stantibus* ». Il leur apparaissait déjà évident que si les circonstances de la conclusion du contrat étaient trop différentes de celles qui prévalent à un

Une théorie de l'imprévision incompatible avec l'idée de sécurité contractuelle? Le rejet de la théorie de l'imprévision a très souvent été justifié par la stabilité contractuelle. Les choses sont peut-être plus complexes et ont connu au sein même du courant volontariste une certaine évolution. En réalité, il y a deux variantes dans cette doctrine. D'un côté, ceux qui prônent la sécurité contractuelle au nom du maintien du contrat, et ce, même s'il est déséquilibré par des circonstances extérieures aux parties. Une autre tendance prétend que la sécurité juridique requiert justement d'admettre dans les hypothèses de l'imprévision la modification du contrat. En conséquence, il n'est plus tout à fait exact d'opposer systématiquement le rejet de la théorie de l'imprévision et le volontarisme contractuel contemporain⁷⁹⁹. Il est vrai que le rejet de l'imprévision peut être justifié par l'idée que le dogme de l'autonomie de la volonté a pris le dessus sur des préoccupations de justice contractuelle. Mais il ne suffit pas d'un tel constat de vide juridique pour conclure que toute approche de la stabilité du contrat doit être opposée à l'idée même que le contrat puisse être modifié en cas de changements imputables aux circonstances imprévisibles. Pour saisir le lien entre la sécurité juridique et la théorie de l'imprévision, une approche « dynamique »⁸⁰⁰ de l'idée de stabilité contractuelle est nécessaire. Dans cette optique, il faudrait abandonner l'idée traditionnelle selon laquelle la révision du contrat est incompatible avec la prise en compte du déséquilibre né du changement de circonstances. Le besoin de rééquilibrer le contrat n'est pas nécessairement contraire à la stabilité du contrat, dès lors que l'on admet que celle-ci est remise en cause par la survenance d'évènements imprévisibles et insurmontables que l'on ne peut attribuer à la faute d'aucune des

moment donné en cours de contrat, il était sage et approprié d'en tenir compte. Voir le rappel de Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *McGill L.J.* 769. En France, voir Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, Paris, LGDJ, 1999, n°389, p. 768.

⁷⁹⁹ Voir à ce propos les analyses de Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°447, p. 542-543. Ils notent que « le principe de la force obligatoire du contrat demeure certes, mais comme on vient de le voir, il souffre de plus en plus d'exceptions, au nom, entre autres, de la bonne foi. Il n'y aurait donc rien d'extravagant à admettre l'imprévision au 21^e siècle ».

⁸⁰⁰ Voir Jean-Michel Do CARMO SILVA, *La stabilité de l'entité contractuelle*, *supra*, note 297, p. 92 du résumé de sa thèse. Les travaux de l'auteur permettent d'identifier au sein du volontarisme les partisans de la position « dure » et les partisans de la position « souple ». C'est cette dernière autorise l'idée même restrictive d'une intervention judiciaire en matière d'imprévision. Qu'en est-il du rôle que l'on pourrait attendre du juge en cas d'imprévision? Il ne s'agit pas pour lui de se substituer aux parties. Il devra plutôt soit imposer la renégociation, soit constater l'échec de celle-ci ou encore prononcer une fin de non-recevoir à la demande d'une partie qui voudrait forcer l'exécution du contrat en cas d'imprévision. Si les nouvelles négociations n'aboutissaient pas, le juge peut alors prononcer la résiliation du contrat. Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°447, p. 542-543. Par ailleurs, les prises de position ne sont pas toujours simples, car il ne faut pas oublier qu'à la différence de la lésion, il n'y a pas d'interdiction de principe de l'imprévision dans le Code de 1994.

parties. Dans la mesure où l'on ne peut pas identifier un comportement fautif, qu'est-ce qui justifierait alors que l'une des parties en supporte les effets délétères? Raison pour laquelle une toute autre vision du déséquilibre est nécessaire dans ce cas. À cet égard, bien que dans un contexte tout autre, une auteure a justement écrit que : « dans un monde qui bouge, la stabilité implique le mouvement et rester immobile, c'est bien souvent reculer, en tout cas entrer en déséquilibre »⁸⁰¹. On peut transposer cette pensée au domaine du contrat, en constatant que sa stabilité implique le mouvement, en particulier lorsque des événements imprévisibles viennent menacer l'équilibre de la relation contractuelle. Pour ceux qui seraient tentés de répliquer qu'on a sacrifié à l'immutabilité et l'intangibilité du contrat, ce serait oublier que celles-ci n'ont de sens que lorsqu'aucun événement totalement imprévisible ne vient troubler l'ordre préétabli. Il n'est donc plus exclu d'affirmer que la théorie de l'imprévision s'harmonise avec le volontarisme contemporain, puisqu'elle se développe en définitive hors du cadre des bases profondes et de la force obligatoire du contrat. À la lumière de ce qui précède, le choix du législateur et du juge québécois s'analyse alors comme une position purement dogmatique.

Un choix essentiellement dogmatique. À la suite de la mise au point que nous venons de faire et la compatibilité possible entre la sécurité juridique et la théorie de l'imprévision, la défense de la force obligatoire du contrat équivaut constitue alors à une position aveugle et rigide. La question à ce niveau n'est pas plus celle de savoir si la théorie de l'imprévision pourrait être admissible⁸⁰²; il faudrait plutôt se demander dans quelle mesure les fondements proposés pour l'intégration de ce moyen de rééquilibrage du contrat sont les plus efficaces. La différence tient surtout à la vision du contrat, une approche du contrat mettant davantage l'accent sur sa dimension objective n'intègre-t-elle pas mieux l'idée de l'imprévision? À rebours, c'est sans arrêt dans la morale, à travers le principe général de la bonne foi, que la doctrine invite à l'admission de la théorie de l'imprévision en droit québécois⁸⁰³. On peut penser que si la théorie de l'imprévision peut être compatible avec une certaine vision du volontarisme ambiant, c'est dans la mesure où elle est

⁸⁰¹ Voir Mireille DELMAS-MARTY, *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992, p. 291.

⁸⁰² En fait, la conciliation entre la stabilité contractuelle et l'imprévision varie en fonction de la vision large ou restrictive que l'on adopte à l'égard de la première. Voir Jean-Michel Do CARMO SILVA, *La stabilité de l'entité contractuelle*, *supra*, note 297, p. 92-93.

⁸⁰³ En France, certains proposent la notion de cause comme le fondement permettant le mieux d'intégrer au droit français l'imprévision. L'article 1134 du Code civil français devrait aussi pouvoir jouer un rôle dans ce sens.

encadrée par la bonne foi⁸⁰⁴. La justification étant qu'un « système juridique fondé sur la bonne foi ne peut pas tolérer les graves injustices causées par un changement de circonstances »⁸⁰⁵. La fonction adaptative découlant de la bonne foi est celle qui présente des liens étroits avec la théorie de l'imprévision⁸⁰⁶. Un appel qui n'a vraisemblablement pas été entendu dans la mesure où la position de principe de la jurisprudence reste celle du refus d'admettre l'imprévision⁸⁰⁷. Ne doit-on pas alors penser que les outils qui sont à la disposition du juge ne sont pas suffisants ou adéquats pour lui permettre d'opérer une telle rupture? Ne faut-il pas mettre davantage l'accent sur la coopération et les principes objectifs de la recherche de l'équilibre contractuel, en lieu et place de la notion floue et vague de bonne foi?

La bonne foi comme fondement de l'imprévision. Pour certains, la bonne foi joue un rôle d'adaptation du contrat qui pourrait justifier la reconnaissance de la théorie de l'imprévision. Elle ne s'est pas encore développée jusqu'à un tel point. Il semble tout de même que « l'idée d'un recours à la théorie de l'imprévision, fondé sur le principe de la bonne foi contractuelle, commence à faire son chemin au Québec »⁸⁰⁸. Dans la mesure où le législateur a fait de la bonne foi le principe qui gouverne toutes les phases du contrat, il se serait simplement arrêté en chemin, car l'aboutissement logique de ce choix aurait été d'admettre la théorie de l'imprévision sur le fondement de la bonne foi. Travail que la jurisprudence serait appelée à achever puisque dans quelques rares cas l'intervention du tribunal aboutit à des effets identiques à ceux de l'imprévision⁸⁰⁹. Malgré une telle extension de la bonne foi, le législateur demeure réfractaire. La cohérence dans la protection de la partie faible sortirait gagnante si les juges exploitaient au

⁸⁰⁴ Voir Louise ROLLAND, « Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : variations et mutations », dans *Les principes d'Unidroit et les contrats internationaux : aspects pratiques. Les Journées Maximilien-Caron 2001*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 181; Denys-M. PHILIPPE, *Changements de circonstances et bouleversements de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Éditions Bruylant 1986, p. 63 et s.

⁸⁰⁵ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, n°446, p. 539.

⁸⁰⁶ Un lien est possible avec la fonction interprétative. Il faudrait d'ailleurs les combiner puisque le recours à l'article 1434 C.c.Q. pourrait autoriser le juge à en tirer des obligations implicites et élargir le contenu contractuel. Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec, supra*, note 79, n°52, p. 246-247. Voir aussi Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34, n°446, p. 541; Stefan MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34 C. de D. 599, 624.

⁸⁰⁷ Voir *Cliffs Mining Company c. Royal Bank of Canada*, 2010 QCCA 1126 (CanLII), paragr. 6-7; *Coderre c. Coderre GPL*, [2008] R.J.Q. 1245, paragr. 58-59.

⁸⁰⁸ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat, supra*, note 49, p. 32.

⁸⁰⁹ Voir *Canada Starch Co. c. Gill & Duffus (Canada) Ltd.*, J.E. 84-88 (C.S.), paragr. 5-14. Il arrive que les conditions du sol ne soient pas celles que l'une des parties avait prévues. Dans *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, [1999] R.J.Q. 939 (C.A.), la jurisprudence l'a traité sous le fondement de l'obligation de renseignement, mais que se serait-il passé si les deux parties avaient été surprises par de telles conditions?

maximum les ressorts de la bonne foi, notamment sa fonction adaptative⁸¹⁰. Ce qui serait tout à fait possible et légal puisque la bonne foi est prévue par le Code et qu'il s'agit simplement d'en tirer toutes les potentialités⁸¹¹. Si tel n'est pas le cas jusqu'à présent, il faudrait alors se demander si la bonne foi est le bon instrument pour un tel changement.

La bonne foi, outil approprié? La référence à la bonne foi est-elle véritablement le bon outil en matière d'imprévision? La question peut au moins être posée. Il y a un problème profond à vouloir faire reposer la théorie de l'imprévision sur la bonne foi même si, semble-t-il, d'autres législations l'ont fait⁸¹². Une réelle difficulté de compréhension existe en ce qui concerne le lien entre bonne foi et théorie de l'imprévision, lorsqu'on sait que la première est la manifestation contemporaine de la sanction des comportements par essence fautifs. Même dans son approche objective, on a vu que la bonne foi était d'abord un opérateur de justice réparatrice. Le rôle fondamental de la bonne foi, tel qu'il est apparu, est d'assurer la sanction de la faute, quoique très largement entendue. Elle a pour but principal de responsabiliser les parties. Or, il est évident que tel n'est pas l'objectif de la prise en compte de l'imprévision, qui est d'abord de rééquilibrer le contrat sans que la violation de la bonne foi soit de près ou de loin concernée. Le déséquilibre contractuel relève à ce stade d'une situation profondément objective indépendante de la volonté des parties. Il n'est pas toujours évident que l'appel à la bonne foi, en tant que principe de régulation des comportements pour en pallier les effets délétères, soit pleinement satisfaisant. Une décision récente de la Cour supérieure du Québec tend à conforter cette position. Même si elle intervient dans un contexte de contrat négocié, elle permet de tirer certaines leçons en ce qui concerne les liens entre la bonne foi et la théorie de l'imprévision. Il s'agit de l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*⁸¹³. En l'espèce, les deux parties avaient signé une entente en matière d'approvisionnement d'électricité en 1969. Le demandeur évoque une modification imprévisible de circonstances et son impact sur le prix de l'électricité. Un changement qui aurait rendu le contrat déséquilibré et injuste. Hydro-Québec prétend, quant à elle, que le contrat est valide dans la mesure où les termes ont été librement négociés et qu'il supporte seul les risques

⁸¹⁰ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, supra, note 49, p. 246.

⁸¹¹ La proposition paraît logique si on se souvient que, sous le couvert de la bonne foi, les juges ont « créé » ou reconnu des obligations implicites et justifié leur intervention dans la sphère contractuelle.

⁸¹² Ce qui serait le cas en droit allemand des contrats. Voir Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais*, supra, note 650, p. 463-469.

⁸¹³ Voir 2014 QCCS 3590 (CanLII).

et coûts associés à la centrale électrique. Le but de la requête est d'amener le tribunal à exiger de la partie défenderesse une renégociation du prix de l'électricité, et ce, en vertu du principe de la bonne foi. La demande est rejetée au motif qu'elle équivaut à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision qui n'a pas été admise par le législateur québécois en 1994 et que la défenderesse n'a pas adopté un comportement condamnable pouvant autoriser une intrusion de la part de la Cour dans le contrat. Cette décision montre bien que la bonne foi est *a priori* le seul instrument disponible dans le *Code civil du Québec* pour le plaideur qui voudrait imposer toute nouvelle obligation contractuelle. Elle démontre surtout que le détour subjectif par la moralité contractuelle pour effectuer un rééquilibrage objectif du contrat n'est pas opérant. Au mieux, il serait possible de faire appel à la bonne foi dans le cas d'un refus injustifié de la part de la partie forte à toute renégociation du contrat face à des événements totalement hors du contrôle des contractants. Cette conduite pourrait être alors assimilée à une faute et justifierait l'intervention du juge. Il s'agit bien là de réguler le comportement d'une partie. En revanche, dans bien des hypothèses d'imprévision, la réponse adéquate ne se pose pas en termes de moralisation de l'attitude des individus, mais de correction objective du contrat.

La nécessité d'une vision objective de l'équilibre contractuel. Que ce soit sous le fondement de la bonne foi ou d'un autre principe juridique, le chemin de l'admission de la théorie de l'imprévision reste long à parcourir. Le pouvoir d'adaptation du contrat par le juge ne se réduit pas à la théorie de l'imprévision. On peut penser à la faculté de modifier le contrat, la possibilité d'annuler une clause abusive, le pouvoir de réduire ou d'annuler la clause pénale abusive, la possibilité de choisir parmi les sanctions afin de favoriser celles qui maintiennent le contrat ou encore de stipuler non écrite une clause contractuelle notamment sous le fondement de l'article 1438 C.c.Q. Bref, le juge a le pouvoir de modifier le contrat ou certaines règles applicables afin de protéger la partie vulnérable, sans que la bonne foi n'y joue aucun rôle. Seule cette perspective permet le plein essor du contrôle objectif du déséquilibre contractuel et une éventuelle intégration de l'imprévision. Un constat semblable découle de la sanction du contrat lésionnaire que le législateur a cette fois explicitement exclue.

Le rejet de la lésion à titre de sanction de l'équilibre des prestations. Dans la majorité des ouvrages généraux de droit des obligations au Québec, la lésion est traitée principalement à titre

de vices de consentement⁸¹⁴. D'ailleurs, l'article 1406 C.c.Q. traite la lésion dans la section consacrée aux motifs qui vicent le consentement. Pourtant, il n'en va pas forcément ainsi⁸¹⁵. La lésion peut intervenir dans le cadre de l'équilibre du contenu matériel du contrat. Elle y joue un rôle non négligeable, bien que ce soit avec une profonde réticence qu'elle est encore abordée⁸¹⁶. L'élargissement de la lésion n'est donc, semble-t-il, pas pour demain. Cependant, s'il en est ainsi, c'est en grande partie parce que depuis que le droit des contrats se définit d'abord en référence à la volonté, les dogmes qui régissent celle-ci font preuve d'une résistance tenace. La lésion constitue peut-être de ce point de vue l'une des meilleures illustrations⁸¹⁷.

La complexité de la notion de lésion. Avant d'entrer dans plus de détails, il importe de commencer par souligner que la lésion est une notion complexe. Elle comporte une pluralité de sens : objective, subjective et « subjective contemporaine » ou mixte⁸¹⁸. L'approche objective de la lésion est celle qui avait cours dans le droit romain. Elle est le mieux représentée par la théorie du juste prix, car elle repose sur l'équilibre économique entre les prestations des parties. La lésion subjective est celle qui met plutôt l'accent sur l'impact de ce déséquilibre sur le patrimoine du contractant. Tel est en partie le sens de l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*. On dira que la lésion est mixte lorsqu'elle comporte à la fois l'aspect subjectif et objectif. À cela, il convient d'ajouter que le même article 8 Lpc suscitée ajoute une nouvelle forme de subjectivité en faisant référence à l'exploitation du consommateur. Partant, le législateur a en quelque sorte ajouté un niveau supplémentaire de subjectivité⁸¹⁹. On retrouve également ce dernier critère dans

⁸¹⁴ Ce qui s'explique principalement par des raisons historiques, mais aussi sous l'influence de l'ordre choisi par le législateur. Il en était déjà ainsi du Code civil du Bas Canada à l'article 1001 et s.

⁸¹⁵ Sur le plan historique, voir l'analyse d'Élise CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *supra*, note 65. L'auteure y explique comment le développement de la vision volontariste du contrat a orienté la fonction et la place de certains instruments juridiques. L'importance de l'équilibre contractuel ayant progressivement été rétrécie au même rythme que les mécanismes qui en découlaient.

⁸¹⁶ Voir Jacques GHESTIN, « La généralisation du contrôle objectif de l'équilibre contractuel est-elle opportune? », *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, *supra*, note 133, p. 343.

⁸¹⁷ Voir d'Élise CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *supra*, note 65.

⁸¹⁸ *Id.*

⁸¹⁹ Cet aspect de la définition de la lésion pose en lui-même des difficultés : on peut se demander s'il s'agit d'un critère distinct, donc supplémentaire, ou simplement descriptif, et donc accessoire ou présumé que l'on peut tirer de la présence de la disproportion entre les prestations. Cet élément a surtout pour effet d'orienter la lésion vers la sanction d'une conduite abusive.

la définition de la lésion de l'article 1406 du Code de 1994. Cette nouvelle dimension de la lésion n'est pas pour en simplifier la compréhension, ni pour en faciliter la généralisation⁸²⁰.

Quelques applications de la lésion. À quelques exceptions près, la lésion n'est pas prise en considération entre cocontractants majeurs⁸²¹. Le juge peut être appelé à sanctionner la lésion en cas de renonciation au partage du patrimoine familial prévue à l'article 424 C.c.Q. ou au partage des acquêts à l'article 472 C.c.Q. Une autre dérogation se trouve dans le cas du prêt d'argent à l'article 2332 C.c.Q. qui dispose que « lorsque le prêt porte sur une somme d'argent, le tribunal peut prononcer la nullité du contrat, ordonner la réduction des obligations qui en découlent ou encore, réviser les modalités de leur exécution dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'il y eut lésion à l'égard de l'une des parties ». Dans la mesure où le Code de 1994 exclut par principe la lésion, cette interdiction oriente l'usage que le juge peut faire des pouvoirs exceptionnels que lui donne le législateur. C'est en ce sens que le pouvoir de révision de l'article 2332 C.c.Q. en matière de prêt d'argent a été interprété très restrictivement. Il faut en fait que les obligations monétaires visées soient directement liées au contrat de prêt, et ce, de manière stricte. Sinon, le tribunal n'exerce pas sa faculté de révision. C'est dire que la lésion reste encore largement dominée par la stabilité contractuelle.

Le rejet du principe de la lésion lors de la réforme de 1994 au nom de la stabilité contractuelle.

Le rejet par le législateur de 1994, tant de la théorie de l'imprévision que de celle de la lésion, peut surprendre. Plusieurs raisons ont été avancées afin de justifier un tel choix, notamment la stabilité contractuelle, la crainte de l'arbitraire des juges ou encore la déresponsabilisation des individus⁸²². Toutefois, si l'on s'en tient à toutes les autres règles protectrices présentes dans le

⁸²⁰ Voir Jacques GHESTIN, « La généralisation du contrôle objectif de l'équilibre contractuel est-elle opportune? », *supra*, note 589, 343. En partant de la théorie du juste prix, l'auteur analyse, sur un plan théorique, les nombreux obstacles auxquels sera soumis l'office du juge en cas de reconnaissance de la lésion (spéc. p. 256 et s.).

⁸²¹ Sans concerner directement la lésion, l'article 2778 C.c.Q. sur les catégories de droits hypothécaires reconnues au créancier prévoit que, mis à part le délaissement volontaire, le créancier doit obtenir une autorisation judiciaire afin de procéder à la prise en paiement si, au moment de l'exercer, le débiteur a déjà remboursé au moins la moitié de sa dette. Cet article doit lui-même être lu avec l'article 1801 C.c.Q. qui interdit au créancier de stipuler dans le contrat que « pour garantir l'obligation de son débiteur, le créancier se réserve le droit de devenir propriétaire irrévocable du bien ou d'en disposer ». Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, p. 159 et s.

⁸²² Ce qui explique d'ailleurs que la lésion envisagée était plutôt restreinte. Voir Gil RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice – Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, article 1405 C.c.Q. : « Le domaine d'application de la lésion n'a pas été étendu à toute personne physique, même majeure et pleinement capable. Car, même si elle se situait dans le prolongement d'une extension constante du concept de lésion entre majeurs en droit québécois, notamment avec l'émergence du droit de la consommation, l'extension du domaine de la lésion, non

Code et qui mettent à mal la stabilité contractuelle ou la jurisprudence qui se soucie de la justice contractuelle, de tels motifs ne peuvent emporter l'adhésion⁸²³. Mais il appert que c'est dans la vision du contrat dominante au sein du *Code civil du Québec* qu'il faut rechercher les véritables motifs de cette non-prise en compte. Sur un plan de pure philosophie des contrats, dans le *Code civil du Québec*, la stabilité contractuelle l'a emporté sur la justice contractuelle⁸²⁴ et elle marque la réussite d'un volontarisme suranné⁸²⁵. Encore faut-il s'entendre sur le sens à donner à cette idée de stabilité contractuelle qui n'est pas toujours univoque⁸²⁶. Par ailleurs, il existe des situations légales établies dans le Code qui pourraient être rapprochées de la lésion ou, du moins, pourraient produire un résultat similaire. Tel le cas de l'erreur économique⁸²⁷ ou l'utilisation de la clause abusive dans les cas qui relèvent manifestement de la lésion⁸²⁸. Faut-il pour autant en

circonscrite à des cas spécifiques, paraissait susceptible de compromettre la stabilité de l'ordre contractuel, d'engendrer éventuellement certains abus et de diminuer dans une certaine mesure le sens des responsabilités des citoyens ».

⁸²³ C'est d'ailleurs ce qui résulte de la lecture d'une grande partie de la doctrine. Voir Jean PINEAU, « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle? », dans *La réforme du Code civil cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 143; « La philosophie générale du *Code civil du Québec* », (1992) 71 *R. du B. Can.* 423, 438; « Les pouvoirs du juge et le nouveau *Code civil du Québec* », dans *Nouveaux juges. Nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 363; Élise CHARPENTIER, « L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 509; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », supra, note 69, 903; Marc LEMIEUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », supra, note 79, 61; Pierre Gabriel JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du *Code civil du Québec* », (2004) *RTDciv.* 693; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, supra, note 158, p. 452-455. Ces derniers mentionnent que « la nécessité de maintenir un climat économique de confiance n'est pas antinomique, loin de là, de l'exigence d'un minimum de justice contractuelle » (p. 453).

⁸²⁴ Voir *Commentaires du ministre* à l'article 1405 C.c.Q. Voir aussi Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau *Code civil du Québec* », (1992) 71 *Rev. du bar. Can.* 423-434.

⁸²⁵ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le *Code civil du Québec* : quelle modernité ? », (2000) *Revue internationale de droit comparé* 49-76. En plus d'être reconnue dans plusieurs législations nationales, la lésion est admise dans les récentes tentatives de synthèse, à l'échelle régionale ou internationale, des principes applicables au contrat. Tel est le cas des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international qui autorisent, aux articles 3.10 et 3.11, la nullité ou l'adaptation du contrat en cas d'« avantage excessif injustifié », ce qui englobe les cas de lésion.

⁸²⁶ Voir Jean-Michel Do CARMO SILVA, *La stabilité de l'entité contractuelle*, supra, note 297, p. 79 et s.

⁸²⁷ Voir par exemple *Yaskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.).

⁸²⁸ Sur le droit de résilier unilatéralement le montant des frais de scolarité, voir *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, [1994] R.J.Q. 1650, (C.S.), inf pour d'autres raisons par [1997] R.J.Q. 1832 (C.A.), p. 10-30 du texte intégral; un taux d'intérêt de 39.85% jugé inadmissible au regard de la bonne foi dans *TransCanada Ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.) *paxim*; dans l'affaire *Corp. Crédit Trans-Canada c. Robert*, J.E. 96-1899 (C.Q.), le juge Simon Brossard a décidé qu'un taux de 39.97% était exorbitant, abusif et lésait le défendeur en contrevenant à l'article 2332 C.c.Q. Il l'a réduit de moitié; dans un autre cas, un petit prêt de 3 793.61 \$ à 37.85%, jugé abusif et excessif, a été diminué dans *Beneficial Canada inc. c. Sirois*, [2000] R.L. 329 *paxim*. Ces interventions ne portent pas directement sur la lésion, mais elles montrent que le juge peut intervenir sur les aspects financiers du contrat, sans pour autant qu'il résulte un désastre économique!

envisager la généralisation⁸²⁹? Du reste, de notre point de vue, il ne s'agit pas tant de sa généralisation, mais peut-être, plus modestement, de sa reconnaissance autrement que sous la forme d'une exception, surtout lorsqu'il s'agit de relations contractuelles déséquilibrées. Tant l'opportunité que la faisabilité d'une telle extension semblent difficiles à concevoir si on part des postulats, même réformés, de l'approche volontariste et individualiste du contrat⁸³⁰. Ce n'est pas que cette forme de protection constitue une sorte d'intervention contre nature au sein du contrat, c'est davantage l'idée qu'elle ne peut sereinement être envisagée, sans sortir complètement des cadres somme toute restreints du volontarisme pénétré d'individualisme.

Un principe étroit de la coopération dans l'appréciation de la clause de réajustement du prix.

Bien que le principe de la lésion ne soit pas prévu par le *Code civil du Québec*, la coopération découlant de la bonne foi aurait pu favoriser le contrôle du prix dans les contrats. Mais, il n'en est rien tant de la part des tribunaux que du côté du législateur. À titre illustratif, les dispositions de l'article 2109 du *Code civil du Québec* peuvent y faire échec⁸³¹. Les tribunaux ont interprété cette disposition de façon à faire échec à la coopération pouvant exister entre les parties, et ce au détriment du réajustement du prix qui aurait pu en découler. Dans l'affaire *Construction DJL inc.*

⁸²⁹ Voir Jacques GHESTIN, « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équilibre des prestations est-elle opportune? », *supra*, note 589, p. 343. La question de l'auteur est en lien direct avec l'idée de justice contractuelle. Seulement, la perspective qu'il a adoptée est différente de la nôtre. Pour apprécier l'opportunité de la justice contractuelle dans la mise en œuvre des mécanismes objectifs de protection, Jacques Ghestin prend pour point de départ les différentes approches théoriques de la notion de justice au sein notamment de la philosophie morale ou de la politique économique pour analyser par la suite l'idée de justice contractuelle. Il n'est d'ailleurs pas le seul à opter pour un tel choix méthodologique. Dans le même sens, Guido SMORTO, « La justice contractuelle », *supra*, note 35, 283-602. Notre étude, quant à elle, traite de la justice contractuelle à partir des doctrines qui se dégagent plus ou moins aisément des positions législatives, jurisprudentielles ou doctrinales. Celles-ci pouvant être de *lege lata* ou de *lege ferenda*. On pourrait donc dire que les démarches sont à la fois inversées et complémentaires. L'une consiste à prendre la position du philosophe pour observer le phénomène contractuel, alors que l'autre part de celle du juriste pour en extraire les philosophies qui s'y déploient. Pour notre part, il ne s'agit pas tant de légitimer une vision plus qu'une autre, mais d'en apprécier l'efficacité et l'adéquation en fonction des enjeux posés par le besoin de protéger le contractant vulnérable. Notre choix nous a paru révélateur d'une meilleure compréhension des débats portant sur la protection du contractant faible en droit des contrats, en lieu et place d'un discours plus extérieur.

⁸³⁰ La précision mérite d'être faite. En effet, la différence se définit comme le caractère ou un ensemble de caractères qui dans une comparaison, un ordre, distinguent un être ou une chose d'un autre être, d'une autre chose. Il en ressort que la différence entre deux approches ou même deux opinions n'est pas toujours de l'ordre de l'opposition; elle peut relever de l'alternative, ce qui est loin d'être pareil. Nous le verrons plus amplement dans la deuxième partie de cette étude.

⁸³¹ Cet article prévoit que : « Lorsque le contrat est à forfait, le client doit payer le prix convenu et il ne peut prétendre à une diminution du prix en faisant valoir que l'ouvrage ou le service a exigé moins de travail ou a coûté moins cher qu'il n'avait été prévu. Pareillement, l'entrepreneur ou le prestataire de services ne peut prétendre à une augmentation du prix pour un motif contraire. Le prix forfaitaire reste le même, bien que des modifications aient été apportées aux conditions d'exécution initialement prévues, à moins que les parties n'en aient convenu autrement ».

c. *Montréal (Ville de)*⁸³², une soumission avait été faite par Construction DJL inc. devant la Ville de Montréal. Le prix du bitume s'est avéré irréaliste et bien plus élevé que les estimations faites par la société qui, face à leur augmentation, a demandé à la ville de procéder au réajustement du prix. Cette demande a été rejetée par la Ville de Montréal au motif que Construction DJL inc. s'est engagée en toute connaissance de cause. Le tribunal, adoptant une position traditionnelle, refuse de procéder à la révision du prix. La coopération est issue de la bonne foi. Or, on ne pouvait mettre en doute la bonne foi de la Ville. Seule une approche objective de la coopération aurait pu justifier un réajustement du prix, avec pour seul objectif de rétablir l'équilibre entre la prestation du soumissionnaire et les coûts y étant réellement associés. La Cour supérieure ne nie pas l'existence de cette obligation de coopération. Toutefois, elle se fonde sur l'article 2109 C.c.Q., dont elle fait une lecture individualiste et libérale, pour refuser d'appliquer le principe de la coopération et autoriser la modification du prix. D'ailleurs, la position libérale des tribunaux est quelques fois explicitement mentionnée dans les décisions. Le juge Lebel explique par exemple que :

Une courte observation s'impose ici. Dans une économie de type libéral, la notion de risque commercial subsiste. En vertu des clauses de vérification des lieux et de la situation, le soumissionnaire qui est souvent le spécialiste en la matière, assume une obligation de vérification de la teneur et des problèmes de son engagement et des conditions de réalisation de celui-ci. Elle lui permet de mesurer son risque de perte et, aussi, ses possibilités de profits. Son application peut être viciée à l'occasion par le dol ou la mauvaise foi de son cocontractant. Cela ne fut pas le cas ici, selon les faits démontrés. Il est regrettable qu'un entrepreneur d'expérience, sans doute excellent, ait vécu une telle catastrophe. Il a été victime d'une erreur toujours possible dans l'évaluation de son engagement et des risques qu'il comporte. Ceux-ci sont inhérents aux systèmes d'adjudication des contrats. Ils doivent être supportés par le soumissionnaire, à moins que l'on ne démontre précisément ce dol, ces réticences ou cette mauvaise foi du cocontractant, qui vicie la mise en œuvre d'un processus autrement bien rodé d'octroi des contrats publics, ou même parfois privés, ou la violation des obligations à la charge du donneur d'ordre. Sur ce point, le jugement me paraît donc bien fondé⁸³³.

Une telle approche restrictive de la coopération ne peut avoir pour effet de favoriser ni la compréhension des parties ni la protection des intérêts légitimes du contractant vulnérable. Il n'y a rien de plus traditionnel dans la position des juges : chacun doit être à même de défendre ses propres intérêts et d'assumer la responsabilité des risques inhérents au contrat. La

⁸³² 2013 QCCS 2681 (CanLII). Avant la réforme du *Code civil du Québec*, la Cour d'appel avait pris une position restrictive dans l'appréciation du devoir de coopération ayant pour effet sur le prix convenu.

⁸³³ Voir *Le Groupe Desjardins assurances générales c. La Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, J.E. 91-1599 (C.A.), p. 18-19 du texte intégral.

reconnaissance de la coopération dans l'exécution des prestations est passablement limitée par un discours libéral et individualiste dominant. Du reste, la place restreinte de la lésion permet de constater à quel point, malgré les différentes nuances apportées à la théorie volontariste individualiste çà et là dans le *Code civil du Québec*, l'approche du contrat qui en résulte reste prisonnière des postulats de cette théorie. Entre le volontarisme classique et le volontarisme individualiste renouvelé ou réformé, il y a eu une complexification croissante et un enrichissement réel des principes et règles applicables à la relation contractuelle, en vue d'atteindre des objectifs de protection de la partie vulnérable. Mais on reste dans une conception purement individualiste du contrat et imperméable à la pénétration de la lésion, mais plus largement de l'idée d'un contrôle direct et positif de l'équilibre contractuel.

Les errements du volontarisme sur la notion de lésion. On ne le rappellera jamais assez : l'approche volontariste et individualiste du contrat ne renvoie pas, tant s'en faut, à ce que seraient naturellement les contrats, elle ne traduit pas la nature ou l'essence des échanges⁸³⁴. Il n'a pas été suffisamment mentionné que la vision volontariste, imprégnée d'individualisme libéral, n'est qu'une façon parmi d'autres de rendre compte du contrat. Elle n'est pas unique et ne dit pas ce qu'est le contrat. Si elle prétend reposer sur la stabilité et la sécurité juridiques, celles-ci doivent encore s'entendre à travers les dogmes et les préceptes libéraux. De sorte qu'il n'y a pas lieu de craindre que la reconnaissance de la lésion ou d'un autre instrument de protection objectif du contractant débouche sur la déstabilisation du contrat sans préciser la vision du contrat sous-jacente au raisonnement. Dans son analyse de la modernité du droit commun des contrats au sein du Code civil de 1994, Paul-André Crépeau note que « néanmoins, à notre avis, il est faux de prétendre que le nouveau Code est dominé par des règles qui provoquent la déstabilisation du contrat »⁸³⁵. Il semble qu'il y a effectivement ici une confusion qu'il faut lever. Quelques fois, l'idée d'une approche du contrat autre que volontariste et individualiste est assimilée par ses détracteurs à une tentative de déstabilisation des échanges et de l'économie. Il n'en est rien. Il faudrait pour cela regarder tous les pays ayant reconnu la théorie de l'imprévision pour

⁸³⁴ Voir Alain CAILLÉ, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 27.

⁸³⁵ Voir « La modernité du droit commun des contrats : quelle modernité? », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics/The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources*, *supra*, note 312, p. 45.

comprendre que la tragédie annoncée n'a pas eu lieu⁸³⁶. En outre, il n'y a pas, contrairement à l'inquiétude que nourrissent les partisans du volontariste contractuel, une similitude entre déstabilisation du contrat et vision alternative au volontarisme. Il peut y avoir en réalité une approche de la stabilité contractuelle qui intègre l'idée que celle-ci n'est pas la seule valeur dominante dans le contrat et qu'elle peut être limitée ou flexible. Il est peut-être dans l'intérêt de la partie en position de vulnérabilité que cette stabilité soit remise en cause. Le contrat n'est pas déstabilisé pour autant, c'est une vision du contrat qui en sort évidemment ébranlée, voire abandonnée, mais pas le contrat lui-même. Ce dernier prend simplement d'autres contours et épouse d'autres formes, qui ne sont d'ailleurs pas tant opposées au volontarisme individualiste qu'autre que lui. Il s'agit moins d'un point de vue contraire que d'un regard différent et distinct porté sur le contrat. Le volontarisme individualiste ne traduit pas l'essence du contrat, de sorte que celui-ci serait fragilisé si on l'abandonnait⁸³⁷. C'est toujours avec pour objectif de moraliser les comportements que de nouvelles obligations ont été imposées aux parties.

Sect. II Une responsabilisation accrue des parties face au déséquilibre contractuel

C'est sur le besoin de responsabilisation accrue des individus que s'est développé le contrôle de l'équilibre contractuel (para I). Toute chose qui s'est manifestée par la sanction d'un devoir de loyauté pour contrer l'abus de faiblesse d'une part (para II) et, d'autre part, par une non-prise en compte réelle du devoir de coopération (para III).

Para I Une approche des devoirs contractuels marquée par l'idée de responsabilité

L'élargissement du champ contractuel fondé sur l'idée de responsabilité. L'équilibre contractuel concerne à la fois le contenu explicite et implicite du contrat⁸³⁸. Le principal contractant visé est

⁸³⁶ Notamment l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, le Portugal, l'Espagne, l'Autriche, l'Égypte, le Maroc, la Tunisie, le Brésil ou l'Argentine. Voir pour une liste plus exhaustive, l'étude de Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *McGill L. J.* 761. Encore qu'il ne faut pas forcément assimiler certains mécanismes juridiques rejetés par l'influence volontariste comme étant nécessairement incompatibles avec ce qu'il pourrait être. Nous avons eu de nombreuses illustrations pendant l'étude de la première partie de ce travail.

⁸³⁷ Rien n'empêche donc d'imaginer l'existence de loi ou de réglementation dans lesquelles la vision volontariste et individualiste du contrat pourrait être déstabilisée. Voir Jean-Guy BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une approche socio-économique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 123-144.

⁸³⁸ Malgré les différents aspects que nous avons invoqués et leur rôle indéniable en matière de justice contractuelle, le contenu implicite n'est pas toujours simple à saisir, et ce, dans la mesure où il n'est pas vraiment prévisible. Voir l'étude de Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1; Pascal ANCEL, « Force

celui qui est dans une position de supériorité notamment informationnelle, stratégique ou statutaire. Cet objectif peut légitimer que lui soient imposés des devoirs et obligations. Néanmoins, c'est encore sous le principe de la responsabilité que cet équilibre va se mettre en place. Plus la situation du contractant lui est favorable, plus sa responsabilité vis-à-vis de son cocontractant sera grande. En plus de le rendre redevable envers son partenaire, ses compétences, ses connaissances ou sa fonction lui interdisent surtout d'abuser de la position de la faiblesse de son partenaire défavorisé. Une telle attitude serait contraire à la bonne foi et à l'éthique⁸³⁹. Si ces exigences sont nouvelles dans le *Code civil du Québec*, elles ne le sont pas en droit⁸⁴⁰.

Les injonctions négatives découlant de la bonne foi. Principe général⁸⁴¹, nervure centrale⁸⁴², floue et incertaine⁸⁴³, la bonne foi énonce avant tout une norme de comportement. Elle constitue la référence à partir de laquelle la conduite des contractants sera jugée. Il ne s'agit pas seulement pour les parties de ne pas agir de mauvaise foi, mais également d'adopter une attitude positive. En tout état de cause, lorsqu'on aborde la protection de la partie vulnérable sous l'angle des devoirs et obligations de la partie forte, ce sont ces deux aspects de la bonne foi qui entrent en ligne de compte. Agir de bonne foi implique pour la partie dominante plus que la simple absence d'intention de nuire. Elle invite celle-ci à tenir compte de l'existence de l'autre, plus vulnérable. Cette interprétation extensive de la bonne foi est à la base du devoir de loyauté, qui lui-même se décline en devoir de ne pas alourdir le fardeau de l'autre, de ne pas compromettre la relation contractuelle ou de ne pas adopter une conduite excessive ou déraisonnable avec l'intention de nuire. Elle interdit également de tirer profit de situations avantageuses afin d'échapper à ses engagements ou de fausser les attentes de son cocontractant, ou encore de lui nuire par certaines

obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) *RTD Civ.* 771; Gérard LÉON-CAEN, « L'obligation implicite », (2000) *A.P.D.* 109.

⁸³⁹ Voir *Cosmo Underwear Co c. Valleyfield Silk Mills Ltd.*, [1962] R.C.S. 418; Même s'il s'agit d'une vieille décision, on pourrait penser que ce sont les propos de celle-ci qui ont été repris dans l'article 1375 C.c.Q. Il y était mentionné que : « la bonne foi est l'essence des conventions. Elle doit présider non seulement à leur formation mais aussi à leur exécution. La sécurité des contrats en dépend. Le principe n'est pas nouveau » (p. 423).

⁸⁴⁰ *Id.* Voir aussi les propos du juge Tellier dans *Compagnie Trust Royal c. Les Entreprises B. M. St-Jean*, J.E. 97-1156 (C.S.), p. 8 du texte intégral.

⁸⁴¹ Voir *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 436; *Alexander-Maheu c. Banque Laurentienne du Canada*, J.E. 96-547 (C.S.), p. 156 et s.

⁸⁴² Voir Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le *Code civil du Québec* : du général au particulier », (1995-1996) 26 *R.D.U.S.* 377.

⁸⁴³ Voir Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais*, *supra*, note 650.

actions. Ce versant de la bonne foi repose sur un besoin de franchise et d'honnêteté et s'articule sous le mode de l'interdiction. Discours caractéristique, s'il en est, d'une bonne foi à forte connotation négative. Le non-respect du devoir de loyauté s'assimile amplement à une attitude coupable qui peut être assimilée à l'abus de faiblesse d'un cocontractant⁸⁴⁴. Ce versant de la bonne foi empêche le contractant fort de profiter excessivement de la position qu'il occupe. À titre d'opérateur de moralisation, elle comporte aussi une face dite objective.

Les difficultés découlant de l'approche dite objective de la bonne foi. Le volet objectif de la bonne foi pose quant à lui plus de difficultés, car on y a vu le fondement du devoir de coopération⁸⁴⁵. Tout aussi général que le précédent, ce devoir de coopération exige des contractants qu'ils facilitent l'exécution du contrat et assurent la coexistence des droits et libertés réciproques⁸⁴⁶. En tout cas, un lien est possible entre la coopération et la bonne foi, dans la mesure où cette dernière interdit d'invoquer des prétextes plus ou moins sérieux pour tenter de ne pas donner suite à son engagement⁸⁴⁷. Une position de la doctrine que les tribunaux reprennent souvent à leur compte afin de sanctionner le défaut de coopération puisque celui-ci peut aisément être assimilé à une faute ou négligence⁸⁴⁸. Cela dit, le devoir de coopération est-il réellement compatible avec la notion de bonne foi⁸⁴⁹? Comment concilier le schème individualiste dans lequel baigne celle-ci et l'idée d'une coopération⁸⁵⁰; induit de l'existence d'une communauté d'intérêts?⁸⁵¹ La question est d'autant plus importante que les deux visions sont

⁸⁴⁴ C'est le terme utilisé par Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, *supra*, note 10, p. 451 et s.

⁸⁴⁵ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, *supra*, note 49, p. 202 et s.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 113.

⁸⁴⁷ Voir 2991292 *Canada inc. c. JCorp inc.*, 2010 QCCS 6022 (CanLII), paragr. 28-38; Viole de manière fautive le devoir de coopération, celui qui tente de se soustraire du paiement des commissions d'un agent qui a pourtant respecté son mandat en fournissant au vendeur un acheteur sérieux et disposé à payer la propriété aux conditions minimales exigées dans l'offre. Voir *Archambault c. Richer*, 2002 QCCS 208 (CanLII), paragr. 41-47; *Provenzano c. Babori*, 1991 QCCA 2796 (CanLII), p. 6-7 du texte intégral.

⁸⁴⁸ Voir 7834101 *Canada inc. (Construction JSR 2011) c. Plaques chauffantes pré-usinées Copal (Canada) Itée*, 2013 QCCQ 16900 (CanLII), paragr. 101-107. Voir le cas d'un associé voulant se venger de son ex-partenaire et qui refuse alors de collaborer dans le cadre de la liquidation d'une fiducie, *Paré c. Collin*, 2013 QCCS 5933 (CanLII) *paxim*.

⁸⁴⁹ La question se pose d'autant que la bonne foi devrait être un principe évolutif et destiné à s'adapter éventuellement aux situations nouvelles.

⁸⁵⁰ D'ailleurs, ce constat n'est pas partagé. Pour certains, la bonne foi a opéré un virage au sein du contrat, puisque « de purement individualiste qu'il était, l'esprit de notre droit [grâce à la bonne foi] s'est élevé à un standard social ». Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34 n° 328, p. 222.

⁸⁵¹ Notons que la commutativité objective exposée dans l'ouvrage de Marie Annick Gégoire présente des liens indéniables avec une approche individualiste, alors que le même terme peut être utilisé autrement, notamment dans le courant solidariste. Voir *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, *supra*, note 49, p. 119 et s.

irréconciliables : ou bien le contrat s'inscrit dans une optique individualiste, ou bien il se situe à partir de la notion relationnelle⁸⁵². Néanmoins, il ne faudrait pas perdre de vue que le devoir de coopération n'est pas en soi lié à une doctrine contractuelle, de sorte que la question de savoir laquelle lui donne une pleine expression est seulement un aspect de la problématique. Il doit donc d'abord être envisagé comme un moyen à part entière de protection de la partie faible. C'est la raison pour laquelle la perception individualiste du devoir de coopération est tout à fait envisageable⁸⁵³, n'est-ce pas d'ailleurs celle que propose la bonne foi à travers la sanction de l'abus de faiblesse?⁸⁵⁴

Para II Le devoir de loyauté, sanction de l'abus de faiblesse

La notion de loyauté : du particulier au général. Le devoir de loyauté fait partie du contenu implicite du contrat, cette part non convenue, mais obligationnelle, qui s'impose aux parties. Il peut être spécifiquement prévu par la loi, mais rien n'empêche d'envisager l'existence d'un devoir général de loyauté. En fait, le devoir de loyauté est présent dans le *Code civil du Québec* à travers les contrats nommés. Ainsi en va-t-il du contrat de mandat à l'article 2138⁸⁵⁵, de l'article 2088 C.c.Q. relatif au contrat de travail⁸⁵⁶, en cas d'administration du bien d'autrui à l'article 1309

⁸⁵² Le terme « relation » est aujourd'hui ambigu, mais nous l'utilisons ici dans le sens où il s'oppose à l'idéalisme volontariste et individualiste, tel qu'exposé par Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, 19-22. Nous reviendrons sur les diverses perceptions de la notion de relation en lien avec la justice contractuelle dans notre deuxième partie.

⁸⁵³ Dans une étude consacrée à l'obligation de loyauté, Laurent Aynès estime que trois attitudes, selon le degré d'importance que l'on accorde à l'altérité, permettent de la saisir : confiance, méfiance ou conflit. Toute chose qui, sur le plan théorique, peut correspondre à autant de visions du contrat. Celle que l'on privilégie teintera la place et le sens de l'obligation ou du devoir contractuel. Voir « L'obligation de loyauté », (2000) 44 *A.P.D.* 195.

⁸⁵⁴ Il n'y a pas d'opposition de principe entre l'individualisme contractuel et le devoir de collaboration. C'est bien ce que précise une auteure dans une étude sur la bonne foi : « pour nous, même dans des contrats où les parties font preuve d'une grande collaboration et d'interdépendance, chacun continue de conclure un contrat pour son profit personnel et non par altruisme. Nous ne croyons pas que *la notion d'individualisme soit incompatible avec la collaboration même étroite* ». Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, *supra*, note 49, en note de bas de page n°713, p. 196. C'est donc la vision du contrat qui oriente l'interprétation et le rôle de la collaboration. Pour une position différente, voir Louise ROLLAND, « Les principes UNIDROIT et le Code civil du Québec : Variations et mutations », (2002) 36 *Revue juridique Thémis* 587-607.

⁸⁵⁵ Cette disposition prévoit que : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat qu'il a accepté et il doit, dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence. Il doit également agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant ».

⁸⁵⁶ « Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail. Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation et à la vie privée d'autrui. ». En matière de relation de travail, la loyauté du salarié est encore plus exigeante dans la mesure où elle s'étend même à la période post-contractuelle.

C.c.Q.⁸⁵⁷ ou de la société en commandite⁸⁵⁸. Lorsqu'il est expressément mentionné, le devoir de loyauté concerne les contrats qui supposent une grande confiance entre les parties. Faut-il pour autant en restreindre la portée ou ouvrir la théorie générale du contrat à l'existence d'un devoir général de loyauté? S'il tire son fondement du principe général de bonne foi, rien n'empêche de croire qu'il puisse être sous-jacent à tous les contrats, spécialement ceux qui supposent une relation de confiance ou à long terme. Force est de constater qu'il intervient dans de nombreuses conventions à l'instar du contrat de service⁸⁵⁹, de franchise ou concession⁸⁶⁰, de distribution⁸⁶¹, de louage⁸⁶², d'assurance ou de courtage⁸⁶³. Une disparité qui se traduit aussi dans la norme de comportement qui en découle.

Les formes du devoir de loyauté : une triple interdiction. Les contours du devoir de loyauté sont indéterminés de sorte qu'il n'est pas possible de lui donner un contenu matériel précis. Pour Denis Mazeaud, la loyauté « se décline sur le mode négatif » et, par ce devoir, « la jurisprudence pourchasse les comportements contractuels constitutifs de mauvaise foi et sanctionne les attitudes contraires à l'honnêteté et à la morale »⁸⁶⁴. Bien que la définition de ce concept soit impossible, de nombreuses interdictions permettent de caractériser le devoir de loyauté. Si la nature de celles-ci n'est pas véritablement claire, certains y voient un devoir⁸⁶⁵ et d'autres une obligation⁸⁶⁶, il n'en reste pas moins qu'elle peut se recouper en trois principales interdictions⁸⁶⁷. Pour ce qui est de l'interdiction d'alourdir le fardeau du contractant, il s'agit d'éviter les

⁸⁵⁷ « L'administrateur doit agir avec prudence et diligence. Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie ».

⁸⁵⁸ Spécifiquement les articles 2238 et 1309 C.c.Q.

⁸⁵⁹ Voir *Stageline Mobile Stage Inc. c. Richard*, J.E. 2002-2900 (C.A.), paragr. 10.

⁸⁶⁰ Voir *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.), p. 26-33 du texte intégral; *Ahsan c. Second Cup Ltd.*, J.E. 2003-736 (C.A.), paragr. 23. Cette dernière décision mentionne expressément l'exigence de loyauté dans le comportement des parties.

⁸⁶¹ Voir *Placements G. Murray (Québec) Ltée c. Enseignes Néon-Otis Inc.*, J.E. 97-1565 (C.A.), p. 9-12 du texte intégral.

⁸⁶² Voir *Posluns c. Entreprises Lormil Inc.*, J.E. 90-1131 (C.S.), décision dans laquelle il a été rappelé qu'un devoir de loyauté peut exister entre les parties en dehors de toute clause d'exclusivité et en avoir les mêmes effets.

⁸⁶³ Voir *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, spéc. paragr. 78-83.

⁸⁶⁴ Voir note sous Civ. 1^{ère}, 11 juin, 1996, *Rép. Défrénois*, 1996. 1007.

⁸⁶⁵ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°1980, p. 1120 et s.

⁸⁶⁶ Voir Louise POUDRIER-LEBEL, « L'interprétation des contrats et la morale judiciaire », dans *La morale et le droit des affaires, supra*, note 249, p. 384 et s. Philippe Le TOURNEAU et Loïc CADIET, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 2002-2003, n°3674-3736, p. 802-819; Laurent AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *supra*, note 853. Il convient de noter tout de même à cet égard que l'élargissement de la sphère des devoirs tend à étendre la responsabilité des individus. Voir aussi Daniel GARDNER et Benoît MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », (2007) 48 C. de D. 543.

⁸⁶⁷ Voir le découpage effectué par Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°1980, p. 1121. Nous le reprenons ici à titre descriptif, notre objectif étant surtout de montrer qu'il ne s'agit de rien d'autre que de l'extension de la logique fautive avec pour objectif de responsabiliser les contractants.

comportements qui auraient pour effet d'alourdir l'obligation de l'autre. Sans exiger des parties une trop grande implication, le devoir de loyauté exige d'eux une attitude honnête d'autant plus grande que le contractant débiteur sera en situation de force. Il ne saurait profiter de cette position pour imposer à son cocontractant des dépenses inutiles ou superflues⁸⁶⁸. Manque à son devoir de loyauté, le bailleur qui impose à son locataire en fin de contrat, la vente du fonds de commerce à une personne précise⁸⁶⁹. Le devoir de ne pas compromettre la relation contractuelle quant à lui exige des deux parties qu'elles s'assurent que le contrat continue à avoir un sens ou une raison d'être. Afin que l'harmonie contractuelle soit préservée, il peut alors se traduire par une obligation de faire ou de ne pas faire : obligation qui découle de la seule bonne foi, sans que sa sanction requiert la violation d'une disposition contractuelle. D'après les professeurs Didier Lluelles et Benoit Moore, cette prohibition a pour objectif de punir celui qui, par son action ou sa passivité, a « rompu l'équilibre d'une relation contractuelle qui, jusque-là, était harmonieuse et fonctionnait au mieux des intérêts de tous »⁸⁷⁰. Tel est le cas du propriétaire d'un centre commercial qui ne s'assure pas de l'exploitation continue des locaux, négligence qui entraîne la baisse de la clientèle menant à la faillite les autres locataires. Un agissement contraire à la bonne foi, le bailleur ayant agi au détriment des autres locataires⁸⁷¹. Le devoir de loyauté empêche en outre le contractant d'adopter une conduite excessive ou déraisonnable. Cette dimension de la loyauté découle directement des termes mêmes de l'article 7 du *Code civil du Québec* qui vise l'abus de droit, principe auparavant consacré par la jurisprudence⁸⁷². D'une manière générale, le non-respect des interdictions découlant du devoir de loyauté équivaut à de l'abus de faiblesse de son contractant.

L'abus de faiblesse, sanction du manquement au devoir de loyauté. L'une des parties ne peut impunément exercer ses droits et privilèges conventionnels ou légaux légitimes de manière téméraire, arbitraire ou intolérante⁸⁷³. Elle doit les accomplir avec prudence, diligence et de façon

⁸⁶⁸ Voir François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations, supra*, note 753, p. 488.

⁸⁶⁹ Voir *Roberge c. Routhier*, 2002 QCCA 33173 (CanLII), paragr. 9-15.

⁸⁷⁰ Voir *Droit des obligations, supra*, note 158, n°1987.

⁸⁷¹ Voir *126232 Canada Inc. c. 2957-8705 Québec Inc.*, J.E. 2002-791 (C.S.) inf. en partie par 2004 QCCA 2809 (CanLII), paragr. 3.

⁸⁷² Voir *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 156 et s.

⁸⁷³ Voir *Bergeron c. Promutuel Lac St-Pierre - Les Forges*, 2010 QCCQ 5595 (CanLII), *paxim*. Dans l'affaire *La Royale du Canada c. Gérald Hamel Ltée*, [1994] R.R.A. 190 (C.Q.), le juge sanctionne expressément la conduite arbitraire de l'assureur dans l'octroi de certains privilèges.

raisonnable⁸⁷⁴, ce qui exclut évidemment toute malice ou concurrence déloyale⁸⁷⁵. Les professeurs Lluelles et Moore regroupent les actes concernés en trois sous-catégories. D'abord, une partie ne doit pas tirer profit d'une situation pour échapper à ses engagements. Ce qui n'exclut pas qu'elle puisse le faire pour des motifs valables⁸⁷⁶. Cette interdiction renvoie au prétexte plus ou moins sérieux⁸⁷⁷ ou de peu d'importance⁸⁷⁸ que le contractant en position de force peut être tenté d'utiliser⁸⁷⁹. Ensuite, est aussi condamné celui qui crée de fausses attentes à l'égard de l'autre. Le devoir de loyauté invite les parties, pour toute la durée du contrat, à agir en conséquence⁸⁸⁰. La loyauté implique de « ne pas tromper, ne pas mentir. Mais surtout adopter une attitude cohérente et une unité de comportement, qui permette à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite. En ce sens, le contraire de la loyauté est la duplicité »⁸⁸¹. Aucun contractant ne doit susciter des attentes à l'égard de l'autre et changer par la suite d'avis ou de comportement sans autre explication raisonnable. La sécurité et la prévisibilité du contrat en souffriraient⁸⁸². Enfin, sont défendues les actions inutiles, tracassières ou intempestives. C'est le

⁸⁷⁴ Les décisions dans ce sens ne manquent pas. La sanction peut porter directement sur le comportement, les moyens utilisés ou les raisons invoqués, voir *Bertrand Équipements c. Kubota Canada Ltée*, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.), paragr. 40-53; *Backman c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2003] R.R.A. 269, (C.S.) para 136-139 : le débiteur qui connaît des difficultés financières, qui adopte une attitude négligente et ne pose aucun geste pour obtenir du créancier de nouveaux délais ne pourra pas empêcher celui-ci de réaliser sa garantie et de prendre possession de ses biens; sur la nécessité pour le créancier de donner des délais raisonnables au débiteur diligent avant d'exercer ses garanties, voir *Vicply inc. c. Banque Royale du Canada*, [1996] R.R.A. 582 (C.A.), 582, 586.

⁸⁷⁵ Voir *Pavillon des Jardins Inc. c. Métalurgie Syca Inc.*, J.E. 2001-1212 (C.Q.). La loyauté interdit de faire concurrence déloyale durant la phase contractuelle et même post-contractuelle, notamment dans le cadre d'un contrat de service. *Industries Flexart Itée c. Baril*, J.E. 2003-478 (C.A.). Il en est de même pour le franchiseur qui développe des magasins corporatifs à escomptes et continue de pratiquer des prix élevés à l'égard de franchisés auxquels il est lié par une obligation d'approvisionnement presque exclusive. Voir *Poulin c. Paré-Bolduc*, [2012] J.Q. no 12802 *paxim*.

⁸⁷⁶ Il en va ainsi lorsque la créance est en péril, voir *Entreprises RER inc. c. Banque HSBC Canada*, J.E. 2006 1117 (C.A.), paragr. 21. Il en est de même si le créancier intentent les procédures lui permettant d'exiger son remboursement lorsque le débiteur ne respecte plus ses engagements ou ne semble pas vouloir le faire. Voir *Backman c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2003] R.R.A. 269 (C.S.), paragr. 138-139.

⁸⁷⁷ Les raisons invoquées peuvent réelles seulement en apparence, mais sans l'être vraiment, notamment lorsque la force majeure est utilisée de manière inappropriée, voir *Entreprises Rioux & Nadeau c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, J.E. 2000-938 (C.A.), paragr. 14; Un droit de résiliation ne peut être utilisé de manière à nuire aux intérêts de l'acheteur d'une maison neuve lorsque ce droit est exercé essentiellement afin de profiter des nouveaux tarifs sur le marché. Voir *Sigma Construction Inc. c. Levers*, J.E. 95-1846 (C.A.), p. 6-9 du texte intégral; pour refuser de vendre, un vendeur promettant ne peut soulever le non-respect de la date mentionnée dans la promesse, car elle n'est pas de rigueur, sauf exception, et il ne peut pas non plus avoir recours à un privilège établi dans l'offre au profit d'un l'acheteur qui peut même y renoncer. Voir *Bettan c. 14207 Canada Inc.*, [1993] R.D.J. 489 (C.A.), p. 13 du texte intégral; *Provenzano c. Babori*, [1991] R.D. I. 450 (C.A.), p. 6-7 du texte intégral.

⁸⁷⁸ Il en va ainsi du contractant qui a toléré ou encouragé une pratique et qui, sans motif sérieux, décide de ne plus l'accepter, en ce sens, *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947 (CanLII), paragr. 92.

⁸⁷⁹ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°1989, p. 1127.

⁸⁸⁰ Voir l'étude de Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, spéc. n° 639 et s.

⁸⁸¹ Voir Laurent AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *supra*, note 853, 197.

⁸⁸² Voir *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947 (CanLII), paragr. 92.

versant malicieux du devoir de loyauté et il vise à punir les comportements inutilement méprisants⁸⁸³, mensongers⁸⁸⁴, indifférents⁸⁸⁵ ou rustres⁸⁸⁶. De plus, la loyauté implique une certaine réciprocité de sorte que « si le contrat laisse une certaine latitude au débiteur pour exécuter son obligation, la loyauté lui impose de retenir la solution la moins onéreuse pour le créancier »⁸⁸⁷. Dans le cas contraire, ce serait de l'abus de faiblesse. Le constat est clair : le domaine couvert par le devoir de loyauté est large. L'abus de faiblesse ou de vulnérabilité du contractant est un aspect du manquement au devoir de loyauté⁸⁸⁸ qui peut entraîner la responsabilité de celui qui se trouve coupable.

Le contrôle du devoir de loyauté : élargissement de la responsabilité des contractants. Les professeurs Daniel Gardner et Benoît Moore ont montré que l'élargissement de la responsabilité des contractants découle des devoirs créés depuis quelques décennies par le juge au nom de la bonne foi⁸⁸⁹. L'abus de faiblesse engage la responsabilité du contractant fort⁸⁹⁰ et le devoir de loyauté qui lui incombe a pour objectif de « rétablir l'égalité et la responsabilité »⁸⁹¹. Il existe une grande parenté entre la loyauté et d'autres notions juridiques telles que le dol ou la mauvaise foi dont elle n'est qu'un des aspects. La loyauté du contractant fort permet éventuellement « à son cocontractant désavantagé de veiller à la saine gestion de ses intérêts »⁸⁹². La sanction de l'abus de faiblesse s'inscrit dans les cadres renouvelés du volontarisme individualiste. Elle peut se résumer comme suit : en matière de contrat, chacun doit défendre ses intérêts. Malgré cela, tous les coups ne sont pas permis. En effet, condamner la partie en position de force pour avoir abusé

⁸⁸³ Commet un acte fautif le créancier qui délaisse l'intérêt d'un débiteur vulnérable pour ne privilégier que celui des débiteurs avec qui il a des liens d'amitié privilégiés. Voir *Hébert c. Giguère*, [2003] R.R.A. 300 (C.S.), paragr. 118-130.

⁸⁸⁴ Voir *Bissonnette c. Banque Nationale du Canada*, [1993] R.L. 234 (C.A). Dans cette décision, le juge affirme que : « La loyauté contractuelle impose à un contractant de ne rien affirmer d'une certaine gravité qui puisse être contraire à la réalité, lorsqu'il est en mesure de vérifier cette réalité » (paragr. 34 du texte intégral).

⁸⁸⁵ Adopte un comportement indifférent, le codébiteur qui ne prend pas en compte l'intérêt de l'autre débiteur et abandonne ses dettes et engagements avec la complicité du créancier commun. Voir *Hébert c. Giguère*, [2003] R.R.A. 300 (C.S.), paragr. 131-141.

⁸⁸⁶ Voir *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 123-124.

⁸⁸⁷ Voir François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, *supra*, note 753, p. 488.

⁸⁸⁸ Voir Laurent AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *supra*, note 853, 198 et s.

⁸⁸⁹ Voir Daniel GARDNER et Benoît MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », (2007) 48 C. de D. 543, 560-561.

⁸⁹⁰ *Id.*

⁸⁹¹ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, *supra*, note 49, p. 209. Laurent Aynès note que « l'obligation de loyauté est souvent invoquée pour limiter, supprimer l'exercice d'un droit subjectif ou engager la responsabilité d'un contractant ». Voir « L'obligation de loyauté », *supra*, note 853, 197.

⁸⁹² Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, *supra*, note 49, p. 209.

de la situation de vulnérabilité de son partenaire ne remet pas en cause les préceptes individualistes. L'objectif est de combattre les abus et les excès qui menacent l'existence mêmes des valeurs de ce courant. Punir la violation du devoir de loyauté doit d'abord être considéré comme une tentative permettant de remédier aux obstacles qui empêchent la doctrine volontariste de fonctionner à plein régime et d'être reconnue comme telle. Il est possible de dire qu'abuser de la faiblesse inhérente ou relative d'une partie empêche les principes de la liberté contractuelle et de la présomption d'équivalence des prestations de jouer efficacement leur rôle. Il n'en reste pas moins qu'elle ne va pas jusqu'à imposer des obligations positives.

L'impossible exigence d'obligations objectives. Dès lors que le contractant fort fait preuve de diligence et de prudence et qu'il a exécuté loyalement le contenu contractuel, il n'y a pas lieu de lui demander davantage. Le non-respect des obligations et devoirs de la partie en position de supériorité ne se conçoit que dans la mesure où il en résulte un abus ou un excès. Ces obligations ou devoirs ne se déclinent que sous le mode du défaut, de la transgression ou de la violation de la bonne foi, et ce, même lorsque l'interprétation de la bonne foi se veut positive. Être honnête et sincère n'épuise toutefois pas les différents aspects de la vulnérabilité du cocontractant, puisqu'elle relève aussi du défaut de compréhension qui impose quelques fois un comportement actif. Or, être loyal n'exige pas de s'impliquer dans les affaires de son partenaire. Une fois que la correction du contrat doit être envisagée en dehors des terres de la responsabilité ou de la moralité, le devoir de loyauté n'est plus efficient, du moins, son impact devient faible. Pour des raisons différentes, la même conclusion pourrait être tirée du sort réservé au devoir de coopération lors de l'exécution du contrat.

Para III L'approche individualiste du devoir de coopération des parties

Le devoir de coopération et la bonne exécution du contrat. D'une manière générale, le devoir de coopération a pour vocation de faciliter l'exécution du contrat et en assurer la pérennité, le cas échéant. En ce sens, il a connu des applications diverses. Il peut, par exemple, être contraire à la coopération de tenter d'empêcher la résiliation d'un contrat⁸⁹³ ou d'éviter de travailler avec le

⁸⁹³ En matière de courtage, voir *Remax TMS inc. c. Bastien*, [2011] J.Q. no 1127, paragr. 103-107. Manque à son devoir de coopération, le cocontractant qui décide de vendre sa propriété à une autre personne en violation du contrat de mandat donné à un courtier. Une attitude d'autant plus répréhensible qu'il n'a pas informé ce dernier tout en procédant

contractant en vue de trouver une solution amiable et d'adopter une attitude opportuniste⁸⁹⁴. Il invite plutôt à agir dans le sens de la sauvegarde des intérêts du client⁸⁹⁵. La coopération s'oppose à l'aveuglement volontaire⁸⁹⁶ ou l'indifférence à l'égard des intérêts des personnes étroitement concernées par la décision d'une partie⁸⁹⁷. Elle peut être rapprochée de l'obligation pour le créancier de mitiger ses dommages. Ce qui ne peut pas se résumer à une attitude passive du cocontractant, mais nécessite des gestes positifs et actifs notamment des efforts pour relouer son espace commercial⁸⁹⁸ ou d'exiger d'un locataire des réparations avant la fin du contrat⁸⁹⁹. La coopération peut même aller jusqu'à solliciter d'un franchiseur qu'il déploie les moyens nécessaires pour assurer le repositionnement et l'adaptation de ses franchisés⁹⁰⁰, ou encore qu'une partie octroie du temps supplémentaire afin que son cocontractant puisse adéquatement exécuter son obligation⁹⁰¹, ou même accepte une modification raisonnable et justifiée du contrat⁹⁰². Le devoir de coopération tend à faciliter l'exécution du contrat et en assurer la pérennité si besoin est. Il fait naître des obligations et devoirs touchant l'information, le conseil ou la renégociation du contrat.

Un devoir de coopération restreint par le devoir de se renseigner. Le régime de l'obligation de renseignement tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence s'applique également lors de l'exécution du contrat⁹⁰³. Le devoir de se renseigner à titre de prérequis tant pour la formation que pour

de façon à remettre en cause l'entente qui les lie et à empêcher la réalisation de la promesse d'achat faites sur l'immeuble par des acheteurs sérieux fournis par l'agent immobilier.

⁸⁹⁴ Un débiteur ne saurait prétendre profiter de l'erreur d'une banque qui lui prête au taux de 0%. Cependant, le tribunal ne peut intervenir pour imposer un taux d'intérêt aux parties. Voir *Caisse populaire Desjardins d'Aylmer c. Roy*, [2012] J.Q. no 460, paragr. 64-74.

⁸⁹⁵ Pour le cas d'une banque, voir *Option Consommateurs c. Banque de Montréal*, J.E. 2012-1925 (en appel). Commet une faute, la banque qui, pour le calcul de la pénalité à payer en fin de contrat par un client, ne tient pas compte de l'intérêt de son client en ne soustrayant pas de ce calcul la portion du capital pouvant être remboursée sans pénalité chaque année au cours du terme.

⁸⁹⁶ Tel est le cas de celui qui ne prend pas les décisions permettant à l'entrepreneur de faire correctement son travail. Voir *Walsh Brais inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, J.E. 2001-1749 (C.A.), paragr. 354-356.

⁸⁹⁷ C'est le cas de l'Université qui ne consulte pas les chercheurs éventuellement concernés par une invention pour laquelle elle s'apprête à prendre des décisions ayant sur ces derniers des impacts financiers importants. Voir *Beaudoin c. Université de Sherbrooke*, J.E. 2007-1120 (C.S.) *paxim*.

⁸⁹⁸ Voir *Groupe Clifton inc. c. Solutions réseau d'affaires Meta-4 inc.*, J.E. 2003-1954 (C.A.), paragr. 25-27.

⁸⁹⁹ Voir *Consoltex inc. c. 155891 Canada inc.*, J.E. 2006-2077 (C.A.), paragr. 27-32.

⁹⁰⁰ Voir *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.), p. 22 et s du texte intégral.

⁹⁰¹ Sauf si la situation du cocontractant est totalement désespérée à la suite de circonstances extérieures mettant en péril la survie ou la fiabilité du débiteur. Voir *Morgan Bank of Canada c. Gulf International Bank*, J.E. 2001-1714 (C.A.), paragr. 58-63.

⁹⁰² Il en va ainsi de celui qui, après avoir confié un contrat d'implantation d'un nouveau système informatique, refuse en bout de ligne d'en autoriser l'installation, argument pris de ce que le fournisseur ne lui en garantit pas le succès à 100%. Voir *Gaz propane Rainville inc. c. Mbox Solutions inc.*, [2010] J.Q. no 598, paragr. 51-54.

⁹⁰³ Voir *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 586.

l'exécution du contrat a pour effet de diluer l'efficacité du devoir de coopération. Ce qui n'est pas sans produire quelques effets pervers lors de la mise en œuvre des obligations contractuelles. Une affaire illustre assez bien ce constat. Dans *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, le juge Baudouin s'appuie sur l'obligation de se renseigner pesant sur le débiteur pour refuser de condamner une banque qui avait pourtant omis de déclarer à son client que la vente par lui de l'immeuble grevé d'une hypothèque au profit de la banque, ne le libérait pas de sa dette⁹⁰⁴. Une telle position peut surprendre, mais elle découle des principes applicables à l'obligation de renseignement tels qu'ils ont été établis par le juge Gonthier dans l'affaire *Bail Ltée*. Du coup, la partie en position de vulnérabilité doit assumer la responsabilité découlant du manque d'effort fourni par elle pour se renseigner, et ce, même si son cocontractant disposait d'une telle information et n'a pas cru bon de l'en informer. Présenté telle une « nécessité naturelle »⁹⁰⁵ lors de l'exécution du contrat, le devoir de s'informer n'est rien d'autre qu'une façon comme une autre de décrire le lien informationnel⁹⁰⁶. Cette approche restrictive du devoir de coopération peut aussi avoir un impact sur la clause de renégociation, surtout lorsqu'elle est incluse dans un contrat d'adhésion.

L'efficacité réduite de la clause de renégociation dans les contrats d'adhésion. Les parties peuvent déterminer la conduite à tenir en cas d'imprévision ou, plus généralement, inclure dans leur contrat des clauses de révision, de modification ou de renégociation⁹⁰⁷. Lorsqu'une situation d'imprévision survient et aggrave la situation économique ou financière d'une partie, l'intervention du juge est souvent le résultat de l'échec de la tentative de renégociation du contrat entreprise entre elles. Soit que les parties ont réellement essayé de renégocier sans succès, soit qu'une des parties a refusé de le faire. Par ailleurs, la renégociation n'implique pas seulement l'imprévision, elle peut aussi se justifier dans des circonstances où les conditions du contrat sont simplement devenues trop onéreuses pour l'une des parties⁹⁰⁸. Quelques fois, une clause de

⁹⁰⁴ Voir [2002] R.J.Q. (C.A.), paragr. 33.

⁹⁰⁵ Les italiques sont des auteurs. Voir *Le droit des obligations*, supra, note 158, n°2009, p. 1143.

⁹⁰⁶ Ce que n'autorise pas la bonne foi par ailleurs envisagée sous un autre prisme.

⁹⁰⁷ Il peut arriver que l'une des parties ait le pouvoir unilatéral de modifier ou de résilier le contrat. Pour la reconnaissance du droit de résiliation unilatérale d'un bailleur de centre commercial, voir *Location de voitures compactes (Québec) Ltée c. Moise*, J.E. 97-1467 (C.Q.) paxim.

⁹⁰⁸ En outre, il peut aussi être intéressant de se demander si le changement heureux de circonstances qui bénéficient uniquement à l'une des parties doit faire l'objet d'un partage des avantages qui en découlent entre les deux. Voir en ce sens, Bertrand FAGES, « Invitation judiciaire à adapter le contrat », (2008) *RTDciv.* 295.

renégociation ou de « hardship »⁹⁰⁹ est insérée dans le contrat. Dans un contexte comme celui du Québec, c'est la seule alternative qui reste aux parties⁹¹⁰. On peut pourtant se demander ce que valent de telles clauses dans une relation contractuelle déséquilibrée. L'adhérent n'a pas été capable de discuter le contenu du contrat lors de la formation, sera-t-il plus apte à le faire en cas de changement de circonstances? L'adhérent est-il véritablement en mesure de discuter la solution proposée par le stipulant? Il aura peut-être à accepter en bloc l'alternative suggérée de la même façon que le contenu initial du contrat. Dans le cadre du contrat d'adhésion ou de consommation, la clause de renégociation ne risque-t-elle pas probablement de profiter à la partie en position de supériorité? La portée du pouvoir de négociation est tout aussi problématique lors de l'exécution du contrat, même si le recours à la clause de renégociation n'est pas forcément abusif ou déraisonnable⁹¹¹. Malgré cela, cette clause profite souvent au contractant dominant⁹¹². En tout état de cause, rien ne permet de croire *a priori* que la capacité de négociation de l'adhérent soit meilleure au moment de l'exécution du contrat. L'unilatéralisme contractuel, quant à lui, peut s'étendre sur la durée. La solution, en présence de rapports contractuels déséquilibrés, serait-elle alors d'imposer aux parties une obligation de renégocier, sous le contrôle du juge, et si oui, à quel titre? La bonne foi peut-elle servir de fondement approprié pour justifier l'existence d'une telle obligation? Pour certains, la réponse est résolument affirmative. L'obligation de renégociation découle des obligations implicites tirées de la bonne foi afin de compléter et d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles⁹¹³. Seulement, la renégociation est une obligation de moyen, non de résultat. La bonne foi n'autoriserait pas l'une des parties à refuser de renégocier, mais il est concevable que la renégociation échoue.⁹¹⁴

⁹⁰⁹ Voir Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », (1974) *Journal de droit international* 794–814.

⁹¹⁰ Voir *Entreprise sanitaire F.A. Itée c. Dorval (Cité de)*, J.E. 2001-2167 (C.S.) *paxim*. La position du tribunal est claire : une tierce personne, fut-elle juge, ne peut intervenir dans le contrat afin de modifier la clause relative au prix. Il appartient aux parties de prévoir une telle possibilité dans leur contrat. De plus, lorsqu'il s'agit d'un contrat obtenu par appel d'offres lancé par une municipalité, celle-ci ne peut, de sa propre initiative, changer le prix au risque de défavoriser les autres soumissionnaires.

⁹¹¹ Voir *Meunerie Philippe Dalphond & fils c. Ville de Joliette*, J.E. 97-450 (C.S.) *paxim*.

⁹¹² Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice, supra*, note 49, p. 240.

⁹¹³ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations, supra*, note 34. Les auteurs notent que « le devoir de coopération oblige alors les parties à renégocier de bonne foi la convention, afin de la rééquilibrer, voire la résilier de consentement mutuel, s'il est impossible de faire autrement » (p. 541). Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice, supra*, note 49, p. 243.

⁹¹⁴ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice, supra*, note 49, p. 243. François Diesse indique que : « le devoir de coopération assure dans le contrat une zone de protection des intérêts particuliers et, par la suite, de l'intérêt général, en faisant en sorte que la parole donnée ne soit pas déconsidérée ou vidée de son utilité... ». Voir « Le devoir de coopération », (1999) 43 *A.P.D.* 264.

Le refus non justifié de renégocier d'une partie pourra être analysé sous l'angle de la violation de l'interdiction générale de nuire à autrui, comportement qui sera assimilé à une faute. Le fondement de la bonne foi est-il approprié dans le cadre de l'obligation de renégociation? Insérer celle-ci dans une perspective individualiste ne peut-elle qu'en limiter la portée? La question se pose d'autant plus que le devoir de coopération qui naît de la survenance d'un événement imprévisible est de l'ordre du déséquilibre structurel interne au contrat. Dans ces conditions, l'appel à une attitude responsable ne se justifie plus, pas plus que la recherche d'une conduite coupable⁹¹⁵. L'élargissement du devoir de coopération est incompatible avec une telle perspective.

Une approche volontariste du contrat incompatible avec une appréhension large de la coopération. Un malaise surgit lorsqu'on constate que la coopération ne se révèle de la même façon en fonction de la vision du contrat mise de l'avant. Elle doit être considérée à travers le contrat comme un acte de solidarité⁹¹⁶, instaurant un comportement altruiste⁹¹⁷ dans le cadre d'une union d'intérêts⁹¹⁸ et d'une relation. Cependant, elle reste enfermée dans le schème individualiste en lien avec la bonne foi qui en limite les effets protecteurs. Pour surmonter cet obstacle, paradoxalement, certains auteurs font encore appel à une logique d'opposition d'intérêts. À titre d'exemple, pour Didier Lluelles et Benoît Moore, « cette quadrature n'est qu'apparente. En réalité, dans une perspective de long terme, la coopération est profitable à chacun des contractants »⁹¹⁹! Dès lors que l'obligation de coopération fait l'objet d'une approche

⁹¹⁵ Il faut pourtant noter que c'est exactement l'inverse qui se passe jusqu'à présent en matière de contrat d'adhésion. En fait, ils sont soumis dans le *Code civil du Québec* au régime général découlant de l'autonomie de la volonté, l'adhérent est considéré comme étant responsable de son contrat et devant assumer le contenu même déséquilibré du contrat qu'il signe. C'est le refus de la lésion et l'approche limitée de la clause abusive que nous avons mentionnés qui mènent à de pareils résultats. Raison de plus pour chercher, sur le plan de théorique, une autre justification à la protection objective du contractant faible prenant davantage en compte le contrat d'adhésion comme étant le lieu d'un déséquilibre structurel et objectif.

⁹¹⁶ *Ibid.*, 259; Catherine THIBIERGE GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation des contrats », *supra*, note 55, 382; Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *supra*, note 82, 937 et s.

⁹¹⁷ Voir Denis MAZEAUD, note sous Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, *Rép. Défrénois*, 1996. 1010.

⁹¹⁸ Voir Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, PUF, 1998, n°55. Aussi Marie Annick GRÉGOIRE, Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat, *supra*, note 49, p. 69; Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », *supra*, note 360, p. 59.

⁹¹⁹ Voir *Le droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, n°1997, p. 1135. Les auteurs citent également Catherine THIBIERGE GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation des contrats », *supra*, note 55, 382. Il n'est pourtant pas certain que tel est vraiment l'argument de l'auteure car elle estime en fait que la pérennité dans laquelle la coopération tend à imprimer le contrat sera profitable aux deux parties. En outre, comment le devoir de coopération peut-il pourfendre l'individualisme et se justifier par la même perspective? Voir Denis MAZEAUD, note sous Civ. 1^{ère}, 11 juin, 1996, *Rép. Défrénois*, 1996. 1010.

individualiste, elle peut être confondue avec la loyauté contractuelle⁹²⁰ et n'est plus alors qu'un des moyens par lequel la morale pénètre le droit afin d'assurer une meilleure protection du contractant⁹²¹. D'ailleurs, « la coopération antagoniste » de Jean Carbonnier ne se conçoit que dans une perspective égoïste et individualiste. L'auteur estimait que « par des moyens communs, de pure opportunité, chacun des contractants cherche à atteindre des fins propres, et qu'un conflit est latent sous la coopération »⁹²². Coopérer en vue de la recherche de son propre intérêt, soit! Néanmoins, pour peu que l'on ne se satisfasse pas de cette explication individualiste d'un devoir qui puise en réalité ses sources dans une vision tout autre du contrat, il convient de chercher ailleurs une justification plus appropriée. Il a été remarqué que la référence fréquente à la coopération et à la collaboration entre les parties constitue, davantage que le devoir de loyauté, l'avenir vers lequel doit se tourner le droit des contrats⁹²³. Sans faire office de prophète, au lieu de se contenter de fonder le devoir de coopération sur une théorie qui en réduit la portée, n'est-il pas préférable de tenter d'en saisir toutes les virtualités que propose une approche du contrat qui repose sur des bases résolument différentes? ⁹²⁴

⁹²⁰ Voir Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989. L'auteur définit la loyauté par opposition à la malhonnêteté, la fraude et le comportement diligent et raisonnable (p. 25-70).

⁹²¹ Voir François DIESE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », (1999) *A.P.D.* 43 259, 264.

⁹²² Voir Jean CARBONNIER, *Les obligations*, Droit civil, t. 4, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, n°114, p. 227.

⁹²³ Voir François DIESE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *supra*, note 921, 659. L'étude de cet auteur est peut-être emblématique des ambiguïtés au sein de la théorie générale des contrats, si elle existe! Il annonce d'emblée dans son étude que le devoir de coopération introduit le contrat dans un horizon nouveau, faisant du contrat un acte de solidarité. À partir de là, le lecteur s'attend logiquement à une rupture théorique, du moins à des nouvelles assises contractuelles! Or, il réduit pas la suite ladite coopération à des normes de moralisation des comportements, et donc de responsabilisation accrue. En quoi est-ce donc si novateur si le devoir de coopération ne traduit qu'une nouvelle façon de sanctionner les conduites moralement répréhensibles, donc fautives? Le solidarisme n'est-il alors qu'une nouvelle forme de moralisation des comportements dans le cadre de l'individualisme juridique dominant? Cependant, cela traduit une véritable tendance dans la théorie générale des contrats qui, faute de mieux, se contente de moraliser toujours davantage les parties sans rupture théorique réelle!

⁹²⁴ Voir note sous Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, *Rép. Défrénois*, 1996. 1010. Cette approche est assimilée par ses détracteurs à l'angélisme et la naïveté, du moins, elle suscite de nombreuses résistances. C'est pourquoi il semble préférable de se cacher derrière le principe de la bonne foi pour essayer d'investir l'idée de coopération. Ce choix apparaît plus crédible, surtout dans un système juridique dominé par les postulats de l'individualisme juridique. Notre propos ne consiste pas à prendre position. Mais, si on veut bien admettre que le contrat n'a pas d'essence, alors rien n'interdit d'envisager une vision du contrat autre qu'individualiste, surtout lorsque les concepts mis de l'avant s'y opposent de manière plutôt radicale.

Conclusion du chapitre II

Malgré l'apport et la fécondité réels des pouvoirs reconnus au juge et aux obligations imposées au contractant fort, la force obligatoire possède encore une place très importante. On pourrait même dire qu'elle constitue le principe de la délimitation de la protection du contractant, car elle justifie l'existence d'un déséquilibre irréductible. C'est la raison pour laquelle on a pu dire du volontarisme individualiste remanié qu'il « concentre son attention sur la liberté pour mieux fermer les yeux sur la servitude à laquelle elle donne lieu »⁹²⁵ spécialement en phase d'exécution. Il en est de même pour la bonne foi et la plus haute bonne foi, à l'égard desquelles on a pu souligner qu'« en eux-mêmes ces concepts ne contribuent aucunement à l'expression d'un nouvel entendement de la relation contractuelle, et encore moins à la compréhension des règles qui la sous-tendent et de l'application qui en est faite »⁹²⁶. Étant donné le non-sens normatif qui en résulte dès lors que la protection de la partie vulnérable doit être délestée de la sanction d'une conduite fautive et de la logique d'opposition d'intérêts, il est alors urgent de rechercher une nouvelle norme de protection.

Conclusion du titre II

Rendu au terme de ce deuxième titre, on peut légitimement se demander s'il existe une différence entre la bonne foi, la moralité contractuelle et le volontarisme comme nous y invite une partie de la doctrine, et même la jurisprudence, faisant croire que le premier et le deuxième sont l'expression de la remise en cause et de rejet du troisième. À cet effet, des auteurs soutiennent ce qui suit :

Au fil des situations qui se présentent, le législateur ou le juge doivent fréquemment arbitrer entre des valeurs qui entrent en conflit : l'autonomie de la volonté et sa mise en œuvre, la force obligatoire du contrat, d'une part et, d'autre part, la justice contractuelle et son incarnation en droit positif, la bonne foi et l'équité⁹²⁷.

Le conflit ainsi décrit n'est pas toujours avéré. Il est apparu nettement au cours de nos développements qu'il existe un rapport de continuité entre les mécanismes de protection issus

925 Marie-Claude PRÉMONT, *Tropismes juridiques - Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 125.

926 Voir André BÉLANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme juridique : L'exemple du contrat de cautionnement », *supra*, note 232, 442-443.

927 Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, p. 140.

du droit positif et découlant de la bonne foi, et le volontarisme contractuel contemporain. La bonne foi y joue alors un triple rôle : elle est à la fois le fondement, la finalité et la limite de la protection du contractant vulnérable. Moraliser le contrat, n'est-ce pas la forme par laquelle le volontarisme individualiste ambiant se donne à voir et à travers lequel il faudrait le comprendre? La réponse doit être irrémédiablement positive. Du volontarisme au moralisme, il n'y a pas de séparation, juste un élargissement des frontières dont le contenu demeure flou. Le professeur Maurice Tancelin n'a-t-il pas d'ailleurs constaté qu'à l'issue de « la longue tradition de consensus social, dont la refonte de 1991 est le sommet : on ne touche pas au crédo libéral. Bien au contraire, on le réaffirme en supprimant maints détails... »⁹²⁸? S'il n'y a pas eu rupture, il y a bien eu des réformes au sein de ce courant qui, lui-même, a entraîné autant d'effet de perturbations internes. Pour prendre davantage en compte la situation du contractant vulnérable, le volontarisme a connu deux types de déplacements fondamentaux. Le premier, que nous avons vu dans le premier titre de cette partie, avait pour but de tenter de redonner aux parties les moyens d'un engagement réel, bien que de portée limitée. Le second a mis en lumière le besoin de tirer conséquences de la position de supériorité d'un contractant et lui interdire d'en abuser au détriment de son partenaire. Un tiers peut éventuellement intervenir afin de contrôler la teneur du contrat ou lui imposer des obligations. Toutefois, le contrôle du déséquilibre contractuel demeure indirect. L'intervention du juge reste restreinte et le contractant fort n'est habituellement sanctionné que pour un comportement qui s'assimile à la faute. À ce niveau, le volontarisme contractuel a atteint les limites des mouvements qui pouvaient s'y opérer en réponse aux critiques afin d'intégrer la protection de la partie vulnérable tout en restant lui-même. L'étude du devoir de coopération a permis d'en être convaincu. Un exemple d'adaptation qui montre que la moralité contractuelle ne peut pleinement intégrer une protection objective et directe du contractant vulnérable, car elle reste prise dans les pièges et les abstractions du volontarisme individualiste. Là est l'évènement : le volontarisme ne peut, sans contradiction interne, justifier adéquatement ce type de protection. Au-delà d'un certain seuil, toute transformation à l'interne devient impossible, sinon ce qui n'était alors que déplacement devient dérèglement. Dans ce cas, il faudrait délaissier cette théorie au profit d'une autre mieux à même de justifier la perspective d'une généralisation du contrôle objectif du déséquilibre contractuel.

⁹²⁸ Voir *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, n°73. L'auteur conclut que : « la philosophie du droit des obligations dans son ensemble n'a guère changé même si elle est moins crue qu'elle ne l'était. Quelques angles sont arrondis et encore avec beaucoup de précautions » (spéc. n°79).

Conclusion de la première partie

À l'issue de la première partie de notre dissertation, il convient de rappeler que l'expérience juridique du XX^e siècle a été celle des contrats d'adhésion, des contrats types, des contrats imposés et, plus généralement, des contrats déséquilibrés. Toute chose qui a exacerbé le conflit entre l'approche volontariste du contrat et les impératifs croissants de protection du contractant vulnérable. La réponse du volontarisme individualiste contemporain, par une approche de la justice marquée par sa fonction réparatrice, apparaît comme étant insuffisante face à une exigence croissante d'équilibre contractuel et l'intérêt d'une meilleure répartition des droits et obligations des parties. Comme l'indique Mustapha El Gharbi, « la version rénovée de la thèse volontariste est réductrice dans la mesure où elle méconnaît le niveau pouvoir du vouloir de la volonté, pour ne s'intéresser qu'au niveau pouvoir de vouloir de la volonté »⁹²⁹. Pour rendre compte de toute sa complexité, la protection du contractant doit résolument sortir des préceptes inadaptes de l'autonomie de la volonté. Maurice Tancelin explique que du point de vue politique :

L'autonomie de la volonté est une pétition de principe [...] les conséquences juridiques qu'on prétend en tirer directement au niveau de la liberté contractuelle sont du même ordre d'abstraction, insoucieuses des résultats pratiques. Elles sont donc étrangères à l'esprit juridique. Le danger de règles juridiques fondées sur de telles prémisses vient de la distance qui sépare le fondement idéalisé du droit, le respect de la personne libre et la réalité observable⁹³⁰.

Ce n'est pas tant le rôle de la volonté que l'importance accrue de l'individualisme juridique à travers lequel elle est perçue qui est problématique dans le cadre de la protection de la partie vulnérable. Par opposition à la moralité contractuelle, l'idée de relation permet d'envisager le contrat comme un fait social et offre la possibilité de saisir le contrat dans une optique réaliste. La rupture avec le dogme de l'autonomie de la volonté qui en résulte mène à diverses avenues⁹³¹ et, plus radicalement, sur une vision autre et neuve de la justice contractuelle. Tel est l'objet de la deuxième partie de notre étude.

⁹²⁹ Voir « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », *supra*, note 41, 177.

⁹³⁰ Voir *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra* note 79, p. 61.

⁹³¹ Voir Catherine THIBIERGE GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation des contrats », *supra*, note 55.

Partie II La protection du contractant vulnérable issue de la notion de relation

La notion de relation ou la vision réaliste de la protection du contractant. Après avoir étudié la justice contractuelle sous l'angle volontariste, il convient maintenant de s'attarder sur la vision réaliste de la justice contractuelle. Elle se manifeste principalement dans l'idée que le contrat est d'abord une relation. Bien que le concept de « relation » ne soit pas univoque⁹³², il permet de considérer les contrats d'adhésion et de consommation avant tout comme des faits sociaux mettant en exergue les caractères collectif et systémique de la vulnérabilité du contractant. En fait, la notion de relation « modifie singulièrement le sens et la portée de la structure conventionnelle classique, héritée en somme de l'idéalisme essentialiste et volontariste »⁹³³. L'approche idéaliste du contrat en fait un acte de prévision qui prétend saisir le réel dans sa totalité, la relation intègre son caractère essentiellement incomplet,⁹³⁴ et ce, dans une double perspective.

Le double sens de la notion de relation. Dans un premier temps, la protection du contractant en position d'infériorité peut être envisagée à partir d'une approche formaliste de la notion de relation en dehors de toute référence à la justice contractuelle. Le conflit d'intérêts entre les deux contractants est alors remplacé par un modèle légal et technico-formaliste imposé de l'extérieur. Il est le résultat d'un compromis agencé par le législateur entre les divers intérêts en présence. Cette approche réduit le contrat à une relation de pure forme. Toute idée de justice contractuelle

⁹³² Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, 19.

⁹³³ *Ibid.*, 19.

⁹³⁴ Voir Camille CHASERANT, « Les fondements incomplets de l'incomplétude : Une revue critique de la théorie des contrats incomplets », (2007) 83 *L'Actualité économique* 227-253. Cet article présente les principaux modèles et débats qui animent la théorie des contrats incomplets dans une perspective critique. Il ressort de cela que les concepts de renégociation et d'incomplétude qui y sont modélisés ne sont pas toujours simples à appréhender. On retrouve aussi cette théorie dans l'analyse économique du contrat. Éric Brousseau mentionne d'ailleurs l'importance de la théorie de l'incomplétude du contrat qui repose sur le constat et la nécessité de l'intervention du juge dans certaines hypothèses lorsque l'efficacité du contrat fait défaut. Voir « L'économiste, le juriste et le contrat », dans Gilles GOUBEAU et Jacques Ghestin (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, *supra*, note 519, p. 164 et s. L'incomplétude intervient tant au niveau informationnel que lors de l'intervention d'un tiers dans la mesure où le contenu du contrat peut être vérifié et doit offrir une certaine flexibilité. La modification des termes du contrat n'est dès lors pas complètement incompatible avec l'approche économique (p. 169). Si l'intervention du juge ou du législateur afin de rétablir l'équilibre est envisageable, dans bien des cas, elle est nuisible dans d'autres, puisqu'elle n'atteint pas toujours les buts recherchés et que les instruments qu'elle met en branle sont quelques fois flous notamment la bonne foi ou le crière de la raisonnable (p. 165 et s.). Voir aussi Jean-Guy BELLEY, « Les incertitudes du contrat », dans Ejan Mackaay (dir.), *Les incertitudes du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, 1-23. L'auteur en identifie deux grandes catégories : juridiques et sociologiques. Ce dernier conclut par ailleurs sur l'idée que l'esprit juridique tolère assez bien l'incertitude au sein du contrat, bien que la contractualisation de la société ne soit pas la panacée contre les méfaits de l'incertitude de l'action humaine.

substantielle perd alors toute pertinence (titre I). Par opposition, la notion de relation révèle sa nature profondément réaliste lorsqu'elle permet d'ouvrir le contrat à une forme de justice ayant pour but le rétablissement direct de l'équilibre contractuel. Elle mise cette fois sur les contractants et le juge. Le solidarisme contractuel en est une des illustrations contemporaines puisqu'il propose de substituer à l'opposition entre les parties la solidarité d'intérêts (titre II).

Titre I La notion de relation à la base d'une approche formaliste de la protection du contractant vulnérable

La notion de relation issue de l'approche réaliste de la justice oriente l'idée ambiguë de justice contractuelle soit dans le sens qui l'exclut, soit vers celui qui lui donne un contenu nouveau. Dans tous les cas, l'objectif est commun : mettre un terme à l'opposition d'intérêts entre les deux contractants compte tenu de la dissymétrie des forces en présence et, par conséquent, sortir le régime de protection de la partie faible de l'horizon individualiste. Les postulats de départ sont partagés : le contrat est d'abord un fait social et la vulnérabilité du contractant est surtout un phénomène systémique et symbolique, par opposition à une approche individuelle et ciblée. Le premier chapitre portera sur la nature collective de la vulnérabilité du contractant. Le deuxième chapitre fera apparaître que les conséquences tirées de cette forme de vulnérabilité peuvent déboucher sur une idée de justice contractuelle vidée de toute substance.

Chap. I La vulnérabilité du contractant appréhendée sur le plan collectif

Au sein des contrats d'adhésion et de consommation, la vulnérabilité présente d'abord une dimension collective. Toute chose qui influence autant la nature que le sens des mesures de protection. Le *Code civil du Québec* traite du contrat d'adhésion comme une forme de convention, parmi tant d'autres. Sur un plan réaliste, il est d'abord le résultat d'une pratique collective, systémique et symbolique⁹³⁵. C'est en tant que tel qu'il doit maintenant être envisagé. Sinon, en le traitant uniquement comme un accord de volonté, dans lequel les stipulations essentielles ne sont pas négociées, on perd de vue cette particularité du contrat d'adhésion. Il appert pourtant bien que c'est en tant que phénomène collectif que le contrat de consommation est pris en compte dans La *Loi sur la protection du consommateur*. La place de cette loi au sein du droit de contrat reste problématique par rapport au *Code civil du Québec*. L'analyse détaillée de la vulnérabilité collective du contractant permet de mieux saisir la logique profonde qui sépare les deux types de législations. Pour cela, il convient dans une première section de cerner la notion de relation, dans une seconde section, de décrire les caractéristiques de la vulnérabilité du contractant qui sont ainsi mises en lumière, pour finir par découvrir, dans une dernière section, que loin de la réparation, la forme de justice qui s'ensuit se décline sous le mode de la répartition.

Sect. I Le contrat à titre de relation

La pluralité de sens de la notion de relation. La notion de relation possède une pluralité de sens qui ont en commun de s'opposer à la définition consensualiste du contrat au profit d'une démarche qui « s'applique aux réalités naturelles ou d'expérience et aux individus conçus comme étant ordinairement en état de coexistence »⁹³⁶. Toute chose qui repose sur l'idée que le contrat est d'abord un fait social (para I). Aborder le contrat à titre de relation est une manière originale de problématiser le lien entre les parties sans faire référence à l'accord de volonté. Un constat

⁹³⁵ En effet, comme le note un auteur : « La complexité technologique transforme le rapport de l'homme à ses outils, et avec lui l'analyse des causalités, la complexité technologique réduit l'homme et sa conduite à n'être qu'un maillon dans une chaîne d'éléments qui lui échappent autant en amont qu'en aval. La conduite de l'homme ne peut plus se penser en opposition au processus technique, dans les catégories de la disparition ou de la maîtrise : elle est inscrite comme élément d'un processus objectif : la conduite de l'homme se trouve objectivée comme un élément matériel, composante technique d'un processus ». Voir François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 443.

⁹³⁶ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, p. 19.

sur lequel il convient de s'arrêter afin d'en saisir le sens et la portée dans le cadre de la protection du contractant faible (para II).

Para I Le contrat d'adhésion ou de consommation, un fait social

Le fait social par opposition à une représentation abstraite de la réalité. Lorsqu'on saisit le contrat comme un fait social, la vulnérabilité apparaît certes sur le plan individuel, mais surtout collectif. Elle n'est plus seulement inhérente et relative, mais systémique. Le contrat est en ce sens un fait ou un phénomène qui donne lieu à une approche réaliste de la justice par opposition à une approche conceptuelle. En effet, dans la perspective volontariste, la relation contractuelle est d'abord perçue dans un style spéculatif et sur une idée abstraite de la justice. Les termes juridiques sont utilisés pour représenter la réalité⁹³⁷ et le contrat repose sur une approche mentale et intellectuelle de celle-ci. Ce qui débouche sur des principes fondamentaux abstraits et généraux ayant vocation à s'appliquer de manière indifférenciée. Pour autant, le concept ne s'oppose pas toujours aux faits, il prétend d'ailleurs en rendre compte, mais il en fournit d'abord une représentation. Le problème vient de ce que la stabilité juridique à laquelle prétend cette vision conceptuelle de la justice n'est pas toujours adaptée à la mouvance des données factuelles qui appellent une autre façon d'envisager celle-ci, et ce, en partant du fait social.

La notion de fait social. Le fait social est un concept sociologique inventé par le fondateur de la discipline, Émile Durkheim. L'utilisation de cette notion se fait souvent sans précision, le fait social renvoie pourtant à des manières d'agir, de penser ou de sentir extérieures aux individus, et douées d'un pouvoir de contrainte qui s'impose à eux⁹³⁸. Tous les faits de la société ne répondent pas obligatoirement à une telle définition. Les faits sociaux ont des caractéristiques propres. Ainsi, ils sont collectifs, stables, extérieurs et contraignants⁹³⁹. Le fait social est par conséquent un procédé de description de la réalité faisant ressortir celle-ci comme étant l'élément d'un ensemble qui agit sur elle et qu'elle influence. Comme l'explique François Ewald, « l'individu

⁹³⁷ Pour les différentes approches de la réalité, voir l'étude de François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, T. 1, Paris, LGDJ, 1919.

⁹³⁸ Voir la définition d'un fait social dans le premier chapitre de l'ouvrage d'Émile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Livre I, 16^e éd, Paris, PUF, 1967, p. 18-23.

⁹³⁹ Pour Émile Durkheim, il ne s'agit donc pas de phénomènes organiques ou physiques. Voir *les règles de la méthode sociologique*, *supra*, note 938, p. 18-23.

apprend en quelque sorte qu'il n'est lui-même qu'au sein d'une collectivité, que son identité au fond est sociale, qu'elle n'est pas à chercher dans l'intimité d'un rapport à soi, mais dans le groupe auquel il appartient »⁹⁴⁰. Transposé à la relation contractuelle, cela signifie qu'il ne faudrait pas seulement porter son attention sur l'accord de volonté individuelle, mais encore situer le contrat dans un environnement socio-économique plus large. Il appert alors que c'est à titre de fait social que le contrat de consommation « se présente comme un processus social intégré au système général de consommation et non comme un acte juridique qui n'obéirait qu'à la volonté autonome des parties contractantes »⁹⁴¹. Cette tendance exploite un aspect du contrat qui atteste d'une exigence objectiviste. Il importe, pour saisir le contrat dans toute sa complexité, de tenir compte de la position que les parties occupent au sein du groupe⁹⁴². Il ne suffit pas de dire que le contrat est un accord entre deux volontés abstraites, il faut encore y voir le résultat de nombreuses pressions et nécessités sociales extérieures aux contractants. Une dimension que la spontanéité de la rencontre des consentements ne suffit pas à rendre compte, puisqu'elle occulte tout le processus sous-jacent au contrat et la nature collective de la vulnérabilité qui en découle.

La nature collective de la vulnérabilité du contractant. Pour saisir la nature collective de la vulnérabilité du contractant, il faut perdre de vue un instant l'idée que l'adhérent est un atome isolé pour le considérer comme l'élément d'un système socio-économique. C'est d'ailleurs le choix opéré au sein de la *Loi sur la protection du consommateur*. À propos de cette dernière, il a été écrit qu'« il est tout aussi évident que la structure de la loi obéit également à un réalisme sociologique qui fait percevoir à quel point les choix des consommateurs sont influencés et encadrés par une multitude de facteurs sociaux qui confèrent à la société québécoise les caractéristiques d'une société de consommation de masse »⁹⁴³. Une description qui prétend rendre compte de la réalité du lien contractuel en termes de « séquence d'actions »⁹⁴⁴. Le contrat de consommation est alors caractérisé par un :

⁹⁴⁰ Voir François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 150.

⁹⁴¹ Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 125-126.

⁹⁴² Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, p. 16.

⁹⁴³ Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 135.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 136.

Processus social qui ne se réduit pas au moment décisif de la signature d'un écrit, mais qui a été précédé et sera suivi de multiples comportements, représentations, relations et déceptions [...] le contrat de consommation ne connaît pas d'instant magique où tout serait dit et consommé. Il se forme et s'exécute à travers une succession de comportements, d'actes de communication, de relations avec les tiers plus ou moins éloignés et de risques plus ou moins contrôlés⁹⁴⁵.

Il apparaît à la fois comme un processus social et un acte de langage impersonnel et standardisé.

Le contrat, un acte de langage spécifique. Dans la perspective sociologique, le contrat fait partie intégrante d'« un processus de décision aussi long, programmé et systématique que l'exige le fonctionnement d'une entreprise hiérarchisée dont l'activité quotidienne consiste à traiter une masse de propositions et à produire un nombre considérable de contrats écrits à la demande »⁹⁴⁶. L'appréciation que le juge fait du contrat devra prendre en compte cette nouvelle donne. L'acte qui est soumis à l'adhérent ou au consommateur est l'aboutissement d'étapes et de décisions prises par différents services ou professionnels au sein de l'entreprise du stipulant ou pour son compte. La préparation de l'acte présente « un caractère social et collectif plutôt que biologique et individuel »⁹⁴⁷. Saisir le document qui en résulte comme étant le résultat de la rencontre bien pensée et pesée de deux volitions ne serait rien d'autre que la fiction, et les conséquences qu'on serait alors appelé à tirer s'avèreront pour le moins inappropriées. Il s'agit davantage d'« actes de langages, de comportements et de procédés impersonnels et standardisés plutôt que personnels et spontanés »⁹⁴⁸. Écrit standard rédigé à l'avance par l'une des parties ou pour son compte, tiré en milliers, voire millions d'exemplaires et distribué dans tout l'espace du marché⁹⁴⁹. En outre, celui qui assure la rédaction et la préparation de l'acte délimite les obligations et droits mutuels et procède à la répartition des risques. Il en résulte pour le stipulant un véritable pouvoir normatif, puisque dans le contexte économique contemporain, les termes du contrat ne peuvent être négociés⁹⁵⁰. Le phénomène qui est ici directement visé est le contrat d'adhésion. D'ailleurs, la définition de celui-ci est à cet égard éclairante, car il s'agit d'un contenu contractuel abstrait et général, largement préfixé pendant la période précédant la signature du contrat⁹⁵¹. La préparation

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 135.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 134.

⁹⁴⁷ *Id.*

⁹⁴⁸ *Id.*

⁹⁴⁹ Voir Jean-Guy BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 134.

⁹⁵⁰ Voir Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, p. 171.

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 27.

du contrat s'opère avec la prétention de rendre compte de la réalité de manière factuelle. Par conséquent, « vu dans cette perspective phénoménale, le contrat devient lui-même un objet de consommation, un bien technique, standardisé, un produit éventuellement défectueux et potentiellement dangereux »⁹⁵². Dire que le contrat est un fait social relève alors davantage d'un constat sociologique que d'une définition juridique ou, plus exactement, de la nécessité de tenir compte juridiquement de sa dimension collective.

Le contrat, élément d'une réalité collective. C'est à titre de fait social que l'on considère l'acte de consommer comme une réalité « collective, percevant la consommation comme une masse d'actes individuellement posés et répétés par une masse d'individus »⁹⁵³. Dans son processus de formation, il y a non seulement de nombreux préalables, mais aussi des moyens et « des personnes plus ou moins éloignées du commerçant et du consommateur, engagés dans les relations de coordination et de coopération plus ou moins formalisées »⁹⁵⁴. Cette intégration dans le contrat de différents acteurs et sphères n'est pas sans présenter de liens avec la théorie relationnelle développée par Macneil. Elle revient sous la plume de nombreux juristes civilistes québécois, notamment Jean-Guy Belley⁹⁵⁵, Louise Rolland⁹⁵⁶ et Alain Roy⁹⁵⁷ afin de mettre l'accent sur des éléments qui supplantent la seule rencontre de volonté. En effet, la définition du contrat que propose Ian R. Macneil, en rupture avec l'approche volontariste, met en avant l'idée que le contrat est pris dans un réseau de relations complexes qui le dépasse⁹⁵⁸. Ian R. Macneil distingue la transaction de la relation. La première se limite à la rencontre spontanée des volontés. La relation, quant à elle, permet de saisir à quel point le contrat est un élément d'un ensemble plus

⁹⁵² *Ibid.*, p. 126.

⁹⁵³ Voir « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire? », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 6.

⁹⁵⁴ Voir Jean-Guy BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 138.

⁹⁵⁵ Voir « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *La pertinence renouvelée du droit retour aux sources. supra*, note 312, p. 137; *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean, supra*, note 84; « Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : une étude de cas », (1996) 37 *C. de D.* 37; « Les transformations d'un ordre juridique privé. Les contrats d'approvisionnement à l'ère de la cybernétique et de la gestion stratégique », (1992) 33 *C. de D.* 21; « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », (1991) 32 *C. de D.* 253.

⁹⁵⁶ Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *supra*, note 69, 903; « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », *supra*, note 212, 13.

⁹⁵⁷ Voir *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 366 et s.

⁹⁵⁸ Ian R. MACNEIL affirme que: « every transaction is embedded in complex relations ». Voir « Relational Contract Theory: Challenge and Queries », (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 877-907, 881.

complexe et beaucoup plus organisé⁹⁵⁹. Le contrat influe sur la collectivité et le milieu social dans lequel il prend racine et sur lequel il produit des effets. Il n'est pas tout à fait certain que la théorie relationnelle de Macneil contribue à une bonne compréhension des contrats d'adhésion⁹⁶⁰. Il n'en reste pas moins vrai qu'elle permet de mesurer à quel point le contrat est tout, excepté une « une rencontre fortuite et la transaction isolée entre deux monades autosuffisantes »⁹⁶¹. Il ne suffit pas de saisir le contrat à titre de fait social, encore faut-il comprendre quelles en sont les conséquences sur le plan de la vulnérabilité des individus.

Para II La portée du contrat d'adhésion ou de consommation à titre de fait social

Une approche objective de la vulnérabilité du contractant. Considérer le contrat comme un fait social implique la remise en cause du sens même de celui-ci de sorte qu'il importe de tirer toutes les conséquences de ce cadre renouvelé. En effet, la définition du contrat ne repose plus alors seulement sur la capacité de volition des parties. Tel qu'il ressort de la *Loi sur la protection du consommateur*, le contrat de consommation porte sur deux éléments principaux : la qualité des intervenants et l'objet du contrat. L'article 2 de la Lpc vise « tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service ». Cette disposition se traduit aussi par une prise en compte accrue de la qualité des parties dans la notion d'adhérent du *Code civil du Québec*. Adhérent et consommateur visent d'abord les attributs d'une personne prise dans une relation déséquilibrée et présumée en situation de faiblesse. Ce qui renvoie dans les faits tout à la fois à l'hypothèse de celui qui se procure un bien ou un service qu'au contractant qui, ce faisant, se voit imposer les stipulations essentielles du contrat. La dimension factuelle ressort davantage encore des opérations visées, notamment l'exercice d'une activité commerciale. C'est la position des acteurs

⁹⁵⁹ Signalons que la théorie de Macneil peut effectivement être rapprochée d'une perspective sociologique du contrat. Il s'agit d'une réflexion riche qui intègre dans la compréhension du contrat de nombreux éléments qui ne sont pas toujours appropriés dans le simple cadre de la transaction, notamment une plus grande flexibilité, l'adaptabilité du contrat et la durée. Voir « Relational Contract: What We Do and Do Not Know », [1985] *Wis. L. Rev.* 483; *The Many Futures of Contracts* », (1973-1974) 47 *S. Cal. L. Rev.* 691; « Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », (1977-1978) 72 *Nw. U. L. Rev.* 854; *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.

⁹⁶⁰ Pour le cas spécifique du contrat d'assurance, contrat d'adhésion par excellence, voir André BÉLANGER et Joelle MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *supra*, note 207, 37-75.

⁹⁶¹ Voir Jean-Guy BELLEY, Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 139.

de la relation ou l'objet du contrat tel que cela se traduit dans la réalité qui importe. Par opposition au subjectivisme du volontarisme, le contrat est, dans une optique objectiviste, considérée comme une chose ou un bien en circulation dans le cadre d'un lien impersonnel⁹⁶².

Le contrat comme lien impersonnel. C'est à partir de la relation impersonnelle qui s'établit entre les parties que devront désormais être envisagées les mesures de protection du contractant vulnérable. Jean-Guy Belley mentionne à cet égard que :

Dans la société traditionnelle, l'expérience du contrat se vivait comme un acte de confiance privée et interpersonnelle. Les rédacteurs de *Loi sur la protection du consommateur* constatent qu'avec les nouvelles stratégies du marketing moderne, le contrat de consommation est devenu une affaire de confiance publique et impersonnelle, un fait de psychologie collective autant qu'individuelle⁹⁶³.

Devant ce constat, le contrat est un objet dont la fonction est essentiellement économique et sociale. À ce titre, le contrat d'adhésion « dépasse donc le rapport individuel pour prendre un caractère d'intérêt public et constitue une catégorie juridique autonome qui possède un régime spécifique »⁹⁶⁴. Il est « l'instrument de droit économique qui permet le fonctionnement de l'entreprise qui s'adresse au public »⁹⁶⁵. Pour Saleilles, ce qui sera le contrat a été établi unilatéralement et ne vise pas une personne, mais une multitude d'individus indéterminés⁹⁶⁶. Il constitue un authentique cadre juridique adressé à la collectivité, mais dressé par une seule personne ou organisme. L'offre d'adhésion faite au grand public peut être facilement assimilée à un service destiné au public, et ce, malgré l'absence des volontés et à raison du caractère objectif et permanent du contenu contractuel⁹⁶⁷. Le contrat de consommation est à juste titre perçu « comme un bien économique circulant dans la sphère du marché, et non comme un concept opératoire de la pensée juridique »⁹⁶⁸. Les obligations du stipulant devront tenir compte de ces

⁹⁶² Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 133 et s.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 138.

⁹⁶⁴ Voir Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note, 59, p. 171.

⁹⁶⁵ *Id.*

⁹⁶⁶ L'auteur décrivait les contrats d'adhésion comme ceux « dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée ». *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, nouveau tirage, Paris, Pichon, 1929, n°89, p. 229, cité par Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, p. 27.

⁹⁶⁷ Avec la nuance ici qu'il ne faudrait pas le confondre avec le service public offert par l'État. Georges Berlioz précise dans cette perspective « l'entreprise qui fait appel à l'adhésion de ses clients offre un service au public, et non un service public ». Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, p. 172.

⁹⁶⁸ Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 125.

aspects collectif et social⁹⁶⁹. Ce qui se traduit d'une part par la nécessité d'assurer le bon fonctionnement des opérations économiques et, d'autre part, par une plus grande prise en compte de l'impact social du contrat dans la vie du consommateur. Dans tous les cas, le portrait reste très souvent le même :

Comme la production de masse devient la production pour les masses, l'uniformité des objets produits, la similitude des besoins, tel qu'ils sont ressentis ou tels qu'ils sont créés par les médias de masse, font disparaître la nécessité du contrat comme mode d'individualisation et imposent, au contraire, celle du contrat d'adhésion comme mode d'uniformisation. Le contrat autorisait l'adaptation à des situations différenciées, il permet maintenant d'imposer des règles uniformes. Le combat qui était dans un premier stade devenu sans espoir, change d'échelle, d'objectif; il ne se situe plus au niveau individuel. Toutes les interactions d'adaptation qui auparavant se faisaient contractuellement à l'échelon individuel se situent maintenant à des niveaux globaux [...] Ainsi le marchandage individuel recule devant les prix plus ou moins uniformes résultant d'un équilibre entre l'offre et la demande qui se fait à l'échelle de masse. L'offre se fait par la publicité sur « les mass médias », la demande s'exprime par le biais de la population. L'individualité des parties qui donnait sa coloration à l'ancien contrat disparaît et les clauses deviennent « stéréotypées ». La préredaction du contenu contractuel, rendue possible par la standardisation du contrat, est imposée par l'accélération et la multiplication des échanges. La préparation de milliers de contrats individualisés pour les opérations similaires serait économiquement impossible. Les conditions stéréotypées sont rédigées par une équipe spécialisée qui établit un texte destiné à prévoir toutes les éventualités. Ces conditions sont ensuite utilisées dans toutes les relations contractuelles concernant les mêmes produits ou services, quel que soit le cocontractant. Elles peuvent être soit reproduites ou incorporées par référence dans les formules de contrat tirées en de multiples exemplaires, soit affichées dans les lieux de conclusion du contrat. La conclusion des contrats est alors confiée à des agents subalternes auxquels on n'accorde aucun pouvoir de décision, qui ne disposent d'aucune marge de négociation des termes contractuels. Ceux-ci étant fixés d'avance, l'argument de l'agent « cherche seulement à obtenir la signature sur le formulaire », il ne reste au client qu'à adhérer en signant sur le pointillé⁹⁷⁰.

Dans ce contexte, il ne fait pas de doute que l'acte de contracter échappe largement à l'une des parties, car il est immergé dans une vaste logique de standardisation qui justifie une autre vision du contrat.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 135.

⁹⁷⁰ Voir Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *supra*, note 78, p. 18-19. Les exemples ne manquent pas à l'observation. Ces contrats existent sur le mode de répétition, des milliers d'exemplaires sont répartis et utilisés de manière uniforme entre le stipulant et un adhérent. Répétition qui manifeste de façon saisissante l'objectivité du déséquilibre qui peut en résulter. Quelle que soit la personne qui requiert le service ou le bien, il existe un exemple de formule préparée d'avance, et qui devra être utilisé en fonction de la catégorie à laquelle elle appartient. De sorte qu'il reste en général à remplir l'identité du client et obtenir sa signature.

La nécessité d'une vision tout autre du contrat. Là où la responsabilisation recherche à identifier isolément la victime et l'auteur en les distinguant, l'approche collective et objective de la vulnérabilité du contractant n'est jamais qu'une exception. Dorénavant, ce n'est plus la personne raisonnable, prudente et diligente qui sert de référence. Toute la prudence dont le contractant pourrait faire preuve ne suffirait pas à lui éviter de se retrouver dans une situation défavorable par rapport à son cocontractant. Cette position de vulnérabilité n'est pas due à un quelconque manquement ou à la violation d'une supposée bonne foi, puisqu'il en est de même pour des milliers, voire des millions d'autres personnes. Le respect d'une norme générale et abstraite de comportement telle que la bonne foi n'est alors d'aucune utilité, car il ne s'agit plus de juger de la conduite des parties. L'approche du contrat à titre de fait social opère une transformation profonde dans la logique de protection du contractant faible. La vulnérabilité touche ici la population ou les groupes de personnes. Une approche différente du contrat qui se justifie d'autant plus que la vulnérabilité qui en découle est de nature essentiellement collective.

Sect. II L'approche collective de la vulnérabilité du contractant

Dans la définition fournie par Émile Durkheim, les faits sociaux sont caractérisés par leur nature collective et contraignante⁹⁷¹. Le contrat se présente comme étant le lieu de contraintes, non plus seulement internes, mais extérieures issues du fonctionnement normal de la société de consommation. Dire que la vulnérabilité est collective renvoie à trois caractéristiques principales et inédites : systémique (para I), stratégique (para II) et symbolique (para III)⁹⁷². Elles en font à la fois l'originalité et montrent toute la difficulté à y apporter des réponses adaptées.

Para I Une vulnérabilité systémique

Les contrats d'adhésion et de consommation, principaux outils d'une économie de masse. Phénomène intrinsèque au lien qui l'unit à son cocontractant, la vulnérabilité représente la

⁹⁷¹ Voir *Les règles de la méthode sociologique*, Livre I, 16^e éd., Paris, PUF, 1967, p. 18-23.

⁹⁷² Nous reprenons ici les qualificatifs de Jean-Guy BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 139-140.

situation d'un individu au sein d'une économie de marché et de la société de consommation qui est la nôtre. La notion de relation propose de prendre pour référence la réalité collective et les contraintes extérieures que subissent les parties afin d'énoncer des règles de protection. Or, c'est la spécificité de la nature de la vulnérabilité qui est problématique dans le cadre du contrat d'adhésion. C'est en ce sens que Maurice Tancelin signale que : « La définition du contrat de gré à gré est escamotée par renvoi à son opposé (en réalité contradictoire), le contrat d'adhésion. La définition du contrat de gré à gré ne serait pas celle d'une catégorie de contrat, mais celle du contrat »⁹⁷³. Dans ce contexte volontariste, l'approche du contrat d'adhésion ne peut satisfaire, puisque, comme ajoute le même auteur, « la définition du "contrat" d'adhésion est ouvertement incohérente, incompatible avec la définition du contrat tout court. Un "accord de volonté", 1379 C.c.Q. dont "les stipulations essentielles (...) ont été imposées", 1379 C.c.Q. est une licence législative de l'ordre de la fiction »⁹⁷⁴. Ce faisant, le législateur a justement occulté le fait que le contrat d'adhésion est le produit d'un système socio-économique :

Le contrat d'adhésion est en fait une invention de la société industrielle, pour écouler rapidement la production industrielle, devenue énorme par rapport à celle du modèle artisanal. Ce ne sont pas tant d'abord les positions économiques respectives des parties que la nécessité de standardiser les contrats de vente ou de location de biens et services produit en grande série qui explique l'apparition de ces contrats. C'est une copie en série, une reproduction en masse de contrats conçus sur le modèle des marchandises, puis des services qu'il est destiné à écouler dans le commerce⁹⁷⁵.

C'est donc d'un système extérieur et contraignant que découle la vulnérabilité du contractant, caractérisé notamment par l'endettement, les pratiques complexes de vente ou de fourniture de services, ou encore les sollicitations agressives. Si la vulnérabilité est généralisée, cela est aussi lié à l'importance accordée aux moyens utilisés dans la machine économique afin d'atteindre le consommateur. De lourds instruments externes de pressions ont été mis en place afin non seulement de stimuler, mais également de pousser le consommateur à toujours plus. Thierry Bourgoignie est très clair à ce sujet lorsqu'il note que :

Des techniques aussi avancées que multiples permettent au système de production d'assurer le soutien des demandes qu'il entend créer et encourager : messages publicitaires, méthodes de vente et pratiques de commerce agressives, techniques d'incitation au crédit, différenciation artificielle des biens offerts à la consommation, obsolescence programmée des produits mis sur le marché, etc.

⁹⁷³ Voir Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, n°90.1, p. 85. Frédéric Levesque souligne aussi la complexité de la notion de contrat d'adhésion et le fait que cette dimension ne ressort pas assez de la définition de l'article 1379 C.c.Q. Voir *Précis de droit québécois des obligations*, supra, note 342, p. 41-42.

⁹⁷⁴ *Id.*

⁹⁷⁵ *Ibid.*, n°90, p. 83-84.

Des normes de comportement sont ainsi dictées, dont l'effet est d'intégrer les modes de consommer dans les conditions de la production et de la distribution. Le consommateur perd la maîtrise de la fonction de consommer, à supposer d'ailleurs qu'il ne l'ait jamais eue, et la vision contractualiste des rapports de consommation se trouve privée de fondement. La spontanéité de ses choix, la liberté et la rationalité de ceux-ci se révèlent en effet bien théoriques⁹⁷⁶.

C'est cette perte de contrôle qui justifie la mise en place de mécanismes de protection inédits basée sur un modèle qui repose sur l'acte de consommation.

L'originalité de l'acte de consommation. Face à la dimension collective de la vulnérabilité du contractant, une question demeure : dans quelle mesure peut-elle être prise en compte dans le droit des contrats ? Une remarque saute alors aux yeux : le Code civil de 1994 n'est pas le code de la vulnérabilité collective, il n'a pas vocation à offrir une réponse qui prenne en compte la dimension socio-économique du contrat d'adhésion ou de consommation. D'ailleurs, cela ne semble pas dû au hasard. Comme le révèle Paul-André Crépeau à propos de la modernité du *Code civil du Québec* :

D'autres explications doivent être recherchées dans le monde des politiques législatives et, plus largement, dans la philosophie qui animait le législateur québécois. On peut postuler que ce n'est pas par ignorance ni indifférence que le gouvernement et le législateur ont décidé d'exclure du Code certaines règles modernes, mais qu'ils l'ont fait en toute connaissance de cause et par choix⁹⁷⁷.

Si l'acte de consommation renvoie à la majorité des échanges dans une société de masse, comment comprendre que ce type d'échange fasse toujours l'objet d'une loi spéciale, à côté du droit commun du Code civil de 1994? Faut-il en conclure, comme certains n'hésitent pas à le prétendre, qu'il s'agit d'un droit bourgeois et capitaliste, ou faut-il chercher les raisons d'une telle position ailleurs⁹⁷⁸? Bien que la question de l'existence d'un droit de la protection de la partie

⁹⁷⁶ Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? », Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, supra, note 953, p. 5.

⁹⁷⁷ Voir Paul-André CRÉPEAU, « La modernité du droit commun des contrats : Quelle modernité? », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics/The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources*, supra, note 312, p. 42.

⁹⁷⁸ Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, p. 6-7 et p. 87-88. Pour les opposants à la lésion, il était hors de question de faire du Code civil « une gigantesque Loi de la protection du consommateur ». Voir Richard NADEAU, « La réforme du droit des obligations : Le point de vue du Barreau du Québec », supra, note 674, 653. Pierre-Claude Lafond remarque à ce propos que : « Tous se rappelleront la décision des codificateurs d'exclure les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* du cadre législatif du C.c.Q. L'avant-projet de réforme du droit des obligations de 1987 avait soulevé un tollé suffisant pour convaincre le législateur de l'inconvenance de cette idée ». Pierre-Claude LAFOND, « Le Code civil du Québec et la Loi sur la protection du consommateur : un mariage de solitudes », supra, note 145, 408; Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (de la consommation)* présenté à la Commission des institutions, Montréal, octobre 1988, p. i-v; Chambre des notaires du Québec, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du droit des obligations*, Montréal, 1988, p. 58-62; Sylvio

faible demeure, on peut se demander si ce droit commun est à double vitesse. Plusieurs raisons, plus ou moins suffisantes, peuvent être avancées pour expliquer une telle posture de la part du législateur. La première est peut-être le caractère inconciliable des droits de la consommation et des phénomènes de masse en général avec un *Code civil du Québec* de 1994. Ce dernier se veut stable, là où le phénomène de consommation s'avère essentiellement transitoire. Un code est un instrument d'unité, de stabilité, appelé à durer, voire à s'éterniser⁹⁷⁹. Faut-il en déduire que la figure du consommateur est absente du Code civil? La réponse doit être négative. En effet, même si l'individu du Code de 1994 n'est pas celui du consommateur, ce dernier est bien présent dans le Code, bien que de manière marginale. Il y a du droit de la consommation dans le *Code civil du Québec*. En effet, les contrats d'adhésion et de consommation bénéficient d'un maigre régime de protection. L'insuffisance de ses dispositions découle surtout de ce que le législateur a tenté d'apporter une réponse individuelle à un phénomène de société, à une vulnérabilité se situant également sur le plan stratégique.

Para II Une vulnérabilité stratégique

L'adhérent ou le consommateur, le maillon faible de la chaîne économique. Lorsqu'on dit que la vulnérabilité du contractant est stratégique, on pourrait être tenté de conclure qu'elle se ramène à la vulnérabilité relative. Il n'en est rien, car cette forme de vulnérabilité vise la capacité de l'une des parties à réagir et anticiper sur l'autre ou les moyens que celle-ci possède vis-à-vis du fonctionnement du système économique. De ce point de vue, le consommateur est un petit joueur à côté du commerçant ou du professionnel. Si, dans une relation individualisée, l'adhérent n'est pas réellement capable de défendre ses intérêts, cette différence est encore plus marquée lorsqu'on prend en compte, sur le plan stratégique, le milieu dans lequel s'insère le contrat. La vulnérabilité du contractant n'est pas seulement la conséquence des caractéristiques du marché, mais également de la disparité des moyens et des forces en présence dans une économie d'échelle. C'est dans ce sens qu'Ejan Mackaay présente le consommateur « comme un joueur à

NORMAND, « La réforme du droit des obligations: Le Code et la protection du consommateur », (1988) 29 *C. de D.* 1063, 1079-1081.

⁹⁷⁹ Du moins pour ceux qui initient le projet. En ce qui concerne le Code civil français, Jean-François Niort, « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lecture d'un symbole national », (2005) *RTDciv.* 273.

petite échelle dans un monde à la recherche continue en rendements d'échelle »⁹⁸⁰. Or, à mesure que cette forme d'économie s'intensifie, la situation du consommateur qui évolue à un niveau inférieur s'aggrave, la distance avec son partenaire se faisant toujours plus grande⁹⁸¹. Ce qui ressort nettement de l'impact de la publicité, notamment.

L'impact de la publicité sur les choix du contractant. Pour le commerçant, le professionnel, le prestataire de service ou le fournisseur de biens, le consommateur ou l'adhérent sont d'abord considérés comme d'éventuels clients, dont il faut à la fois contrôler et orienter les choix. Par conséquent, celui qui investit dans la préparation de l'offre d'adhésion doit s'assurer qu'en définitive, le client va acquérir le service ou le bien. Un objectif qui nécessite habituellement le recours à de puissantes stratégies de marketing et de publicité. En effet, dire que la vulnérabilité du contractant est systémique renvoie à l'importance des divers moyens utilisés par les pratiques commerciales et qui sont autant de pression sur le consommateur ou l'adhérent. Par exemple, « la diversité des modèles d'un même bien et l'accroissement de la technicité rendent le choix d'un bien qui répond aux besoins du consommateur très difficile en raison du manque de connaissances techniques »⁹⁸². Le manque d'information n'est pas seulement une réalité individuelle, il réside aussi et surtout dans les pratiques de masse, spécialement la publicité. Même si elle prend des allures informationnelles, elle relève d'abord de la promotion. En effet, « la publicité, avec la séduction de ses images et de ses paroles, entoure constamment le consommateur et est susceptible de rendre sa conduite impulsive et irréfléchie. Les nouvelles technologies, dont le commerce mobile, favorisent des techniques de marketing plus ciblées »⁹⁸³. En outre, le développement des nouvelles technologies, avec la cyberpublicité, offre à cet égard une illustration saisissante de l'importance des outils disponibles aujourd'hui pour anticiper sur le choix de l'adhérent.

⁹⁸⁰ Voir Ejan MACKAAY, « L'analyse économique du droit de la consommation – Quelques réflexions sur son rapport au droit civil et sur l'évaluation de son effectivité », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, *supra*, note 419, p. 235.

⁹⁸¹ Ejan MACKAAY remarque qu'« à mesure que progresse l'agrandissement d'échelle dans l'offre des biens et services pour la consommation, se creuse une disparité entre les fournisseurs et les consommateurs du fait que ces derniers continuent à agir à leur échelle individuelle ». Voir Ejan MACKAAY, « L'analyse économique du droit de la consommation – Quelques réflexions sur son rapport au droit civil et sur l'évaluation de son effectivité », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, *supra*, note 419, p. 219. Si la vulnérabilité du consommateur est la résultante du mode de fonctionnement du marché, il semble qu'elle en rétrécisse aussi le cadre puisque le marché table sur une relation gagnant-gagnant que celle-ci met à mal. Elle se présente comme étant à la fois la résultante du marché et le signe de sa perversion.

⁹⁸² Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, *supra*, note 62, p. 3.

⁹⁸³ *Id.*

La publicité moderne : massive, sélective et personnalisée. La publicité occupe aujourd'hui une place importante dans la consommation de masse. En plus des procédés traditionnels, le développement de l'Internet est venu changer la donne. Le pouvoir du stipulant, dans le cadre de la cyberpublicité, n'est plus seulement normatif, il traduit aussi son extraordinaire capacité de contrôler le comportement de son cocontractant. Ce qui, sans aucun doute, accentue la vulnérabilité du contractant dans la mesure où les méthodes de manipulation sont multiples et complexifiées⁹⁸⁴. Ces formes nouvelles ont teinté la vulnérabilité du contractant. En effet, les fournisseurs utilisent dorénavant des moyens aussi variés que les sites Web, les messages interstitiels, le référencement par des outils de recherche, les hyperliens ou encore le « spamming »⁹⁸⁵, auxquels il faudrait ajouter les bandeaux publicitaires⁹⁸⁶. Avec Internet se sont développées diverses formes de publicité : ciblée, contextuelle, personnalisée ou comportementale⁹⁸⁷. La première, par le recours aux mots clés ou descripteurs, vise le contenu de la page devant laquelle l'internaute se trouve⁹⁸⁸. La seconde porte davantage sur les données personnelles de celui qui surfe sur le net. Il est étonnant de constater à quel point les entreprises faisant de la publicité sur le Net ont facilement accès à celles-ci puisqu'elles sont laissées par les visiteurs sur les sites, et plus encore les réseaux sociaux tels Facebook ou Twitter. Les fournisseurs de service sur la toile peuvent avoir accès aux informations telles que l'âge, le sexe, la profession ou les préférences d'un nombre incroyable d'individus. Les stratégies de publicité en vue de contrôler le comportement du consommateur, notamment à l'achat, visent autant sa famille, ses amis(e)s, sa culture, ses attitudes, ses motivations, sa perception, que ses besoins réels ou suggérés⁹⁸⁹. La troisième forme repose sur l'utilisation de données de navigation, afin d'établir le

⁹⁸⁴ Voir Pierre-Claude LAFOND (dir.), *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012. Le titre étant à rapprocher de la critique de Vincent PACKARD, *La persuasion clandestine*, Paris, Calmann-Lévy, 1958. Dans l'ouvrage, l'auteur soulignait déjà à son époque les aspects négatifs du marketing alors même que celui-ci n'était pas aussi développé que les puissants outils contemporains de vente.

⁹⁸⁵ Ce qui se définit généralement comme le spam, pourriel ou pollurriel est une communication électronique non sollicitée, en premier lieu par le courrier électronique. Il s'agit en général d'envois massif effectués à des fins publicitaires.

⁹⁸⁶ Voir Arthur OULAÏ, « La place du consentement dans l'encadrement de la cyberpublicité au Canada », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, supra, note 984, p. 123-171. Dans le contexte français, Thibault VERBIEST, *La protection du cyberconsommateur*, Paris, Litec, 2002, p. 8 et s.

⁹⁸⁷ Voir Arthur OULAÏ, « La place du consentement dans l'encadrement de la cyberpublicité au Canada », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, supra, note 984, p. 126.

⁹⁸⁸ Ce qui permet de localiser l'internaute et de lui envoyer ensuite de la publicité via l'adresse IP de l'ordinateur utilisé.

⁹⁸⁹ Voir Georges M. HÉNAULT, *Le consommateur*, Montréal, Les presses universitaires du Québec, 1979, p. 8.

profil et le champ d'intérêt des personnes dans le but de les solliciter de manière toujours plus pointue et personnalisée. Ces procédés sophistiqués favorisent la découverte, chez le consommateur, du « contexte psychologique, sociologique et culturel de ses actes et de ses opinions, les mobiles conscients et le plus souvent inconscients de son comportement »⁹⁹⁰ et de ses choix. À cela s'ajoute la panoplie des circulaires, des catalogues et des brochures commerciales qui peuvent être envoyés à des millions de personnes. Toujours grâce à la toile, la publicité peut toucher des aspects aussi variés que la santé, les médicaments ou le crédit, et des personnes aussi vulnérables que les mineurs⁹⁹¹. La publicité moderne aspire à la fois à s'étendre sur le plus grand nombre de personnes tout en assurant un profilage permanent. Le Net et, plus largement, les nouvelles technologies de la communication offrent plus que jamais la possibilité d'atteindre un tel but. Le marché de la consommation n'étant ici limité ni par des frontières nationales ni par des espaces régionaux. La domination de l'internaute dépend largement des informations collectées sur la toile et qui favorisent l'envoi de publicité à la fois massive, sélective et personnalisée. Dans un tel environnement, que reste-t-il de la volonté? La qualité de l'engagement pose de nombreuses difficultés⁹⁹². Ce d'autant plus que l'intensification de la publicité a contribué à détériorer la qualité de l'information.

La publicité au détriment de l'information. Il n'est pas inutile de rappeler que le développement de la publicité a contribué à diminuer le niveau et la qualité de l'information de l'adhérent et du consommateur qui, au lieu de privilégier les sources neutres de renseignement, semblent se contenter des messages publicitaires⁹⁹³. La publicité a pour but de mettre en exergue un produit ou un service, ses avantages en vue de convaincre l'utilisateur de les acquérir. Seulement, la réalité n'est pas toujours à la hauteur des slogans publicitaires et autres prospectus distribués par

⁹⁹⁰ Voir Vance PACKARD, *La persuasion clandestine*, supra, note 984, p. 7. Voir Benoît DUGUAY, *Consommation et image de soi*, Montréal, Liber, 2005, p. 35 et s. L'auteur y décrit comment la présence de nombreux éléments incitatifs dans les techniques de promotion et de vente influencent largement les choix du consommateur et accentue sa vulnérabilité.

⁹⁹¹ Voir Suzie PELLERIN, « La publicité directe des médicaments d'ordonnance », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, supra, note 984, p. 75-94.; Anne Claude BAUCHEMIN et Hubert SIBRE, « La publicité sur le crédit et les défis de l'encadrement législatif », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, supra, note 984, p. 23-46.

⁹⁹² La loi n'interdit pas la publicité, mais exige une certaine transparence. Voir Arthur OULAÏ, « La place du consentement dans l'encadrement de la cyberpublicité au Canada », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, supra, note 984, p. 123-171.

⁹⁹³ Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, supra, note 953; Critina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, Mémoire de Maitrise, Université du Québec Montréal, juillet 2009, p. 25.

les démarcheurs à domicile. Ce à quoi il faudrait ajouter la libre circulation des produits, l'intensification des échanges sur le commerce international faisant des multinationales des joueurs plus nombreux, sans compter l'évolution technologique ou du commerce électronique, de même que la sophistication croissante des produits. D'ailleurs, la rapidité des échanges, la concurrence ou la course au contrôle de la technologie poussent nombre de fabricants et de distributeurs à mettre sur le marché des produits innovants sans s'assurer forcément de leur sécurité ou de leur fiabilité. Des instruments juridiques doivent être mis en place par le législateur non seulement pour contrôler le contenu de la publicité, mais aussi en vue de garantir aux consommateurs l'usage attendu du bien ou du service qui leur est proposé. En plus de la vulnérabilité stratégique, il convient de ne pas ignorer celle qui intervient sur le plan des symboles et qui joue un rôle non négligeable.

Para III Une vulnérabilité symbolique

Le contrat de consommation ou d'adhésion, un produit à risques. La pertinence d'une approche collective de la vulnérabilité du contractant concerne les signes ou les figures sur lesquels elle repose. À ce titre, elle fait ressortir un critère plus objectif : les risques issus du fonctionnement des échanges⁹⁹⁴. Risques objectifs que le stipulant, l'adhérent ou la collectivité devront endiguer, bien que dans des proportions différentes. La vulnérabilité collective constitue pour le contractant un risque, et ce, dans la mesure où elle lui est extérieure. À l'instar des faits sociaux, le caractère impersonnel et la standardisation des contrats d'adhésion et de consommation sont tels qu'ils ont une existence propre sans lien avec la volonté des contractants⁹⁹⁵. La situation est d'autant plus risquée pour le consommateur ou l'adhérent que le contrat de consommation ou l'offre d'adhésion peut être rempli de clauses contraignantes pour ces derniers. C'est d'ailleurs la mesure de l'influence du système économique sur le contrat de consommation qui a fait dire qu'il s'agit d'un processus social à risques⁹⁹⁶. Ce qui explique aussi la tentative du législateur d'opérer un

⁹⁹⁴ Substituer la faute par le risque n'est pas nouveau et loin d'être la panacée. Les notions de risque et de faute sont loin d'être simples ou claires. Sans jeu de mots, le risque n'est pas loin de mener les contractants vers d'autres risques, notamment la réification des parties! Voir André BÉLANGER, « Le contrat d'assurance et la réification des parties », (2011) 56 *McGill L.J.* 325.

⁹⁹⁵ Un aspect que nous aborderons dans le prochain chapitre.

⁹⁹⁶ Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, spéc. p. 130-141.

compromis entre les intérêts du commerçant et du consommateur au sein de la *Loi sur la protection du consommateur* en fixant en amont les droits et les obligations des parties. Cette loi qui traite du contrat de consommation ressemble davantage à une opération de gestion et de répartition des risques sociaux entre différents acteurs qu'à la sanction d'une attitude déraisonnable. Nous reviendrons sur les techniques utilisées dans le prochain chapitre.

Un risque social. La notion de risque est aujourd'hui galvaudée, car elle peut avoir de nombreuses significations et intervenir dans un nombre infini d'hypothèses ou de domaines. De fait, « en soi, rien n'est un risque, il n'y a pas de risque dans la réalité. Inversement, tout peut être un risque; tout dépend de la façon dont on analyse le danger, considère l'évènement »⁹⁹⁷. Toutefois, nous voulons, pour notre part, considérer le risque dans le sens de François Ewald, qui le définit comme étant « un mode de traitement spécifique de certains événements qui peuvent advenir à un groupe d'individus »⁹⁹⁸. Certes, le contrat de consommation présente des risques pour le consommateur, mais l'acte de consommation fait davantage ressortir un risque de nature sociale. D'ailleurs, la société, en organisant le contrat de consommation, à travers la *Loi sur la protection du consommateur*, notamment, et en acceptant de l'endosser, opère le passage du risque individuel au risque social⁹⁹⁹. La vulnérabilité du contractant peut être envisagée à travers la catégorie du risque auquel il est exposé par l'utilisation même du contrat. Cette préférence pour la notion de risque n'est pas sans rappeler la distinction classique en droit entre celle-ci et la faute. La première relevant d'une perspective subjective, là où la seconde se veut objective¹⁰⁰⁰, ce qui n'occulte pas l'interprétation polysémique de la notion de risque. Sans entrer dans les détails, il suffit pour notre propos de noter que l'impact de cette notion laisse croire que le droit de la protection du contractant devrait prendre la forme d'un système de protection du contractant qui s'apparente davantage à un mécanisme d'assurance qu'à une entreprise de responsabilisation des individus. Cette protection ne table-t-elle pas sur l'idée que l'acte de consommation s'assimile désormais à un style de vie?

⁹⁹⁷ Voir François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 173.

⁹⁹⁸ *Id.*

⁹⁹⁹ Cette notion est d'ailleurs plus économique que juridique.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, 326.

L'acte de consommation, un style de vie? Le développement des stratégies de marketing agressives donne un sérieux avantage aux commerçants. Seulement, l'impact sur la vulnérabilité des consommateurs est aussi d'ordre symbolique. En fait, les informations collectées servent non seulement d'outils de vente ou d'achat, mais visent surtout à susciter chez le consommateur ou l'adhérent toujours plus de besoins superficiels, au point de susciter, sur le plan social, une véritable culture de la consommation. Il a été remarqué que, « dépassant la satisfaction des besoins réels des consommateurs, ces mécanismes de persuasion créent de nouveaux besoins en exploitant les sentiments de sécurité, d'appartenance, d'estime de soi ou d'épanouissement individuel »¹⁰⁰¹. À ce propos, l'acte de consommer ne tend plus à la satisfaction de besoins réels puisqu'il est devenu une véritable mode, un style de vie, qui se traduit par d'authentiques « signes extérieurs de la réussite sociale »¹⁰⁰². De fait, il existerait un lien entre l'image que le citoyen a de lui-même avec sa capacité à consommer¹⁰⁰³. Une posture qui constitue le symbole d'une vulnérabilité transformée en un authentique standard social qui a véritablement élargi la portée de la logique de consommation à laquelle aucune sphère de la vie de l'individu ne semble échapper. C'est pourquoi, on peut identifier :

Une propension à consommer indistinctement, tant des biens matériels que des activités, telles l'éducation, la culture ou la santé. Cette partie de la psychologie étudie l'évolution des comportements présentant une nette tendance à l'homogénéisation sous la pression des activités industrielles. Benoît Duguay évoque les besoins créés au consommateur, besoins de nature physiologique ou qui répondent à un désir de sécurité, d'appartenance ou d'amour, d'estime de soi, d'épanouissement. L'accent est mis aujourd'hui sur un marketing d' « image », qui créerait chez les consommateurs le désir d'acquérir des produits de divers types qui répondraient à ces besoins : automobiles, produits de santé et de soins personnels, activités de loisir, vêtements et accessoires, résidence et ameublement. Les motivations d'achat des consommateurs reposeraient sur des attentes nombreuses et variées : temporelles, fonctionnelles, symboliques, esthétiques, imaginaires, sociétales, sensorielles, relationnelles et financières¹⁰⁰⁴.

En admettant que quelques-unes de ces attentes soient réelles, la majorité n'est que la conséquence de la pression faite sur le consommateur qui finit par confondre dans son imaginaire

¹⁰⁰¹ Voir Critina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, supra, note 933, p. 26. L'auteure s'inspire de l'étude de Benoît DUGUAY, *Consommation et image de soi*, supra, note 990, p. 25.

¹⁰⁰² Benoît DUGUAY *Consommation et image de soi*, supra, note 990, p. 60.

¹⁰⁰³ *Id.*

¹⁰⁰⁴ Voir Critina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, supra, note 933, p. 26; Benoît DUGUAY, *Consommation et image de soi*, supra, note 990, p. 42. Ajoutons qu'il n'est pas impossible de voir également le phénomène de consommation comme étant le lieu d'expression et de symbole politiques. Voir Michelle MICHELETTI, « Le consumérisme politique: une nouvelle forme de gouvernance transnationale? »(2004) 62 *Sciences de la société* 119-142.

besoins réels et désirs superficiels. Peu importe la forme que prend la vulnérabilité dans son versant collectif, elle implique surtout une nouvelle approche de la notion de justice.

Sect. III La nécessité d'une justice correctrice basée sur la répartition des droits et obligations contractuelles

La mutation des formes de justice. La vulnérabilité collective est à la fois liée à la taille et aux ressources des entreprises ou prestataires de services, à la multiplicité des transactions et à la diversification des biens et services offerts. Il ne s'agit plus tant de réparer le préjudice causé à une victime que d'assurer la gestion de la charge des risques liés à l'un des principaux instruments d'échange. La prise en compte de la vulnérabilité collective autorise à faire appel à une approche résolument objective de la protection de la partie vulnérable (para I) fondée sur une idée de justice correctrice qui agence les droits et devoirs contractuels (para II) en fonction de cette nouvelle réalité.

Para I La nécessaire approche objective de la vulnérabilité du contractant

L'inadéquation du volontarisme individualiste. Les transformations opérées jusqu'à maintenant afin d'intégrer la figure du contrat d'adhésion ont été largement vouées à l'échec. Ce qui se justifie dans la mesure où des règles nouvelles sont requises. D'ailleurs, comme l'indique Maurice Tancelin:

Pour l'essentiel, le contenu du contrat d'adhésion appartient soit à la loi, soit à la partie qui impose ou rédige le "contrat" d'adhésion. Il y a donc manifestement deux parties qui ne sont pas juridiquement sur un pied d'égalité, puisque l'une des "parties" se comporte comme une autorité *légalement* investie de pouvoirs supérieurs à l'autre. Ces pouvoirs ressemblent étrangement à ceux de l'autorité politique, qui sont de droit public. Ce n'est pas une partie, au regard du droit privé, c'est un détenteur de pouvoir, personne physique ou morale, munie de droits éminents et essentiels, qui ne ressortent pas clairement de la constitution, des Chartes, ni du Code civil, ni d'aucun autre texte législatif ou réglementaire, mais d'une simple position de force économique. Autrement dit, une situation de fait n'entrant pas dans les catégories du droit civil classique, quelque chose soit d'anarchique, de féodal, de style anti-démocratique, soit à l'inverse de futuriste, de favorable aux affaires, en parfaite conformité avec le régime international de globalisation¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁵ Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, n°90.1, p. 84.

Au vu de cette analyse, le contrat d'adhésion nécessite un renouvellement de la réflexion sur la vulnérabilité du contractant. Bien que la qualification volontariste de celui-ci ne soit pas dépourvue de portée pratique¹⁰⁰⁶, sur le plan juridique, elle ne fait pas pleinement sens. L'examen de l'inégalité des parties au sein de la figure générale et ambivalente du contrat d'adhésion¹⁰⁰⁷ s'opère toujours à un niveau individuel. C'est d'ailleurs un peu l'aboutissement d'une bonne partie des arguments des tenants d'une assimilation du droit de la consommation au droit civil. Après tout, le droit contractuel de la consommation contribue, entre autres, à rétablir l'autonomie et le libre arbitre des consommateurs et des adhérents¹⁰⁰⁸. On finit paradoxalement par croire que « la finalité est de satisfaire un consommateur présenté comme souverain »¹⁰⁰⁹. Dans les faits, c'est tout le contraire qui se révèle. C'est le constat que fait Thierry Bourgoignie qui souligne que : « l'examen empirique des conditions dans lesquelles s'effectuent les échanges dans le système de marché oblige à inverser les paramètres : de souverain, le consommateur se trouve être plutôt la victime d'un processus dont il n'a pas la maîtrise »¹⁰¹⁰. Fonder la justice contractuelle sur le contrat à titre de fait social aboutit à ce qui s'apparente à un retour par les côtés du discours contractuel individualiste dans la logique de protection du consommateur. Toute chose qui paraît pour le moins inacceptable dans la mesure où la protection du consommateur ne peut aboutir à une approche subjective.

Pertinence d'une protection du contractant vulnérable sans liens avec la sanction d'une faute.

Problématiser la vulnérabilité sur le plan collectif implique la mise en place de procédés originaux. Le détour par la faute est inutile puisque la vulnérabilité est globalement attribuée au fonctionnement ordinaire d'un système économique caractérisé par des opérations et des transactions toujours plus rapides et nébuleuses pour le consommateur ou l'adhérent. Elle n'est plus, à l'instar du point de vue des civilistes, un accroc à la liberté des parties. De fait, « le processus de formation et d'exécution du contrat de consommation place les participants, et plus

¹⁰⁰⁶ Voir Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSEAU-VAN-MELLE, « Contrats d'adhésion et clauses abusives en droit français », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, supra, note 16, p. 5.

¹⁰⁰⁷ Voir Paul-Henri DELVAUX, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, supra, note 9, p. 76-77.

¹⁰⁰⁸ Voir Jean-Pierre PIZZIO, « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle: bilan et perspectives », dans *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, LGDJ, 2004, p. 885. Pour une position similaire, même s'il ne partage pas les mêmes positions idéologiques, Jean-Louis AUBERT, préface de la thèse de Nicole Chardin, *Le droit de la consommation et le principe de l'autonomie de la volonté*, supra, note 21, p. 6-7.

¹⁰⁰⁹ Voir « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire? », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, supra, note 953, p. 5.

¹⁰¹⁰ *Id.*

que tout le consommateur, dans des situations de vulnérabilité devenues normales et souvent banalisées dans la société contemporaine »¹⁰¹¹. D'un point de vue systémique, le consommateur est pris au piège « d'un cycle économique global production-distribution- consommation »¹⁰¹² qui repose sur « la relation de dépendance existant entre la fonction de consommer et les deux autres fonctions »¹⁰¹³. Dès lors, les réponses apportées à la vulnérabilité du consommateur ne sauraient être dissociées de ces différentes composantes. D'ailleurs, les règles du droit de la consommation dépassent largement le cadre du contrat de consommation, bien que notre propos se limite davantage à la partie qu'on a pu qualifier de « droit contractuel de la consommation »¹⁰¹⁴. En réalité, la définition du droit de la consommation n'est pas un exercice facile. Il fait appel à divers domaines juridiques et fonctions du droit¹⁰¹⁵. Une bonne compréhension du caractère systémique de la vulnérabilité du consommateur reste amplement tributaire du fonctionnement du marché et de ses multiples impacts¹⁰¹⁶. La problématique du déséquilibre contractuel ne peut, par

¹⁰¹¹ Voir Jean-Guy BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 139.

¹⁰¹² Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? », Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, *supra*, note 953, p. 5.

¹⁰¹³ *Id.*

¹⁰¹⁴ L'expression est de Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 14. Notons que les règles applicables dans ce domaine portent surtout sur la régulation du marché. Tel est le cas de celles concernant la publicité, les pratiques déloyales, la sécurité et la conformité des produits. Ce n'est que de manière indirecte que celles-ci assurent la protection du consommateur, car il s'agit d'abord d'assurer le bon fonctionnement du marché. Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, *supra*, note 62, (voir spéc. la deuxième partie de l'ouvrage). D'ailleurs, aujourd'hui, au risque de voir le droit de la consommation perdre de sa pertinence, il semble que la sphère de celui-ci est bien plus grande encore puisqu'elle concerne désormais aussi le droit de l'environnement, la participation publique, et présente à la fois une dimension nationale et internationale. Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, *supra*, note 953. Remarquons au passage que tant la fonction économique du droit de la consommation que son évolution vers des préoccupations plus larges et citoyennes sont une marque supplémentaire de la dimension collective de la vulnérabilité des individus en général. Autant de sphères d'intervention qui justifieraient amplement l'autonomie encore discutée de la matière.

¹⁰¹⁵ Citons parmi d'autres la définition suggérée par Thierry Bourgoignie, car elle a le mérite de tenter d'englober le plus d'éléments possible. L'auteur estime que le droit de la consommation, dont la fonction est d'aider juridiquement le consommateur, englobe « les diverses manifestations juridiques de la politique économique et sociale visant à promouvoir les intérêts des consommateurs au sein du système économique. Il réunit l'ensemble des initiatives juridiques, quels qu'en soient les auteurs et les formes, dont le but commun est d'aider les consommateurs à percevoir, à exprimer, à faire valoir et à mettre en œuvre les droits qui leur sont reconnus au sein du système socio-économique ». Voir *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, *supra*, note 1015, 1988, p. 127. La vocation du droit de la consommation est à la fois d'éduquer le consommateur, de l'informer, d'en assurer la santé, la sécurité et l'accès à la justice. Voir Critina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, *supra*, note 933, p. 33 et s.

¹⁰¹⁶ Ce constat appelle à lui seul de nombreux commentaires. Notons simplement que l'on peut isoler deux attitudes face aux contradictions issues de la protection du consommateur dans sa dimension collective et le lien inséparable avec le marché. Pour les uns, il y a certes des déséquilibres qui relèvent du fonctionnement du marché, mais dans la mesure où il n'y a pas d'alternative à cette forme d'économie, le droit de la consommation ne peut prétendre à une réelle spécificité. Voir Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001, p. 445. D'autres posent d'emblée la spécificité de ce droit et la conciliation entre celui-ci et la confiance dans les mécanismes du marché. Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? »,

conséquent, faire abstraction des contraintes issues du système de fonctionnement économique dans lequel évolue le consommateur ou l'adhérent. Du reste, même si l'on devait considérer la nature du préjudice subi par l'adhérent ou le consommateur, elle devra être teintée par l'aspect collectif. Ce qui est totalement différent de la vulnérabilité inhérente ou relative qui renvoie toujours aux conséquences éprouvées par une personne spécifique et précise. Le consommateur, quant à lui, ne peut plus être regardé comme un électron libre eu égard au tort qu'il subit lorsque « la situation préjudiciable dans laquelle se trouve un consommateur est *a priori* partagée par une masse d'autres consommateurs; le dommage causé à un consommateur le sera plus que probablement à tous ceux qui, placés dans les mêmes conditions de dépendance, auront posé le même acte »¹⁰¹⁷. Ce n'est pas seulement la nature du préjudice qui change, mais plus profondément les personnes visées et son fondement.

La nécessité d'une approche objective de la protection du contractant vulnérable. La rationalité volontariste suppose que si les parties s'étaient comportées de bonne foi, ou que si les contractants s'étaient conduits comme ils auraient normalement dû le faire, le résultat aurait été

Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, supra, note 953, p. 6. Pour cet auteur, « il s'agit d'améliorer les performances de ce dernier [le marché] en apportant les correctifs nécessaires aux défaillances constatées » (p. 6). (Nos ajouts) Ce qui n'est pas sans susciter un malaise dans car c'est justement du système économique lui-même, dans son mode de fonctionnement libéral, que résulte le problème fondamental. En plus, cela ne risque-t-il pas au final de réduire le droit de la consommation à n'être qu'une portion du droit de la concurrence, voire du droit des marchés? Avec ce qu'une telle perspective comporte de paradoxes dans la mesure où la protection du consommateur ne sera alors qu'un sous-produit de la régulation du marché sur un mode fortement libéral qui ne peut être contrôlé par le législateur que de manière exceptionnelle. La question se complexifie lorsqu'on envisage les liens existant entre le droit de la consommation et le droit civil, plus précisément la théorie générale des contrats. Les uns sont favorables à leur assimilation. Voir Denis MAZEAUD, «Droit commun du contrat et droit de la consommation: nouvelles frontières? », dans *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, supra, note 1008, 701; Benoît MOORE, « Autonomie ou dépendance: réflexion sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », dans Pierre-Claude Lafond, (dir.), *Le droit de la consommation sous influences*, supra, note 145, p. 1-31. Les autres plaident l'autonomie de la matière. Voir Jean CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », supra, note 290, 239. Que le droit de la consommation rencontre le droit civil ou le droit de la concurrence n'épuise pas la problématique de la protection de la partie faible. Dans l'un ou l'autre cas, des contradictions subsistent. L'attitude la plus simple ne serait-elle peut-être alors de considérer le droit de la consommation de manière autonome? Si sur le plan théorique, la solution semble alléchante, sur le plan pratique, ce droit qui se voudrait spécifique met pourtant en œuvre de nombreuses règles issues de diverses disciplines, notamment le droit civil, le droit de la concurrence, le droit pénal ou encore règlementaire. Voir Cristina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, supra, note 933. En France, Guy RAYMOND, *Le droit de la consommation*, 2^e éd., Paris, Litec, 2011, p. 3. Au final, en dehors de ce qu'on peut qualifier de droit contractuel de la consommation, le droit de la consommation s'écarte nettement du droit civil. Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, supra, note 953, p. 4. Chacun prendra position en fonction de ses préférences et de l'approche large ou restrictive que l'on accorde au droit de la consommation.

¹⁰¹⁷ Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, supra, note 953, p. 6.

plus harmonieux, plus équilibré. La protection du consommateur repose sur une autre forme d'individualisation¹⁰¹⁸. Dire que la vulnérabilité du contractant résulte directement de l'économie moderne signifie que la faute n'est pas la condition de l'existence d'un déséquilibre. Plus encore, peu importe qu'il y ait ou non un comportement fautif; que ce déséquilibre eût pu être évité ne présente aucun intérêt. La bonne ou la mauvaise foi des contractants n'intervient pas davantage. En conséquence, le déséquilibre produit et objectivement observable suffit au juge ou au législateur pour intervenir, sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il y a ou non intention de nuire ou conduite délictuelle. Il convient tout de même de lever une équivoque liée à la tentation de considérer que seul le volontarisme opère un jugement de valeur. Il n'en est rien. En fait, la moralité contractuelle n'est ni pire ni meilleure qu'une vision objective de la justice contractuelle. Cette dernière est l'une des formes possibles d'individualisation de la protection de la partie vulnérable sans pour autant être, dans tous les cas, ni la plus appropriée, ni la plus efficace. Toute la question est alors de savoir si l'objectivation de la justice contractuelle fournit des outils de protection plus pertinents. Pour y arriver, il faut d'abord s'arrêter sur la nature de la justice qui en découle et qui se décline sur le mode de la répartition.

Para II L'avènement d'une justice correctrice fondée sur la répartition des droits et obligations

La notion de répartition dans la vision réaliste de la justice contractuelle. Si le mal est individuel dans la dimension volontariste libérale, dans l'optique réaliste, et pour reprendre les termes de Léon Bourgois, il est social. L'auteur expliquait alors que :

Les maux sociaux sont ceux dont la cause n'est pas due seulement aux fautes personnelles de l'individu, mais à la faute ou l'ignorance [...] Les maux sociaux sont ceux dont les effets ne se produisent pas seulement sur l'individu, mais ont autour de lui une répercussion inévitable sur tous les autres membres de la société; les maux sociaux sont ceux dont les causes et les effets sont plus hauts, plus larges, plus étendus que l'individu lui-même et où, par conséquent, la responsabilité de la nation entière est constamment engagée¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ D'ailleurs, il semble plus juste d'y voir une alternative dans le sens que lorsque l'un opère, les éléments pris en compte par l'autre ne sont pas rejetés, ils sont non pertinents. L'approche objective ne nie pas la possibilité de l'existence d'une faute, elle ne considère simplement pas celle-ci comme un élément de la définition de ses critères d'application!

¹⁰¹⁹ Voir *La politique de la prévoyance sociale. La doctrine et la méthode*, t. I, Paris, Eugène Fasquelle, 1914, p. 42, cité par François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 359. Une définition qui recoupe assez bien toutes les caractéristiques de la vulnérabilité du contractant telle que nous l'avons décrite ci-haut et qui justifie une toute autre approche de l'idée de justice.

Transposée au domaine des contrats et à la vulnérabilité collective, cette remarque débouche sur une notion de justice qui investit une règle de répartition des obligations, des devoirs et des pouvoirs. Cette distribution de rôles et de privilèges devra être établie en fonction de la vulnérabilité collective, voire sociale du contractant et de la généralisation du contrat d'adhésion. Elle qui permet, d'un côté, de reconnaître à l'un des contractants des pouvoirs ou privilèges. De l'autre côté, c'est la vulnérabilité qui justifie en contrepartie les obligations et les devoirs de chacun compte tenu de leur situation (expériences, compétences ou connaissances) respective. C'est sous ce nouvel éclairage que doivent alors être envisagées les techniques de protection.

Le contrat soumis à une norme de justice correctrice. La correction du contrat a été définie comme étant « le remède au déséquilibre qui entache le contrat [...] En tant que telle, elle contribue, entre autres, à promouvoir l'équivalence dans les conventions »¹⁰²⁰. La même auteure explique que « la correction du contrat se révèle très large. Elle peut être réalisée par les parties, mais aussi par le législateur et par le juge »¹⁰²¹. La justice correctrice opère une nouvelle organisation¹⁰²². La correction modifie l'organisation matérielle et inégale des pouvoirs, devoirs, obligations et prérogatives des parties. Elle les réorganise en fonction de nouveaux critères, visant essentiellement à établir l'égalité et l'équilibre entre les parties et au sein du contrat. La correction opérée par la loi n'est pas toujours de la même nature que celle faite par le juge. La *Loi sur la protection du consommateur* effectue, entre commerçant et consommateur, une répartition entre les droits et obligations, tout en établissant des règles de contrôle matériel. Or, pour ce faire, le législateur tire certes des conséquences de l'objectivité du déséquilibre contractuel, il n'en demeure pas moins qu'il opère à partir d'un schéma abstrait, sur une réalité reconstituée. De ce fait, la répartition légale est technique et formaliste. C'est à partir d'une représentation du contrat que la loi énonce des formes et des formalités à respecter en vue de garantir un équilibre minimum. Il n'en va pas nécessairement de même du juge, dont la fonction de répartition s'exerce à partir d'une situation de fait réelle, bien que ce soit quelquefois pour énoncer un principe général¹⁰²³. Dans tous les cas, l'idée de répartition possède pour partie un sens distributif, car là

¹⁰²⁰ Voir Gaël PIETTE, *La correction du contrat*, *supra*, note 46, p. 23.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰²² Il est vrai que la fonction réparatrice joue aussi un rôle correcteur tel qu'il appert de l'usage et des multiples fonctions de la bonne foi. Cependant, la distinction est plus fine et se situe davantage entre la réparation et la répartition. À ce niveau de distinction, aucune confusion n'est possible.

¹⁰²³ Un aspect qui sépare l'approche réaliste du solidarisme contractuel contemporain de la vision formaliste d'une loi comme la *Loi sur la protection du consommateur*. En fait, la règle de justice qui opère dans les deux cas présente des

où le volontarisme individualiste tend à opposer les parties, l'idée de réparation essaie de les concilier par la recherche d'une sorte de compromis¹⁰²⁴.

La répartition objective des droits et obligations contractuels. Pour rétablir l'équilibre entre les parties, il faut déterminer quelle règle commune pourra être utilisée pour agencer les charges, les devoirs, les pouvoirs et prérogatives entre les contractants. La notion de répartition des charges et des avantages résultant du contrat s'applique dans le cadre du contrat d'adhésion ou de consommation¹⁰²⁵. Elle permet de tenir compte du fait que celui qui fait usage du contrat de consommation dans le cadre de son activité économique supporte une bonne partie des charges et des risques encourus par ceux à qui le service ou le bien est proposé ou vendu. Il est normal que la réponse apportée en termes de répartition des droits et obligations contractuelles se situe sur un plan social¹⁰²⁶, ce d'autant plus qu'il est difficile de fonder l'équilibre contractuel sur les notions traditionnelles du droit des contrats¹⁰²⁷. Par conséquent, il est normal que la répartition de ces charges et avantages se fasse en tenant compte du contrôle de la préparation du contrat par le stipulant qui voit ses devoirs et obligations croître proportionnellement à ses pouvoirs, afin de mieux protéger celui qui se contente d'adhérer en bloc. S'il en découle une responsabilité, elle ne peut être qu'objective.

L'exigence d'une responsabilité objective. La faiblesse du contractant est un fait de société. Par conséquent, les mécanismes favorisant son accès à la justice doivent aussi être adoptés sur le même modèle. Dans le cadre d'une justice de répartition, les intervenants représentant les intérêts des consommateurs doivent avoir le pouvoir d'agir au nom de ceux-ci. La distribution de

similarités, puisqu'il s'agit de répartition plus que de réparation. Cependant, le juge joue un rôle plus important dans le solidarisme alors que l'acteur principal de la *Loi sur la protection du consommateur* est le législateur. Voir le chapitre II du titre suivant.

¹⁰²⁴ Une loi comme celle portant sur la protection du consommateur traduit bien une tentative de mettre ensemble les intérêts des commerçants et des consommateurs. Ce qui ne veut pas dire que l'objectif est toujours atteint ou que, ce faisant, l'un des intérêts ne peut surplomber l'autre. Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 133 et s.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 107 et s.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, supra, note 953, p. 4.

¹⁰²⁷ Voir l'étude réalisée par Gaël PIETTE qui montre l'insuffisance aussi bien en droit français qu'en droit étranger et international que les notions telles que la bonne foi, la force majeure, la proportionnalité, la volonté présumée, ou encore l'impossibilité à exécuter des droits anglais et allemands. Voir *La correction du contrat*, supra, note 46, p. 182-378.

pouvoirs ne se fait pas seulement au sein du contrat; elle implique également la reconnaissance d'organismes ou de regroupements chargés de défendre collectivement des individus dont la vulnérabilité relève non de leurs caractéristiques individuelles, mais du groupe auquel ils appartiennent. D'ailleurs, cette justice vise essentiellement la possibilité même d'admettre l'existence d'un préjudice collectif, et ce, d'autant plus que, sur le plan individuel, les enjeux ne sont souvent pas importants et ne valent pas l'effort et les moyens à mettre en œuvre. Le recours collectif relève de la répartition et donne des pouvoirs d'accès à la justice entre les grandes entreprises et les professionnels d'un côté et, de l'autre, les associations de défense des intérêts des consommateurs, ce qui établit non seulement une forme d'égalité entre les intervenants, mais surtout favorise l'effectivité de la répartition du risque et de la charge que doit supporter le professionnel ou le commerçant. Comme le fait remarquer Cristina Nitu, reprenant une idée de Thierry Bourgoignie, « l'évolution du système de production de masse demande l'application des principes de la responsabilité objective, de la solidarité, de l'indemnisation collective et de l'écartement de la responsabilité pour faute du professionnel »¹⁰²⁸.

¹⁰²⁸ Voir *L'autonomie du droit de la consommation*, *supra*, note 933, p. 43. Également, Thierry BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté européenne*, *supra*, note 1015, p. 213.

Conclusion du chapitre I

Tout au long de ce chapitre, la vulnérabilité est apparue comme un phénomène collectif, systémique et symbolique résultant largement de l'environnement social et économique dans lequel le contrat s'insère. La complexité et la rapidité du marché, de l'agressivité de la publicité ou des représentations faites au consommateur ou à l'adhérent accentuent leur infériorité. Cette conception sociologique de la vulnérabilité du contractant, extérieure à celui-ci, justifie le rejet d'une justice contractuelle marquée par les postulats individualistes. Une autre forme de justice est requise. Il s'agit d'une justice correctrice axée sur la répartition objective des droits et des obligations des parties. L'accent est mis non plus sur l'autonomie des parties, mais sur la redistribution des droits et devoirs. La vulnérabilité dans son versant collectif implique l'objectivation de la protection du contractant et l'existence de mesures garantissant un équilibre contractuel minimal. Toute chose qui s'est traduite notamment par le développement du droit de la consommation. C'est sur la mise en œuvre des mécanismes juridiques de protection du contractant fondée sur cette nouvelle forme de justice de répartition, spécialement dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur* qu'il convient maintenant de s'arrêter.

Chap. II L'approche technico-formelle de la protection du contractant vulnérable

Approche formelle de la notion de relation. La relation est une notion ambiguë. Sur le plan de la recherche de la justice contractuelle, plusieurs approches peuvent en résulter. Bien que le contrat de consommation et d'adhésion en constitue les principales figures contractuelles, l'idée de relation qui permet de saisir leur régime n'est pas univoque. En ce sens, de l'opinion de Jean-Marc Trigeaud :

La relation est beaucoup plus connue dans le sens qu'elle prend pour le néo-kantisme et le positivisme formaliste avant de s'affirmer dans le sens réaliste [...] Elle renvoie ainsi au fonctionnalisme qui s'attaque à la définition d'un droit-substance. Le droit objectif a une fonction de coordination des conduites, soutiendra-t-on, de Stammler et Kelsen à Del Vecchio et à Hart. La relation se ramène alors à une *pure forme*; elle prolonge cet accord extérieur aux exigences d'une loi rationnelle universelle dont Kant fait le principe de la *Doctrine du droit* et auquel Rosmini reproche d'être vide et de substituer l'ordre pour l'ordre, sous prétexte qu'il est généralisable, à la véritable moralité. Cette forme n'en est pas moins cependant une condition requise du système du droit qui oblige à voir dans l'acte juridique l'une de ses pièces essentielles et à lui reconnaître une autonomie quand il entend ne mettre en présence que des intérêts particuliers¹⁰²⁹.

C'est cet aspect formel de la relation qui caractérise le mieux le contrat de consommation tel qu'il est envisagé dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur*. Dans une première section, nous nous pencherons sur la nature et le sens de l'impact des mesures protectrices relevant du consumérisme sur le droit de la protection de la partie vulnérable dans son ensemble. Nous constaterons qu'il existe un droit contractuel de la consommation reposant sur un modèle de contrat qui lui est propre. Partant de cette observation, la seconde section sera pour nous l'occasion d'aborder la spécificité des techniques de protection qui en résultent. Nous en analyserons les manifestations et les limites pour nous apercevoir que ce droit protecteur se veut essentiellement procédural.

¹⁰²⁹ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, p. 19.

Sect. I L'apport du droit contractuel de la consommation à la protection de la partie faible : un autre modèle de contrat

Le droit de la consommation occupe aujourd'hui une place importante au sein du droit des contrats. En termes de justice contractuelle, son apport doit pourtant être considéré à la fois comme une critique de l'approche civiliste et, de manière plus positive, à titre d'alternative fondée sur une nouvelle approche du contrat. Après avoir montré que le droit de la protection du consommateur a véritablement pris naissance avec le déploiement des lois sur la protection du consommateur (para I), nous verrons quelle est son influence sur la qualité de l'engagement (para II), les instruments de contrôle du contenu du contrat qui interviennent (para III), les moyens juridiques garantissant les droits reconnus au consommateur (para IV) et le fondement sur lequel reposerait une éventuelle autonomie de la matière (para V).

Para I L'émergence d'un droit de la protection du consommateur

Naissance d'un droit de la protection du contractant vulnérable. De l'avis de nombreux auteurs, le droit de la consommation marque la naissance même du droit de la protection du contractant vulnérable et du consommateur en particulier. C'est dans ce sens que Baudoin, Jobin et Vézina expliquent, à propos de la justice contractuelle, qu'elle réside « d'abord dans la naissance et le développement du droit de la consommation qu'elle s'est manifestée »¹⁰³⁰. Elle ne serait d'ailleurs pas sans lien avec l'équité¹⁰³¹. En tout état de cause, le droit de la consommation, dans sa dimension contractuelle, a joué un rôle non négligeable dans le développement du droit de la protection de la partie vulnérable. On peut penser que c'est à ce titre qu'il a influencé nombre de changements apportés au *Code civil du Québec* en 1994¹⁰³².

¹⁰³⁰ Voir *Les obligations, supra*, note 34, p. 136. Position également défendue par d'autres auteurs qui voient dans la justice contractuelle le fondement même de ce droit. Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation, supra*, note 62, p. 21; Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 1.

¹⁰³¹ Voir l'ouvrage consacré à la question, *L'équité au service du consommateur*, Benoît Moore (dir.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010. Si l'existence de la *Loi sur la protection du consommateur* répond à des impératifs de moralité contractuelle, et puisque cette dernière relève largement du volontarisme contractuel, faut-il, dès lors, considérer ladite loi comme étant une forme d'expression du volontarisme? Voir Louis LEBEL, *Le principe de bonne foi en droit civil québécois*. Manuscrits de la conférence en mémoire de l'honorable Charles D. Gonthier, Montréal, 2011. Voir <http://cisdl.org/gonthier/public/pdfs/papers/Conf%C3%A9rence%20Charles%20D%20Gonthier%20-%20Louis%20LeB%20el.pdf> (Page consultée le 08 août 2013).

¹⁰³² Rappelez qu'avant le développement de la législation consumériste, on assiste déjà à quelques incursions protectrices dans le Code civil du Bas Canada.

Une évolution tatillonne. Au moment de la réforme du Code civil du Bas Canada, la question s'est posée de savoir si la *Loi sur la protection du consommateur* devait être intégrée dans le Code. La réponse fut finalement négative, le législateur ayant choisi de ne pas traiter dans le Code civil le régime détaillé du contrat de consommation. De nombreuses raisons ont été évoquées pour justifier cette position. L'argument véritable réside de notre point de vue – également partagé par d'autres – de la vision du contrat découlant de l'analyse de l'acte de consommation faisant ressortir la vulnérabilité collective du consommateur comme un fait social. Résultat d'une approche socio-économique du droit, la *Loi sur la protection du consommateur* n'opère pas sur le registre de la moralisation des comportements individuels du Code¹⁰³³. Pourtant, la protection offerte au consommateur reste cantonnée dans un cadre législatif exceptionnel¹⁰³⁴. Notre propos tend plutôt à la recherche de la logique profonde qui préside aux lois de la protection du consommateur, spécialement adoptées en vue d'assurer les intérêts du consommateur.

La sauvegarde des intérêts du consommateur. Il n'est pas évident de procéder à l'examen du rôle du droit de la consommation sur la protection du contractant, puisque la raison d'être de ce droit est de garantir le respect des intérêts du consommateur. La vocation entière d'une loi telle que celle de 1978, précédée de celle de 1971, et dont le titre est tout à fait évocateur en ce sens, ne fait aucun doute. En principe, les législations protectrices du consommateur y sont, directement ou non, tout entières consacrées. Par conséquent, lorsqu'on est appelé à analyser l'influence du

¹⁰³³ Sur le plan historique, au Québec, c'est un peu l'inverse qui s'est produit. En effet, le développement qu'a connu la bonne foi est survenu dans le cadre des règles du Code civil du Bas Canada et après l'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection du consommateur*. Le recours à la bonne foi, afin de tempérer la rigueur des règles du Code civil du Bas Canada, a été opéré dans un contexte où les juges manquaient d'outils juridiques de protection lorsque les contrats de consommation n'étaient pas concernés. Du coup, dire que la *Loi sur la protection du consommateur* opère la disqualification de la morale peut sembler surprenant d'un point de vue chronologique. La réalité étant que la protection a pris la forme de la moralisation au sein du Code civil et a été objectivée au sein de la *Loi sur la protection du consommateur*. Plus encore, il semble même que ce soit la bonne foi qui puisse réduire les obstacles et les limites de la *Loi sur la protection du consommateur* et fournir le fondement d'une protection d'ensemble et plus cohérente de l'adhérent. Voir Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, p. 5-25. Toutefois, sur le plan épistémologique, cette position fait sens, car la moralisation relève, en droit contemporain, des contrats d'une protection individuelle, alors que le droit de la consommation traduit un désir d'objectivation au plan collectif de la protection du contractant. La seconde, en reposant sur une action collective, implique donc la suppression de la première, qui intervient par une action individuelle.

¹⁰³⁴ D'ailleurs, le développement d'un droit d'exception visant la protection du contractant pourrait bien être une tentative visant à sauvegarder l'intégrité de l'individualisme volontariste au sein des règles de droit commun. C'est l'avis de Christophe Jamin qui estime que « l'émergence de branches de droit spécifiques, autrement dit d'exception, est aussi un moyen de préserver l'intégrité du droit commun, c'est-à-dire d'un droit civil encore très largement imprégné par les idées individualistes et volontaristes ». Voir *Le solidarisme contractuel : regard franco-québécois*, dans 9^e conférence Albert Mayrand, Université de Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 17.

droit de la consommation sur la protection du contractant vulnérable, c'est l'ensemble de ce droit qui est concerné. Pour autant, nombreuses sont les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* qui ne touchent pas directement le contrat de consommation, même si elles tendent à protéger le consommateur. Il est alors plus approprié de se demander quels sont l'influence et l'apport du *droit contractuel de la consommation* dans l'ensemble du cadre juridique de la protection de la partie vulnérable. À cet égard, nul doute que l'impact et l'importance de cette portion du droit sont considérables. En tout état de cause, celui-ci joue un rôle non négligeable depuis des dizaines d'années sur la transformation des règles de protection du contractant vulnérable, eu égard aux limites du droit commun des contrats relevant du Code¹⁰³⁵.

Le contrat de consommation à titre de bien : une idée de justice contractuelle inutile. En lieu et place des postulats de la liberté et de l'égalité du volontarisme contractuel, le droit de la protection du consommateur va se déployer à partir d'un constat socio-économique : celui de l'observation et de la pratique d'un contrat envisagé comme étant un bien de consommation. À cet égard, on peut observer que la constance et la régularité à travers lesquelles les mêmes formulaires et documents sont reproduits annuellement, dans le même ordre tout en entraînant les mêmes actes, sont tout à fait curieuses¹⁰³⁶. Il y a, au sein des personnes morales et des entreprises, des budgets considérables consacrés à la mise en œuvre et à l'adaptation des offres d'adhésion. Triste situation du contractant pris dans un réseau complexe qui le submerge. La réponse offerte par la *Loi sur la protection du consommateur*, et même plus largement les autres législations concernées, se présente essentiellement sous un angle procédural. Il en résulte que l'approche du contrat de consommation évacue toute recherche du juste et lui préfère la régulation, voire la normalisation de l'opération de consommation. Il ne s'agit en fin de compte que d'une option purement positiviste qui met majoritairement l'accent sur le contrat de consommation à titre de bien au détriment de son sens juridique. Le professeur Jean-Guy Belley explique que, dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur*, « l'objet du contrat visé

¹⁰³⁵ Dans le contexte français, il semble que : « l'existence du droit de la consommation se fonde à mon avis sur une triple constatation : a) les consommateurs sont naturellement en position de faiblesse vis-à-vis du professionnel; b) la loi a pour fonction de protéger le faible contre le fort; c) le droit civil classique est impuissant à assurer la protection des consommateurs ». Voir Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n°18. Dans la 8^e édition, les auteurs ne les mentionnent plus et se contentent, dans une perspective plus large, de renvoyer à la relation consommateur et professionnel et l'objectif de protection de la règle visée (p. 17).

¹⁰³⁶ Dans certaines institutions bancaires, le document peut atteindre jusqu'à une cinquantaine de pages tellement le souci de couvrir la moindre hypothèse est grand.

n'est pas tant l'opération juridique voulue par les parties que le bien ou le service concret qu'elles ont en vue (art. 2), les "biens vendus le même jour" auxquels le contrat se rapporte (art.148),"la livraison du bien ou la prestation du service prévue dans le contrat" (art.16) »¹⁰³⁷. La *Loi sur la protection du consommateur* propose ce qui serait en quelque sorte une convention exemplaire dans laquelle les intérêts du consommateur ne seraient pas totalement sacrifiés, tout en ne compromettant pas trop non plus le bon fonctionnement de l'économie. Dans un imaginaire juridique du contrat qui se rapproche à la fois du phénomène et de la réalité sociologique, le consommateur et le commerçant sont d'abord envisagés comme des agents socio-économiques. Pour ce faire, le contrat de consommation est considéré « dans sa dimension comportementale, communicationnelle ou relationnelle »¹⁰³⁸. Là où certains sont tentés de voir des liens avec la justice contractuelle, les approches objectives du contrat, à l'instar de celle de la *Loi sur la protection du consommateur*, seraient plutôt « destinées à ramener la convention à des phénomènes sociaux quantifiables en évacuant leur substrat onto-axiologique : phénomènes relationnels saisis dans leurs manifestations objectives et élaborés dans leur typologie qui ne laissent pas de place à une recherche du juste »¹⁰³⁹. Pourtant, le droit contractuel de la consommation qui en résulte combine des règles relevant d'une protection individuelle et collective et doit être considéré comme le complément nécessaire des règles de droit commun. Toutefois, il offre une vision radicalement différente de celle du droit civil qui n'est pas sans influencer la qualité du consentement que nous allons maintenant aborder.

Para II L'influence du droit contractuel de la consommation sur la qualité du consentement

Pour veiller à la qualité de la volonté des parties, le *Code civil du Québec* fait appel à la théorie des vices du consentement. Cette option curative n'est pas celle de la *Loi sur la protection du consommateur* qui tente de surveiller la formation du contrat plus en amont. En plus de l'exigence

¹⁰³⁷ Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 136.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, p. 139; Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95. On pourrait trouver, dans la théorie relationnelle de Macneil, un fondement théorique à cette approche. Elle est d'ailleurs présentée comme l'une des principales figures contemporaines du droit des contrats. Voir Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », *supra*, note 69, 910.

¹⁰³⁹ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, p. 21.

d'un consentement du consommateur exempt de vices, le législateur prévoit une panoplie de mesures préventives et formalistes, dont la finalité est d'améliorer la qualité de l'engagement du consommateur. Elle porte spécialement sur l'information à travers l'octroi d'un délai de réflexion et le recours au formalisme informatif.

A L'octroi d'un délai de réflexion

Le domaine du délai de réflexion. L'engagement du consommateur est quelques fois le résultat d'une décision impulsive, non réfléchie, qui implique que celui-ci n'en saisit pas toujours les conséquences. Malgré le formalisme auquel le contrat de consommation est soumis, dans les faits, les consommateurs ne lisent pas véritablement les clauses contenues dans les documents contractuels préétablis. D'ailleurs, les auraient-ils lues qu'ils ne les auraient pas forcément comprises, non seulement par manque de connaissances techniques nécessaires, mais, d'une manière générale, compte tenu de la complexité et de la rapidité de l'opération. Toutes ces raisons expliquent pourquoi le législateur a décidé de permettre au consommateur de revenir sur sa décision en lui accordant, dans les contrats prévus dans la *Loi sur la protection du consommateur*, le pouvoir de revenir sur son engagement dans un délai légalement déterminé. Il en va ainsi des articles 54.8 et 54.9 sur le contrat conclu à distance, de l'article 59 portant sur le contrat passé par un commerçant itinérant, de l'article 73 pour le contrat de crédit, de l'article 150.5.1 pour le contrat de louage à long terme de biens, des articles 193 et 209 pour le contrat de service à exécution successive (contrat principal et accessoire) et de l'article 214.6 pour le contrat à exécution successive fourni à distance¹⁰⁴⁰. On trouve également une modalité produisant des effets similaires dans la *Loi sur les arrangements funéraires préalables des services funéraires et de sépulture*, souvent présentée comme étant une loi protectrice du consommateur¹⁰⁴¹. Une possibilité de revenir sur son consentement qui vient compléter le *Code*

¹⁰⁴⁰ Si dans la majorité des cas, le droit de dédit s'exerce sans frais, il n'en est pas ainsi pour le contrat à exécution successive de service fourni à distance et pour lequel il y a des frais. De même, des frais seront exigés dans le cadre du contrat de service à exécution successive relatif à un entraînement, un enseignement ou une assistance, si le commerçant a commencé à exécuter le contrat.

¹⁰⁴¹ Voir les articles 10 et 11 qui permettent à l'acheteur de résoudre le contrat dans un délai de 30 jours s'il n'a pas été signé dans une résidence funéraire ou ailleurs qu'à un établissement. Voir également Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, *supra*, note 62, p. 45; Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 5.

civil du Québec qui ne prévoit ce privilège que dans le cadre restreint du contrat préliminaire à l'achat d'un immeuble d'habitation (art. 1785 C.c.Q.).

La possibilité de revenir sur son consentement. La reconnaissance de ce qu'on peut qualifier de droit de repentir consacre la rupture avec l'idée selon laquelle une fois la signature apposée sur un formulaire, le consentement ainsi exprimé est définitif et immuable. Avec le délai de repentir, le consommateur peut revenir sur sa décision. À la place du principe d'une volonté ferme et parfaite du *Code civil du Québec*, la *Loi sur la protection du consommateur* consacre, par cette faculté, l'idée d'une volonté imparfaite, limitée et même irréfléchie. Par conséquent, le délai imparti au consommateur « lui permet de retrouver son libre arbitre et de renoncer au contrat après une réflexion suffisante ». Ce faisant, ce n'est pas seulement le principe de l'accord de volonté définitif qui est revu, mais aussi celui de la force obligatoire du contrat qui, par l'effet de la période de réflexion, ne remonte plus à la date de sa signature. Pendant toute la durée de la période d'exercice du droit de repentir, la force obligatoire ne peut pas être soulevée pour imposer le respect des obligations consenties. Elle ne produira véritablement ses effets qu'une fois le délai écoulé. Durant tout le temps d'exercice du droit de repentir, le contrat subsiste, mais dans une sorte de précarité, tel qu'il ressort de l'article 30 de la Lpc qui dispose que le lien d'obligation ne naît qu'à l'issue du délai de réflexion. Malgré cela, ce droit n'a pas toujours l'efficacité qu'on lui prête, puisque l'octroi d'un délai d'acceptation est un moyen jugé plus efficient.

L'opportunité d'un délai d'acceptation. Le droit de dédit a fait l'objet de critiques, notamment de la part de Thierry Bourgoignie qui constate que ce moyen juridique ne protège pas suffisamment le consommateur, et qu'il serait mieux de lui préférer un délai permettant au consommateur d'accepter le contrat¹⁰⁴². En effet, l'auteur estime que si le droit de révoquer le contrat existe bel et bien, le pourcentage de consommateurs qui en fait usage dans la pratique serait passablement limité, alors même qu'il y a là un réel outil protecteur. Un exemple emblématique à cet égard est la sollicitation téléphonique par laquelle le consommateur est invité, par l'intermédiaire d'une agence de publicité ayant pour mandat de vendre des services, à essayer un produit. En matière de services, il arrive que, durant une conversation de quelques minutes,

¹⁰⁴² Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006? », dans *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Thierry Bourgoignie (dir.), *supra*, note 953, p. 16.

une agence propose aux clients d'une banque de contracter une assurance supplémentaire sur leur carte de crédit. Le montant du service sera prélevé automatiquement sur leur compte. Ledit service est offert pendant une période d'essai, au terme de laquelle, il a le choix de le conserver ou de l'annuler. Le contrat lui sera par la suite envoyé par la poste. Il a donc un droit de repentir. Le fait est alors que, très souvent, étant donné les conditions dans lesquelles s'est formé le contrat, le consommateur oublie souvent de procéder à l'annulation ou ne le fait pas dans le temps requis et se trouve, de fait, lié contractuellement pour une période plus ou moins longue. Il faudrait, pour inverser cette tendance, soumettre la formation du contrat à un délai. Ainsi, il serait préférable de donner la possibilité au consommateur, non pas de revenir sur sa décision, mais de ne s'engager réellement qu'après un délai¹⁰⁴³. Ce qui présente d'ailleurs l'avantage de lui donner l'occasion d'essayer le service en toute liberté et de lui permettre de recevoir toute l'information y relative afin de prendre une décision éclairée. Toute chose qui participe à sa protection.

B L'information du consommateur et le renouveau du formalisme contractuel

Le formalisme informatif dans le cadre de la protection du consommateur. La vulnérabilité informationnelle prend toute une autre forme lorsqu'on prend en compte le contexte économique contemporain dans lequel se déroulent les transactions. Cette prise en considération a donné naissance à une véritable obligation qui prend la forme d'un droit à l'information au profit du consommateur. En effet, depuis une trentaine d'années, la reconnaissance de l'obligation d'information imposée au contractant fort au profit du consommateur a connu un développement réel. D'ailleurs, la protection du consommateur a été axée sur l'importance d'assurer l'information de celui-ci afin que son engagement soit réel et pris en toute connaissance de cause. Une chose est pourtant de veiller à l'information du contractant au niveau individuel, une autre est d'intervenir au niveau collectif.

¹⁰⁴³ *Id.* La proposition n'est pas sans intérêt, car cela demande au consommateur un effort réel pour que le contrat prenne effet. Sinon, il est considéré n'ayant pas été formé. Le mécanisme semble plus intéressant en termes de protection et de qualité de l'engagement. On retrouve déjà cette pratique dans de nombreuses sollicitations téléphoniques, dans lesquelles, l'offre est ensuite envoyée par la poste au consommateur qui a un délai pour appeler et la confirmer, sinon elle est caduque. Toutefois, il n'est pas certain que les commerçants voient d'un très bon œil de se faire imposer une telle pratique.

La nécessité d'un formalisme spécifique. Bien que la *Loi sur la protection du consommateur* ne consacre pas juridiquement une obligation générale d'information, la nécessité de renseigner adéquatement le consommateur est une réelle préoccupation chez le législateur. Cela se traduit d'abord par le regain accordé au formalisme contractuel. La complexité et la rapidité des échanges sont telles qu'il n'est pas réaliste, à l'instar du *Code civil du Québec*, de tabler sur le principe individualiste exigeant que chacun se renseigne lui-même. Il appartient donc au commerçant d'assurer l'information complète, voire parfaite, du consommateur. Malgré le développement des moyens de communication et de la technologie, ce dernier ne peut pas vraiment, de ses propres moyens, obtenir toutes les informations liées à la qualité des différents biens qui lui sont offerts sur le marché. Il appartient donc à la partie qui détient l'information de la divulguer à celle qui en est privée. C'est par le déploiement d'un formalisme propre aux différents contrats règlementés dans la *Loi sur la protection du consommateur* que le législateur a choisi d'assurer au consommateur une information exacte et essentielle.

Les contrats spéciaux soumis à un formalisme rigide. Dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur*, le commerçant se voit imposer une « obligation positive consistant à fournir des informations au consommateur, que ce soit verbalement, selon les prescriptions du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, ou selon un formulaire distinct qui sert de modèle »¹⁰⁴⁴. En faisant appel au formalisme contractuel comme condition de formation du contrat, la *Loi sur la protection du consommateur* rompt avec le principe du consensualisme du *Code civil du Québec*, en ce qui concerne les contrats spécialement régentés par cette législation. Il s'agit du contrat de commerçant itinérant (art. 55-65), du contrat de crédit (art. 66-150), du contrat de louage à long terme de biens (art.150.1-181), du contrat de réparation d'appareils domestiques (art.182-188), du contrat de vente d'une carte prépayée (art. 187.1-187.4), du contrat de service à exécution successive (art. 189-214) et du contrat d'exécution successive de service fourni à distance (214.1-214.11). Ces contrats sont soumis à des formalités rigides dont le non-respect empêche que le contrat soit valablement formé.

Des règles de formation spéciales. Les règles de formation du contrat sont traitées dans la *Loi sur la protection du consommateur* au chapitre II et aux articles 23 à 33. Ces dispositions s'appliquent à tous les contrats spécialement règlementés que nous avons cités, à l'exception du contrat

¹⁰⁴⁴ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation, supra*, note 62, n°20, p. 29.

conclu à distance¹⁰⁴⁵. De manière générale, l'article 30 de la Lpc pose le principe selon lequel « le contrat est formé lorsque les parties l'ont signé »¹⁰⁴⁶. Quant à l'article 24, il impose un écrit pour qu'une offre, une promesse ou une entente préalable à un contrat lie le consommateur. L'article 25 dispose que : « le doit être clairement et lisiblement rédigé au moins en double et, sauf s'il est conclu à distance, sur support papier ». À l'article 26, le législateur rappelle l'exigence de l'usage du français. L'article 27 impose au commerçant la remise au consommateur d'un contrat écrit et signé, afin qu'il en prenne connaissance avant d'y apposer sa signature, excepté lorsqu'il s'agit d'un contrat de crédit¹⁰⁴⁷. L'article 28 complète le précédent en précisant que « La signature des parties doit être apposée au contrat sur la dernière page de chacun des doubles du contrat, à la suite de toutes les stipulations »¹⁰⁴⁸. L'article 32 complète le tout en ajoutant que « le commerçant doit remettre un double du contrat au consommateur après la signature ». Les dispositions prévues à l'article 33 indiquent que « Le consommateur n'est tenu à l'exécution de ses obligations qu'à compter du moment où il est en possession d'un double du contrat ». Par conséquent, le contrat prend en principe effet non plus par la seule rencontre des volontés, mais par sa manifestation extérieure et matérielle, à travers la remise d'un document tangible¹⁰⁴⁹. Le

¹⁰⁴⁵ Certains auteurs choisissent de les traiter comme des contrats règlementés. Voir en ce sens, Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation, supra*, note 62, n°21, p. 29.

¹⁰⁴⁶ La sanction du non-respect des formalités prévues par la loi peut être sévère. La vente d'un aspirateur par un vendeur itinérant ne s'est pas conformé aux dispositions des articles 30 et 55 et s. de la Lpc si l'acheteur n'a jamais reçu le double. En cas de manquement à cette formalité, les délais de prescription ne courent pas contre ce dernier, qui peut toujours soulever la nullité du contrat. Voir *Québec inc. (Air Plus international) c. Décarie*, 2006 QCCQ 9215 (CanLII), paragr. 5-13; pour un contrat de vente de matériel agricole non signé et du défaut de fournir un double, voir *Matapédienne Coopérative Agricole c. Assels*, J.E. 2005-1686, (C.S.), paragr. 103-107; Le commerçant qui vend et installe un système d'alarme payé comptant doit tout de même s'assurer de respecter les formalités de conclusion du contrat prévues par la *Loi sur la protection du consommateur*, au risque de voir son contrat annulé. Voir *Alarme Trans-Canada inc. c. Piccirilli*, J.E. 2007-1103, (C.Q.), paragr. 79-81; le contrat de prêt d'argent à un consommateur peut être annulé s'il n'a pas été constaté par écrit. Voir *Express Finance R.G. inc. c. Farsi*, J.E. 2010-1070, (C.S.), paragr. 97-100.

¹⁰⁴⁷ L'article 29 Lpc prévoit que « les articles 27 et 28 ne s'appliquent pas à un contrat de crédit variable conclu pour l'utilisation de ce qui est communément appelé carte de crédit. Dans le cas d'un tel contrat, « l'émission de la carte tient lieu de signature du commerçant et l'utilisation de la carte par le consommateur tient lieu de signature du consommateur ». Sauf réserve faite par la jurisprudence dans *Banque de Montréal. c. Loyer*, 2006 QCCQ 4453 (CanLII), paragr. 24-25. Ainsi, il « serait abusif de conclure que l'utilisation d'une carte de crédit tient lieu de signature confirmant le consentement du consommateur à toute clause, quelle qu'elle soit, pourvu que le commerçant ait eu assez d'imagination pour l'inscrire à la convention remise en même temps que la carte de crédit ». L'utilisation de la carte de crédit équivaut donc à la signature du contrat uniquement pour les dispositions prévues aux articles 118 à 130 Lpc.

¹⁰⁴⁸ La signature du contrat joue un rôle important en matière de protection du consommateur. Une fois que ce dernier a reçu le contrat, il peut en prendre connaissance avant de signer, de sorte qu'il peut contester l'existence même d'un contrat de consommation dont il ne possède pas tous les termes. Voir *Banque JPMorgan Chase, n.a. (Sears Canada Bank) c. Poulin*, J.E. 2008-1516 (C.Q.), paragr. 17-18; *Banque JPMorgan Chase n.a. (Sears Canada Bank) c. McDougall*, B.E. 2008BE-888 (C.Q.), paragr. 18-19; pour un cas dans lequel le double n'a pas été remis au consommateur et à qui le commerçant a fait signer un contrat différent de celui qui avait été négocié verbalement, voir *Nadeau c. Banque de Montréal*, [2008] R.J.Q. 2255 (C.Q.), paragr. 52; *Caron c. Farhat (Majestic MS)*, 2006 QCCQ 12826 (CanLII), paragr. 12.

¹⁰⁴⁹ Voir *Thuot c. Gerstein* [1978] C.P. 401 *paxim*; *Clermont c. Parent*, [1986] R.J.Q. 513 515 (C.P.). Signalons que si le formalisme est une condition de validité du contrat, il en résulte un certain nombre de sanctions en cas de non-respect.

regain que connaît ainsi le formalisme en matière de protection du consommateur est surtout intimement lié au besoin d'informer le consommateur. D'ailleurs, les termes de l'article 27 de la Lpc sont très explicites en ce sens. Par la mise en place de cette procédure formaliste, le législateur veut s'assurer qu'un maximum d'informations est divulgué au consommateur, qu'il en a pris connaissance et a eu du temps pour en saisir le sens et la portée. Ce qu'*a priori* le principe du consensualisme ne peut pas garantir. En effet, « le formalisme contractuel paraît le moyen idéal pour assurer la divulgation d'informations essentielles et pour permettre au consommateur d'en prendre connaissance »¹⁰⁵⁰. C'est cette même préoccupation qui semble justifier le régime spécial de l'information dans le cadre du contrat conclu à distance.

La reconnaissance d'une obligation d'information dans le contrat conclu à distance. Dans la *Loi sur la protection du consommateur*, le traitement de l'information du consommateur est d'abord considéré en fonction de la spécificité et de l'importance des catégories de contrats qui y sont traitées. Dans le cas du contrat conclu à distance¹⁰⁵¹, le législateur vise tous les contrats conclus en ligne. Lorsqu'on sait l'importance du nombre de transactions qui se font aujourd'hui par Internet¹⁰⁵², il convient d'adopter des règles adaptées à ce type d'opération¹⁰⁵³. Ainsi, en 2007, la *Loi sur la protection du consommateur* a été modifiée afin de formaliser davantage l'obligation

Ainsi, le consommateur peut demander la nullité du contrat prévue à l'article 271 de la Lpc. En matière de contrat de crédit, si le défaut porte sur le calcul des frais ou la non-divulgence des informations, le consommateur a le choix entre demander la réduction des frais de crédit ou l'annulation du contrat (art. 271 al. 2 et 272). En cas de non-respect de l'exigence de signature, le consommateur peut demander la résolution du contrat. Encore que dans le cas de l'article 271 de la Lpc, il faut prouver le préjudice, mais l'article 272 sanctionne une condition de fond à l'encontre de laquelle le défaut de dommage ne peut pas être présenté comme défense.

¹⁰⁵⁰ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, *supra*, note 62, n°106, p. 126. Les auteurs renvoient à Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 119. Et Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », *supra*, note 442, 275.

¹⁰⁵¹ Nous avons choisi de nous attarder quelque peu sur le contrat à distance, notamment lorsqu'il s'agit du contrat conclu en ligne. Ce choix se justifie pour deux principales raisons. La première est purement illustrative, car il ne s'agit pas pour nous de reprendre dans le détail toutes les règles applicables à tous les contrats régis par la *Loi sur la protection du consommateur*. Notre objectif est plutôt d'en montrer les contours et les limites. La seconde raison porte sur l'importance contemporaine et future de ce contrat. Ce qui ne diminue pas l'importance du contrat de crédit ou de louage à long terme de véhicule, par exemple. Le contrat électronique présente cependant des aspects nouveaux de la vulnérabilité dans les contrats d'adhésion. Sans compter que chaque catégorie de contrat présente des défis spécifiques.

¹⁰⁵² Voir Serge KABLAN et Arthur OULAÏ, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », (2009) 54 *McGill L. J.* 627.

¹⁰⁵³ Il faut encore pour cela bénéficier de la qualité de consommateur. Quelques fois, avec les opérations effectuées sur le Net et ce n'est pas toujours évident. Voir concernant une transaction effectuée sur le site ebay, *eBay Canada Ltd. c. Mofo Moko*, 2013 QCCA 1912 (CanLII) para 28 et s. Pour l'encadrement juridique de l'obligation précontractuelle dans les contrats en ligne, voir Charline BOUCHARD et Marc LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 *R.G.D.* 373.

d'information du commerçant. Or, cette modification, qui alourdit la procédure que doivent respecter les parties, renforce simplement le caractère formel du respect de l'obligation, sans garantir une compréhension réelle et efficace en aval¹⁰⁵⁴. Certes, il existe une obligation précontractuelle de renseignement à l'article 54.4¹⁰⁵⁵. Cette disposition met à la charge du commerçant l'obligation de divulguer son identité, l'objet du contrat et toutes les modalités d'exécution, la description détaillée du bien, de même que ses caractéristiques et spécifications¹⁰⁵⁶. Le même article prévoit que le commerçant doit « présenter ces renseignements de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur ». Le contrat qui s'ensuit doit être écrit¹⁰⁵⁷.

La formalisation de l'information du contractant dans les contrats de cyberconsommation. La nécessité d'informer le consommateur est une exigence unanimement acceptée. La solution adoptée par le législateur québécois, en ce qui concerne les contrats de cyberconsommation, est

¹⁰⁵⁴ Voir le constat de Serge KABLAN et Arthur OULAÏ, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », *supra*, note 1052, 627. Pour ces auteurs, il faut s'assurer de transmettre des informations jugées essentielles, au lieu d'inonder le consommateur d'informations plus ou moins utiles. En plus, il faudrait mettre en œuvre des mesures efficaces. Il faut certes prendre en compte les spécificités de chaque catégorie de contrat. Cependant, les remarques concernant le contrat de cyberconsommation peuvent, de notre point de vue, être généralisées à l'ensemble des contrats en ce qui concerne l'efficacité de l'information.

¹⁰⁵⁵ Le non-respect de cette obligation n'est pas toujours simple à mettre en œuvre, car il peut y avoir mésentente sur le prix lorsque le consommateur croit qu'il s'agit d'un prix global alors qu'il est indiqué pour une unité. Voir *Ndayizeye c. 4253159 Canada inc. (Chauffage climatisation Lalonde)*, 2013 QCCQ 10442, paragr. 23-25.

¹⁰⁵⁶ L'article stipule qu'« avant la conclusion du contrat à distance, le commerçant doit divulguer au consommateur les renseignements suivants : a) son nom et tout autre nom qu'il utilise dans l'exploitation de son entreprise; b) son adresse; c) son numéro de téléphone ainsi que, le cas échéant, son numéro de télécopieur et son adresse technologique; d) une description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécifications techniques; e) un état détaillé du prix de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, des frais connexes qu'il exige, de même que du coût de tout droit exigible en vertu d'une loi; f) une description de tous les frais supplémentaires qui pourraient être exigibles par un tiers et dont le montant ne peut être raisonnablement calculé, notamment les droits de douane et les frais de courtage; g) le total des sommes que le consommateur doit déboursier en vertu du contrat et, le cas échéant, le montant des versements périodiques, le tarif applicable pour l'utilisation d'un bien ou d'un service accessoire de même que les modalités de paiement; h) la devise dans laquelle les montants exigibles sont payables, lorsque cette devise est autre que canadienne; i) la date ou les délais d'exécution de son obligation principale; j) le cas échéant, le mode de livraison, le nom du transporteur et le lieu de livraison; k) le cas échéant, les conditions d'annulation, de résiliation, de retour, d'échange ou de remboursement; l) toutes les autres restrictions ou conditions applicables au contrat. Le commerçant doit présenter ces renseignements de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur; lorsqu'il s'agit d'une offre écrite, il doit présenter ces renseignements de façon à ce que le consommateur puisse aisément les conserver et les imprimer sur support papier ». Ainsi, le consommateur doit, par exemple, être informé des conditions d'annulation, de résiliation ou de modification d'un billet gagné à un concours et, lorsque le contrat est formé à distance, une copie de celui-ci doit lui être envoyée dans les 15 jours suivant la conclusion du contrat à peine de nullité. Voir *Aubry c. Bigfoot Paintball*, 2011 QCCQ 16047, paragr. 19-23; *Gauthier c. Resotage.com inc.*, 2012 QCCQ 4453, paragr. 32-40.

¹⁰⁵⁷ L'offre qui le précède ne saurait être confondue avec le contrat lui-même : voir *Rioux c. Centre récréatif Bigfoot inc.*, 2013 QCCQ 11206, paragr. 19-24.

résolument orientée vers une plus grande « formalisation » de ce type de convention. L'une des spécificités des contrats conclus électroniquement réside dans leur mode de formation ou de manifestation de l'acceptation. À cet égard, le contrat conclu à distance est un contrat d'adhésion par excellence puisqu'il se forme soit par un simple « clic », soit de manière tacite¹⁰⁵⁸. Comme la simple apposition de la signature sur un document papier préparé et rédigé par les soins ou pour le compte d'une partie, le contrat électronique est valablement formé une fois que le consommateur a cliqué sur un onglet, habituellement « *j'accepte* » ou « *I agree* ». À ce stade, les difficultés de compréhension sont grandes, puisque le texte auquel le consommateur donne son adhésion peut être long et comporter des liens hypertextes qui renvoient à d'autres informations ou fenêtres différentes¹⁰⁵⁹. Mais le contrat formé est valable aussi bien en droit québécois¹⁰⁶⁰. On pourrait rétorquer que le consommateur est censé lire toute l'information avant de cliquer, et ce, d'autant plus qu'il est seul face à son écran. Ce serait oublier qu'ici la quantité et la complexité des informations peut être à l'origine de nombreux problèmes.

La complexité de l'information en ligne. La masse d'informations à laquelle le consommateur peut avoir accès constitue paradoxalement l'une de ses principales faiblesses, puisqu'il devient alors difficile, même pour une personne raisonnable, d'intégrer adéquatement ce flot d'informations¹⁰⁶¹. D'une manière générale, l'exigence accrue de formalisme fait en sorte que les contrats sont progressivement devenus très volumineux. Ce qui s'explique par le souci, somme toute formel, du stipulant qui cherche à respecter toutes ses obligations légales et réglementaires. La standardisation des échanges et le formalisme qui l'accompagne, dans un contexte où le même document est destiné à des milliers de personnes différentes, ont un impact direct sur l'efficacité de l'information du contractant vulnérable. S'il semble que le consommateur dispose d'informations auxquelles il peut avoir facilement accès, il demeure pourtant sous-informé.

¹⁰⁵⁸ Ce qui n'est pas en contradiction avec le droit civil québécois dans la mesure où l'article 1386 C.c.Q. prévoit que l'acceptation du contrat peut être expresse ou tacite. Dans ce dernier cas, il faudrait tenir compte des circonstances, des usages ou des relations d'affaires. Voir aussi *Aspencer1.com Inc. c. Paysystems Corp.*, J.E. 2005-601 (C.Q.).

¹⁰⁵⁹ Certains auteurs proposent d'offrir au consommateur la possibilité d'imprimer les documents avant de conclure à la transaction à travers une sorte de « double clic ». Voir Vincent GAUDRAIS et Ejan MACKAAY, « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude Lamontagne (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 279.

¹⁰⁶⁰ *Dell computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801.

¹⁰⁶¹ Voir les critiques de Vincent GAUTRAIS, « Le nouveau contrat à distance et la *Loi sur la protection du consommateur* », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Le droit de la consommation sous influences*, *supra*, note 145, p. 105; Serge KABLAN et Arthur OULAÏ, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », *supra*, note 1052, 626.

Certes, il existe de nos jours de multiples sources d'informations, notamment les médias de masse, la publicité, les annonces, les sites Internet, les magazines, les brochures, les dépliants, les livres ou les appels téléphoniques. La liste n'est pas exhaustive. Cette information infinie donne l'illusion que le consommateur a un accès illimité à une information disponible qu'il serait capable de comprendre, de gérer et de trier. Il est tentant de le croire alors mieux armé face aux entrepreneurs et prestataires de biens et services. On peut douter d'une telle conclusion étant donné le type d'économie dans lequel est prisonnier le consommateur. En effet, la possibilité d'avoir accès à des informations ne suffit pas pour en conclure que le consommateur est adéquatement informé. Ce magma d'indications, d'avis, de notes ou de réserves est étonnamment la cause de la sous-information du consommateur, parce que trop variée, trop technique et trop complexe¹⁰⁶². Il a été remarqué à cet égard que :

Si le consommateur est mieux outillé aujourd'hui qu'il ne l'était hier pour connaître ses droits et les faire valoir, sa relation avec l'entreprise se caractérise toujours par la disparité des connaissances et l'inégalité des ressources pour se défendre. En effet, l'entreprise n'a jamais disposé d'autant de ressources pour concevoir, produire, mettre en marché des produits et des services tout en imposant, dans une certaine mesure, ses conditions. En outre, la complexité des contrats, la grande variété des biens et des services, la qualité de l'information fournie par l'entreprise, les méthodes de vente de plus en plus sophistiquées ainsi que les pressions incessantes du discours du marchand forment un écran de fumée qui limite la capacité du consommateur d'évaluer l'ensemble des conséquences qui découlent de sa décision¹⁰⁶³.

Trop d'informations tuent l'information! Une telle sophistication n'est pas sans nuire à la juste information du consommateur, en grande partie parce qu'elle émane du commerçant.

La promotion de biens et services nuisible à l'information du consommateur. Si la quantité d'information à laquelle a accès le consommateur tend à lui nuire, c'est que la majorité de ces moyens d'information est orientée. Or, la juste information à laquelle prétend le consommateur doit être le plus possible de nature objective. Il doit pouvoir aisément y avoir accès, ce qui, dans les faits, n'est malheureusement pas toujours le cas¹⁰⁶⁴. La tâche s'avère encore plus malaisée lorsque l'information offerte est traitée par les prestataires de services ou de biens avec qui il

¹⁰⁶² Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation, supra*, note 62, p. 447 et s.

¹⁰⁶³ Voir le document de l'Office de la protection du consommateur, *Plan stratégique 2005-2008. Contribuer au climat nécessaire à la prospérité de la société québécoise*, p. 5-6, consulté en ligne le 20 avril 2015. Voir <http://www.opc.gouv.qc.ca/fileadmin/media/documents/a-propos/publication/planification-2005-2008.pdf>

¹⁰⁶⁴ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation, supra*, note 62, p. 447 et s.

transige¹⁰⁶⁵. Dans certaines hypothèses, la comparaison entre fournisseurs est facile et aisée, dans d'autres, elle ne l'est pas du tout. En matière de nouvelle technologie ou de téléphonie mobile, par exemple, les données informationnelles et publicitaires ne permettent en aucun cas de comparer les forfaits offerts. Un état de fait qui résulte aussi bien d'une impossibilité structurelle que délibérée¹⁰⁶⁶. Dans ce contexte, et bien que les sources d'information se soient démultipliées, le consommateur est plus que jamais la cible des publicitaires¹⁰⁶⁷. Une fragilité accentuée d'autant qu'il n'a aucune possibilité de négocier son contrat. En admettant qu'il connaisse la nature du bien ou du service pour lequel il a sollicité une entreprise, pour le reste, il n'y a aucune possibilité de négociation. Que le contexte soit monopolistique ou oligopolistique, et bien que le consommateur peut avoir le choix entre plusieurs offres, il n'en reste pas moins vrai que, bien souvent, le contenu des contrats peut afficher une similarité déconcertante entre vendeurs ou fournisseurs qui, pourtant, voudraient apparaître comme étant des concurrents¹⁰⁶⁸. La vulnérabilité informationnelle du contractant doit être considérée en tenant compte de tous ces paramètres. Dans un contexte de vulnérabilité informationnelle collective, miser sur la liberté contractuelle, à travers une meilleure information du consommateur, est loin d'être la solution

¹⁰⁶⁵ Voir *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265, paragr. 43. Le consommateur qui est au courant des prix ou des frais à payer ne peut plus par la suite se plaindre de la méconnaissance de ceux-ci une fois qu'il a continué d'utiliser le bien. Voir *Ata c. 9118-8169 Québec Inc.*, [2006] R.J.Q. 1883 (C.S.), paragr. 30-39. Le commerçant de système de filtre à eau qui promet dans sa publicité « une qualité d'eau claire et propre » ne peut, après coup, tenter de se dérober en prétendant que la couleur jaunâtre est due à d'autres causes. Voir *Lafontaine c. La Source d'eau Val-d'Or inc.*, 2001 QCCQ 10566 (CanLII), paragr. 20-28; *Jabraian c. Trévi Fabrication Inc.*, 2005 QCCQ 10580 (CanLII), paragr. 19-24; Une différence entre le contenu du contrat et le désir exprimé par le consommateur peut justifier la résolution du contrat. Voir *Santangeli c. 154995 Canada Inc.*, 2005 QCCQ 32103 (CanLII), paragr. 16-18; le consommateur est en situation de vulnérabilité lorsqu'un entrepreneur tente d'éviter de lui révéler la véritable nature des travaux et de ventiler abusivement le prix final, voir *Martin c. Rénovations métropolitaines (Québec) Ltée*, 2006 QCCQ 1760 (CanLII), paragr. 62-75.

¹⁰⁶⁶ On peut noter la facilité qu'il y a sur le Net à trouver et comparer des produits tels qu'un mélangeur, une garde-robe ou encore un voyage dans une île. Toutefois, dès qu'il s'agit de nouvelles technologies, les choses deviennent un peu plus compliquées. Difficile de comparer les forfaits ADSL des fournisseurs d'accès à Internet. En fait, entre les frais cachés, les conditions particulières, les options multiples (vitesse et autres), aucune méthode ne semble assez efficace pour distinguer le meilleur face à une multiplication de références, de forfaits Internet ou téléphoniques. Dans ce domaine, les acteurs du marché brouillent les cartes et faussent délibérément le jeu de la concurrence. Il en est de même pour les forfaits de téléphones mobiles. Selon les opérateurs, une telle segmentation permet de répondre à la majorité des besoins. Mais cette louable intention ne tient pas toujours. Combien d'entre nous disposent d'assez de temps et de patience pour décortiquer les offres? Soyons clair, tout est question de marketing : laisser croire que la concurrence est plus chère et se rattraper avec les conditions particulières. La situation du consommateur traduirait une véritable « cécité cognitive ». Terme utilisé en illusion optique pour exprimer l'idée que devant une situation complexe le cerveau de l'être humain a plus de mal à gérer l'ensemble des informations présentes. Il est finalement l'objet d'une forme profonde d'aveuglement.

¹⁰⁶⁷ Voir l'ouvrage collectif intitulé *La publicité, une arme de persuasion massive : Les défis de l'encadrement législatif*, Pierre-Claude Lafond (dir.), *supra*, note 984.

¹⁰⁶⁸ Voir Pierre-Claude LAFOND, « Caveat venditor! Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *R.J.T.U.M.* 9, 21 et s.

adéquate¹⁰⁶⁹. Tant que l'information du consommateur proviendra de son cocontractant, comment penser qu'elle puisse être réellement objective puisque ces renseignements ont une visée unique : la promotion des produits offerts par le vendeur, le fabricant ou le distributeur? Il ne faudrait pas oublier que « pour être signifiante, l'information doit être transmise préalablement à cette conclusion et pendant une période suffisante pour en prendre connaissance et comparer les autres offres du marché »¹⁰⁷⁰. Cela dit, l'impact du droit de la consommation ne se limite pas au consentement, il s'étend à la recherche de l'équilibre du contenu contractuel.

Para III Le contrôle de l'équilibre contractuel par le droit de la consommation

A Le régime mixte de la lésion au sein de la *Loi sur la protection du consommateur*

Le double critère d'appréciation de la lésion dans la *Loi sur la protection du consommateur*. La relation qui unit le consommateur au commerçant repose sur un rapport d'inégalité, lequel se traduit par un contrat dont le contenu peut être lésionnaire. La lésion ne constitue que de manière exceptionnelle un vice de consentement au sens du *Code civil du Québec*. Il en va tout autrement dans la *Loi sur la protection du consommateur* qui traite de cette notion aux articles 8 et 9¹⁰⁷¹. Ces deux dispositions jouent un rôle important dans le cadre de la protection du consommateur. À la lecture de celles-ci, la question est de savoir si le rôle de la lésion telle qu'elle a été établie dans la *Loi sur la protection du consommateur* doit être rattaché à la sanction des vices du consentement ou considéré comme un outil de correction du contrat. Or, il n'est pas toujours aisé de déterminer quelle est exactement la nature de cette notion qu'une partie de la doctrine considère comme ayant un caractère mixte¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, 21.

¹⁰⁷⁰ Voir Pierre-Claude LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, *supra*, note 133, p. 494.

¹⁰⁷¹ Le premier stipule que : « Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante ». Le second prévoit que : « Lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur ».

¹⁰⁷² Voir Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, *supra*, note 79, n°105, p. 218.

La lésion en tant que vice de consentement dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur*. Deux éléments permettent de faire le rapprochement entre la lésion et les vices de consentement : la référence à l'exploitation d'une partie et les critères d'appréciation énoncés à l'article 9 de la Lpc. En effet, le législateur aurait pu simplement définir la lésion à partir de l'idée de déséquilibre contractuel qui se traduit ici par la disproportion considérable entre les prestations. Il a pourtant choisi d'ajouter l'exploitation d'une partie comme critère supplémentaire. Cet ajout n'a pas de portée véritable dans la mesure où elle est la suite logique du manque d'équivalence des prestations. En effet, la disproportion, comme le précise le texte de l'article 8 de la Lpc, « équivaut » à l'exploitation. On en déduit qu'il y a présomption d'exploitation en cas de disproportion des prestations. Par conséquent, pourrait-on penser, nul besoin de prouver celle-ci puisqu'elle est intrinsèque à l'existence même du déséquilibre des prestations dont elle est la suite logique. Ce qui, au niveau de la preuve, se traduit par la simple mise en évidence de l'existence d'une disproportion considérable envisagée objectivement¹⁰⁷³. La présomption ainsi établie, apparaît alors comme étant irréfragable, à la différence de celle de l'article 1405 du *Code civil du Québec* que les parties peuvent renverser en établissant qu'il n'y a pas eu exploitation. C'est, en principe, par l'établissement de l'existence d'un déséquilibre objectif entre les prestations que la lésion est établie, et cette preuve est suffisante. Partant, pour se défaire de la poursuite et s'exonérer, le commerçant ne sera pas admis à prouver qu'il n'en a pas résulté une quelconque exploitation du consommateur. Tel n'est pourtant pas l'avis de Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière qui estiment qu'une telle preuve doit pouvoir être administrée par le commerçant, rapprochant la lésion du vice de consentement¹⁰⁷⁴. Plus encore, en donnant à l'exploitation une telle importance dans le cadre de l'article 8 de la Lpc, elle peut être assimilée à la sanction d'une faute. Plus qu'une condition supplémentaire, le caractère subjectif de la lésion tend plus à assurer la sanction de l'exploitation d'une partie, déduite de l'absence d'équivalence

¹⁰⁷³ Voir *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.), p. 6-7 du texte intégral. Notons cependant que l'ensemble des conditions contractuelles sera apprécié par le tribunal, spécialement en matière de crédit. Il est ainsi arrivé que, malgré un taux d'intérêt très élevé, le tribunal a validé la convention parce que d'autres avantages permettaient de contrebalancer le caractère disproportionné du taux. Dans l'ensemble, la lésion objective de l'article 8 Lpc est suffisante et les tribunaux l'ont rappelé à plusieurs reprises. Voir *Riendeau c. Compagnie de la Baie d'Hudson*, J.E. 2000-641 (C.A.), paragr. 28-32. *Compagnie de Finance Household du Canada c. Bélanger*, J.E. 89-1463 (C.Q.), paragr. 144-165.

¹⁰⁷⁴ Voir *Le droit de la consommation*, *supra*, note 62, p. 65. Les deux auteurs estiment que le commerçant qui réussit à faire la preuve qu'il n'y a pas exploitation et que la prestation demandée était justifiée ne doit pas être sanctionné (spéc. p. 65). Ne faut-il pas alors en déduire que la seule preuve du caractère non disproportionné équivaut à l'inexistence de l'exploitation?

au sein des prestations¹⁰⁷⁵. D'ailleurs, cette exploitation de la partie vulnérable relève de la nouvelle moralité contractuelle qui domine le Code civil de 1994, influencé sur ce point par la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰⁷⁶. Pour saisir avec plus de clarté la nature de la lésion, peut-être faut-il faire une lecture conjointe des articles 8 et 9 de la Lpc.

La lecture combinée des articles 8 et 9 de la *Loi sur la protection du consommateur*. En plus de la sanction de l'exploitation du consommateur, c'est davantage la lecture combinée des articles 9 et 8 de la Lpc qui incline à penser que le rattachement avec le contrôle du consentement reste fort. D'ailleurs, le tribunal utilise l'article 9 de la Lpc pour apprécier le consentement des parties¹⁰⁷⁷. En effet, il y est prévu que le juge, dans le cadre de l'appréciation du consentement et de l'application de l'article 8, tiendra compte des conditions de formation du contrat, des circonstances et des avantages résultant pour le consommateur. Autant d'exigences qui permettent de mieux prendre en compte l'inégalité qui caractérise les contractants et qui ajoute aux vices du consentement prévus au C.c.Q.¹⁰⁷⁸. L'article 9 de la Lpc permet au juge de prendre en considération le critère tenant à la capacité financière du consommateur au moment de son engagement¹⁰⁷⁹. Quant aux circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu, il s'agit de celles qui concernent la conclusion ou la négociation du contrat¹⁰⁸⁰. Ajoutons que la spécificité repose ici sur l'inclusion de l'abus de faiblesse psychologique du consommateur qui n'est pas régi par les

¹⁰⁷⁵ Voir Élise CHARPENTIER, « L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 520.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 520.

¹⁰⁷⁷ Voir *Riendeau c. Compagnie de la Baie d'Hudson*, J.E. 2000-641 (C.A.), paragr. 28-31; *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.), p. 9 du texte intégral; Voir aussi *Banque de Montréal c. Nadon*, [1990] R.J.Q. 880 (C.Q.).

¹⁰⁷⁸ Le consommateur peut faire valoir l'exploitation comme cause subjective de nullité et justifier la protection qui lui est ainsi accordée, voir *Crédit Trans-Canada Itée c. Brazeau*, J.E. 80-592 (C.S.); *Banque de Montréal c. Spooner*, [1994] R.J.Q. 1388 (C.S.) *paxim*.

¹⁰⁷⁹ Dans ce sens, le commerçant a un rôle important à jouer. Il est vrai que chacun doit défendre ses intérêts, mais dans un contexte économique où les opérations d'échange sont fort complexes, il appartient au commerçant de s'assurer que le consommateur est réellement apte à rembourser son crédit en faisant des recherches dans ce sens. En fonction de l'attitude négligente ou non du commerçant, le tribunal peut conclure à une obligation excessive ou exorbitante. Celui qui fait de fausses déclarations et est de mauvaise foi ne peut bénéficier de la protection même formelle des articles 8 et 9 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Voir *Banque de Montréal c. Bujold*, J.E. 2009-1306 (C.Q.), paragr. 36; *Banque de Montréal c. Grandmont*, [2004] R.J.Q. 1020 (C.Q.), paragr. 10-15.

¹⁰⁸⁰ Il faudrait que ces circonstances aient un lien avec le contrat. Toute chose qui peut avoir pour effet d'exclure celles qui portent sur la vie personnelle du consommateur, sauf en ce qui concerne l'âge ou l'inexpérience. Voir *Banque de Montréal c. Grandmont*, [2004] R.J.Q. 1020 (C.Q.), paragr. 7-15.

dispositions du *Code civil du Québec*¹⁰⁸¹. La lecture combinée des deux articles porte bien à croire que la dimension subjective de la lésion est importante, puisque les pouvoirs d'appréciation reconnus au juge, plus larges que ceux de la *Loi sur la protection du consommateur*, font essentiellement appel à la subjectivité des parties.

Les limites de l'approche subjective de la lésion prévue à la *Loi sur la protection du consommateur*. Une approche de la lésion d'un point de vue subjectif ne permet pas de saisir le rôle important que celle-ci peut jouer dans le rétablissement de l'équilibre des prestations. Le rapprochement entre lésion et vice de consentement oblige à considérer la lésion comme étant un moyen de la justice réparatrice, l'exploitation du consommateur étant la traduction d'une conduite fautive. Ceci ne peut avoir pour effet que de restreindre son champ d'application, car la lésion peut exister en dehors de toute exploitation et de tout comportement répréhensible¹⁰⁸². Dans ce contexte, que reste-t-il alors de la lésion-équilibre des prestations? Pour Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, ce ne sont pas tous les alinéas de l'article 8 de la Lpc qu'il faut relier à l'article 9, mais seulement la deuxième partie, celle qui porte sur les obligations du consommateur lorsqu'elles s'avèrent excessives, abusives et exorbitantes¹⁰⁸³. Ceci permettrait de considérer la première partie de l'article 8 comme étant purement objective. Une autre position serait d'affirmer le caractère mixte de la lésion, tout en accordant la prééminence à l'aspect objectif. C'est dans ce sens qu'on peut comprendre l'affirmation d'Élise Charpentier qui soutient que « la sanction de la lésion est soumise à une condition objective, mais conçue subjectivement, puisqu'elle repose sur l'idée d'exploitation et donc de la vulnérabilité de l'une des parties »¹⁰⁸⁴. D'une certaine façon, pour l'auteure, la mention de l'exploitation du consommateur dans l'article 8 de la Lpc ne joue qu'un simple rôle indicatif, elle n'a pas de portée réelle, car la vocation de la lésion reste objective. Le législateur n'avait d'autre but que de faire le lien entre

¹⁰⁸¹ Il est vrai que cela peut recouvrir les comportements malhonnêtes du commerçant, mais il s'agit aussi de celui qui fait preuve d'une très grande habileté et qui finit par impressionner fortement le consommateur qui ne saisit pas le sens et la portée de son engagement.

¹⁰⁸² Comme le rappelle Élise Charpentier, lorsque l'équité objective et l'équilibre contractuel étaient les piliers sur lesquels reposait la définition même du contrat, la lésion était la sanction normale permettant de s'assurer que la finalité recherchée avait été atteinte. Voir « L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 512. Voir dans le même sens « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », supra, note 65, 69-91.

¹⁰⁸³ Ce qui permet de bien démarquer l'aspect subjectif de la dimension objective. Voir *Le droit de la consommation*, supra, note 62, p. 68.

¹⁰⁸⁴ Voir « L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 520.

l'exploitation de la partie en position de force et celle qui est vulnérable. Il ne faudrait pas voir la mention de l'exploitation, dans la lésion de l'article 8, comme un critère supplémentaire, mais simplement comme une présomption irréfragable¹⁰⁸⁵. La seule preuve qui reste alors à établir se situe au niveau de la disproportion importante entre les prestations, la lésion devant être considérée comme étant purement objective¹⁰⁸⁶. Par conséquent, la lésion ne doit alors pas être rattachée au contrôle du consentement des parties, mais au rétablissement de l'équilibre contractuel¹⁰⁸⁷. Dans cette perspective, seule compte alors l'existence d'une disproportion importante entre les prestations des parties. Ce n'est pas seulement par la notion de lésion, dont le régime présente toujours quelques ambiguïtés, que le législateur tente d'assurer le rééquilibrage du contrat. Il intervient également par le contrôle des stipulations contractuelles.

B Le contrôle du contenu contractuel dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur*

L'interdiction de certaines clauses d'exonération de responsabilité dans la *Loi sur la protection du consommateur*. En ce qui concerne l'insertion des clauses d'exonération de responsabilité, la situation des consommateurs est meilleure que celle des contractants soumis au *Code civil du Québec*. Ce pouvoir est limité par le caractère abusif de la clause, notamment lorsque les parties sont en situation d'inégalité économique ou de négociation. Il en va ainsi de la garantie légale prévue à la *Loi sur la protection du consommateur* qui ne peut être exclue ou limitée par les parties, sauf pour accorder au consommateur une situation plus avantageuse¹⁰⁸⁸. Ce qui diffère du *Code civil du Québec* qui ne vise que le vendeur professionnel¹⁰⁸⁹. Cette disposition s'applique tant en

¹⁰⁸⁵ Voir une affaire très remarquable dans laquelle un chômeur a acheté un bateau dans des conditions financières trop lourdes pour un bateau finalement inutile : *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.), p. 6-7 du texte intégral. Il arrive aussi que l'engagement soit pas trop disproportionné compte tenu du coût réel de la chose. Voir *Altman c. Bernand*, [1991] R.J.Q. 2074, 2075 (C.Q.).

¹⁰⁸⁶ Voir *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.), p. 6-7 du texte intégral.

¹⁰⁸⁷ Pour certains, même si on devait prendre en compte les éléments subjectifs de la notion de lésion, il n'y a pas là une raison suffisante pour la considérer sous l'angle du vice du consentement. Voir l'opinion de Georges MASSOL, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 29 et s.

¹⁰⁸⁸ Voir *Robert c. Harold Cummings ltée*, J.E. 90-1645 (C.Q.) *paxim*; *Léger c. Automobiles Poirier (1990) inc.*, B.E. 2000BE-450 (C.Q.).

¹⁰⁸⁹ Pour l'exclusion de garantie et la vente aux risques et périls de l'acheteur, voir Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente, supra*, note 381, paragr. 126. Dans l'affaire *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, la juridiction suprême du Canada l'exprime très bien en affirmant qu'en vertu des articles 1723-1733 C.c.Q., « le vendeur professionnel tout comme le fabricant ont [...] l'obligation de dénoncer les vices cachés de la chose qu'ils vendent. En gardant le silence, ils commettent un dol qui vicie la clause de garantie comme celle qui excluait les conséquences. Ils

ce qui concerne l'article 10 de la Lpc¹⁰⁹⁰ qu'en droit civil¹⁰⁹¹. L'article 1470 C.c.Q. offre aux parties la possibilité d'exclure ou de limiter leur responsabilité, et ce, même en cas de force majeure¹⁰⁹². L'exonération ou la limitation de responsabilité sont exclues uniquement dans les hypothèses de faute intentionnelle, de faute lourde¹⁰⁹³ ou de préjudice corporel ou moral prévu à l'article 1474 C.c.Q.¹⁰⁹⁴. La mise en œuvre des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité est soumise à certaines conditions déterminées par les tribunaux¹⁰⁹⁵. En somme, que ce soit dans le cadre du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur la protection du consommateur*, les situations visées par l'exonération ou la limitation de responsabilité doivent être clairement indiquées et ne peuvent simplement renvoyer à des risques généraux ou ambigus¹⁰⁹⁶. À l'observation, lorsqu'une disposition légale protectrice est supplétive, le contractant qui a le pouvoir d'imposer le contenu contractuel à l'autre n'hésitera pas à écarter l'application de ces articles. Afin de faire échec à de telles pratiques, et si l'on veut véritablement protéger une partie en position de vulnérabilité, il faudrait faire appel à des mesures d'ordre public. C'est en partie la solution adoptée par le législateur à l'article 262 de la Lpc qui fait de l'article 10 de la même loi, une disposition d'ordre public. Ce dernier prévoit sans détour qu'« est interdite la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant ». Une stipulation à laquelle les contractants ne peuvent déroger. Cependant, la portée de l'interdiction n'est pas si large puisqu'elle ne vise que « le fait personnel du commerçant ou de son représentant ». Ce qui permet au commerçant d'exclure ou de limiter toutes les autres catégories de risques et d'en transférer la charge sur le consommateur, sauf en ce qui concerne sa prestation

ne peuvent échapper à leur responsabilité en tentant, par une disposition générale, d'écarter la garantie » (p. 791). Or, le vendeur non professionnel peut établir qu'il ne connaissait pas le vice. Voir *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 462, paragr. 38-44.

¹⁰⁹⁰ Voir *Deslisle c. Unitours (Canada) Ltée*, J.E. 86-880 (C.P.), p. 10 du texte intégral.

¹⁰⁹¹ Voir *Liberty Mutual Ins. Co. c. Skylark Holidays Ltd.*, J.E. 80-758 (C.P.).

¹⁰⁹² L'alinéa premier de l'article dispose que: « Toute personne peut se dégager de sa responsabilité pour le préjudice causé à autrui si elle prouve que le préjudice résulte d'une force majeure, à moins qu'elle ne se soit engagée à le réparer ».

¹⁰⁹³ La faute lourde étant en général impossible à exclure, voir *Pruneau c. Société d'agriculture du comté de Richmond*, J.E. 2007-298 (C.Q.); *Pigeon c. Purolator Courrier Ltée*, J.E. 95-316 (C.Q. p.c.).

¹⁰⁹⁴ Les dispositions sont les suivantes: « Une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde; la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossière. Elle ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui ».

¹⁰⁹⁵ Une interprétation étroite qui justifie aussi que le doute joue contre celui qui a stipulé la clause. Voir *Rousseau c. Simpatico Travel and Tours Inc.*, B.E. 2009BE-480 (C.Q.); *Place Crémazie Parking Ltée c. Migneron*, [1971] C.A. 813; *Deslisle c. Unitours (Canada) Ltée*, J.E. 86-880 (C.P.), p. 10-11 du texte intégral; *Comartin c. Bordet*, [1984] C.S. 584.

¹⁰⁹⁶ *Pruneau c. Société d'agriculture du comté de Richmond*, J.E. 2007-298 (C.Q.); *Pigeon c. Purolator Courrier Ltée*, J.E. 95-316 (C.Q. p.c.).

principale. La protection du contractant vulnérable n'est pas aussi étendue que les apparences pourraient le laisser croire. Que ce soit dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur* ou du *Code civil du Québec*, il ne s'agit pas véritablement d'interdire l'usage des clauses de non-responsabilité, mais seulement certaines d'entre elles. La possibilité pour la partie forte d'exclure sa responsabilité demeure. En plus de retirer certaines clauses, les pouvoirs unilatéraux que les commerçants s'octroient dans les contrats de consommation font quelques fois l'objet d'une surveillance accrue.

Les pouvoirs unilatéraux du contractant visés par la *Loi sur la protection du consommateur*. Il n'y a pas que les clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité qui sont concernées par le désir du rééquilibrage du contrat par le législateur, il y a les pouvoirs unilatéraux visés par la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰⁹⁷. Il arrive ainsi que l'une des parties décide de déterminer unilatéralement la nature du manquement du consommateur ou les conditions de la survenance d'un évènement qui pourront alors justifier soit la résiliation du contrat, soit l'exonération ou la limitation de sa responsabilité. C'est entre autres, pour lutter contre ce type de clause, que le législateur a prévu à l'article 11 qu'« est interdite la stipulation qui réserve à un commerçant le droit de décider unilatéralement: a) que le consommateur a manqué à l'une ou l'autre de ses obligations; b) que s'est produit un fait ou une situation ». Cet article n'entrave pas l'existence de pouvoirs unilatéraux, il réprime l'usage arbitraire et discrétionnaire d'un tel privilège. Il appartient à celui qui rédige l'offre d'adhésion d'établir clairement les conditions dans lesquelles un fait pourrait se produire ou être assimilé à un manquement de la part du consommateur et les conséquences qui en découlent¹⁰⁹⁸. C'est dans le même sens que l'article 11.2 de la Lpc donne de manière détaillée le processus à suivre en cas de modification unilatérale du contrat¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ Notons aussi que l'article 11.1 interdit au commerçant l'usage d'une clause compromissoire.

¹⁰⁹⁸ Voir *Biron c. Location d'autos Gibeault Inc.*, [1983] C.P. 288.

¹⁰⁹⁹ « Est interdite la stipulation prévoyant que le commerçant peut unilatéralement modifier le contrat à moins que cette stipulation ne prévoie également: a) les éléments du contrat pouvant faire l'objet d'une modification unilatérale; b) que le commerçant doit, au moins 30 jours avant l'entrée en vigueur de la modification, transmettre au consommateur un avis écrit, rédigé clairement et lisiblement, contenant exclusivement la nouvelle clause ou la clause modifiée ainsi que la version antérieure, la date d'entrée en vigueur de la modification et les droits du consommateur énoncés au paragraphe c; c) que le consommateur pourra refuser cette modification et résilier ou, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive, résilier le contrat sans frais, pénalité ou indemnité de résiliation, en transmettant un avis à cet effet au commerçant au plus tard 30 jours suivant l'entrée en vigueur de la modification, si la modification entraîne l'augmentation de son obligation ou la réduction de l'obligation du commerçant. Toutefois, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat de service à durée indéterminée, une telle stipulation est interdite à l'égard d'un élément essentiel du contrat, notamment la nature du bien ou du service faisant l'objet du contrat, le prix de ce bien ou de ce service et, le cas échéant, la durée du contrat. La modification d'un contrat faite en contravention des dispositions du présent

Mentionnons aussi l'article 11.3 qui a été ajouté à la Lpc en 2009 et qui précise les conditions dans lesquelles un contrat de service à exécution successive et à durée déterminée peut être résilié¹¹⁰⁰. La logique de la *Loi sur la protection du consommateur* est celle d'une extension du contrôle structurel du contrat.

Un contrôle étendu du contenu contractuel. La *Loi sur la protection du consommateur* intervient pour encadrer certaines modalités et sanctions contractuelles. Il en va ainsi de la faculté de réclamer au consommateur des frais. L'article 12 de la Lpc interdit au commerçant d'en exiger, excepté ceux qui sont précisément mentionnés au contrat. Quant à la clause pénale, si le *Code civil du Québec* ne permet de conclure avec certitude au caractère d'ordre public de l'article 1617, l'article 13.1 de la Lpc revêt par contre un caractère impératif indiscutable. Cet article interdit aux commerçants d'imposer aux consommateurs, en cas d'inexécution de leurs obligations, des frais, des pénalités et des dommages, dont le montant ou le pourcentage est fixé à l'avance dans le contrat, en dehors des intérêts courus¹¹⁰¹. Cependant, cette disposition n'a pas pour effet d'empêcher le commerçant de pénaliser le consommateur qui décide de mettre un terme à son contrat de manière abusive. Signalons que l'influence de la *Loi sur la protection du consommateur* sur le Code civil de 1994 est nette en ce qui concerne l'article 1437 C.c.Q. sur les clauses abusives et sur les clauses illisibles et incompréhensibles¹¹⁰². En revanche, la portée des contrats touchés par le *Code civil du Québec* est de loin plus grande¹¹⁰³. Il ne suffit pas de consacrer un ensemble de mesures protectrices au profit du consommateur, il faut encore garantir à celui-ci des moyens qui lui en assurent le respect et l'efficacité. C'est dans cette perspective que nous allons

article est inopposable au consommateur. Le présent article ne s'applique pas à une modification d'un contrat de crédit variable visée à l'article 129 ».

¹¹⁰⁰ L'article dispose que: « Est interdite la stipulation qui réserve à un commerçant le droit de résilier unilatéralement un contrat de service à exécution successive à durée déterminée, sauf en application des articles 1604 et 2126 du Code civil et, dans ce dernier cas, que conformément à l'article 2129 de ce code. Un commerçant qui prévoit résilier un contrat de service à exécution successive à durée indéterminée doit, si le consommateur n'est pas en défaut d'exécuter son obligation, lui transmettre un avis écrit, au moins 60 jours avant la date de la résiliation. ». Le droit du client de résilier le contrat de service, prévu aux articles 2125 et 2129 C.c.Q., reste cependant applicable.

¹¹⁰¹ Cette disposition ne s'applique pas aux contrats de crédits réglementés à l'article 92, ni au contrat de vente ou de louage à long terme des automobiles dont les termes sont fixés aux articles 150.26 et 150.27 de la Lpc.

¹¹⁰² Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation, supra*, note 62, n°18, p. 26-27.

¹¹⁰³ Soulignons aussi les règles d'interprétation favorables au consommateur prévues aux articles 17 de la Lpc et 1432 du C.c.Q. Ces mesures permettent d'interpréter les stipulations du contrat en faveur du consommateur ou de l'adhérent. Ce qui se comprend dans la mesure où ces derniers n'ont pas participé à la préparation et à la rédaction de l'acte. Cette position du Code est une manifestation du consumérisme, mais avec une étendue bien plus large que la *Loi sur la protection du consommateur*.

maintenant nous pencher sur quelques outils juridiques prévus par le législateur dans le but d'assurer la sauvegarde des droits et obligations des consommateurs.

Para IV Les moyens juridiques de sauvegarde des droits reconnus au consommateur

Deux principales techniques de protection propres à la *Loi sur la protection du consommateur*.

La *Loi sur la protection du consommateur* prévoit nombre de mesures destinées à protéger le consommateur. Elles ne relèvent pas toujours du droit contractuel de la consommation. Certaines d'entre elles peuvent pourtant y être associées. C'est le cas du recours collectif et de la garantie légale. Elles constituent les deux principales techniques de protection qui découlent de l'influence des facteurs extérieurs au contrat de consommation et de la disparité de la relation qui en résulte.

A Le recours collectif, spécificité du droit de la consommation

Le recours collectif en droit de la consommation. L'un des principaux moyens développés afin de garantir les droits des consommateurs et leur assurer l'accès en justice réside dans le développement des actions de groupes, à l'instar du recours collectif dans la *Loi sur la protection du consommateur* et au Code de procédure civile. Dans la mesure où l'action exercée au niveau individuel peut être illusoire compte tenu des montants en jeu et des frais de poursuite, il importe que les consommateurs puissent défendre leurs droits. Toute chose qui s'est traduite par la reconnaissance d'un type d'action en justice, appelé recours collectif, qui tient suffisamment compte de ce que le dommage subi ne vise pas seulement un individu en particulier, mais une masse sur laquelle il s'étend. À ce titre, le recours collectif présente une efficacité réelle. Il est prévu à l'article l'art. 999 (d) du Code de procédure civile¹¹⁰⁴. Cette disposition prévoit que le recours collectif « permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres ». Ce qui met bien de l'avant l'appartenance à un groupe propre à la qualité de consommateur. Le dommage visé devra être représenté par les membres du groupe qui soutiennent la demande justifiant ces mesures collectives¹¹⁰⁵. Les domaines dans lesquels les

¹¹⁰⁴ L.R.Q., c. C-25 [C.p.c.].

¹¹⁰⁵ D'ailleurs, la nature collective du dommage n'est pas toujours simple à établir. Sur ce point, le droit a évolué d'une approche plutôt rigide vers une position plus souple afin de favoriser l'autorisation du recours, même si cela pourrait impliquer de nombreux petits procès. Voir pour l'ancien droit, *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, J.E. 2008-584, paragr. 34-48. Pour le droit nouveau, voir *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional*

consommateurs peuvent recourir à cette procédure sont nombreux, notamment les pratiques de commerce déloyales, le crédit à la consommation, de même que la qualité et la sécurité des produits et des services. D'ailleurs, certains domaines en particulier sont visés, à l'instar de celui des produits défectueux, de la rupture de contrat, des frais cachés, de la lésion et des fausses représentations négligentes. Ce recours peut même être utilisé à l'encontre des services publics, du gouvernement ou de ses mandataires. La pertinence d'un tel outil n'est pas moins atténuée par les conditions rigides de sa mise en œuvre.

Une action soumise à une autorisation préalable. Bien que la sphère d'intervention du recours collectif soit grande, cette action spéciale est soumise à des règles de procédures qui lui sont propres¹¹⁰⁶. Un cadre rigide dans lequel le juge joue un rôle non négligeable. Ainsi, la loi subordonne l'introduction de l'action au fond à une autorisation de la Cour supérieure. L'appréciation de celle-ci est laissée au pouvoir discrétionnaire du juge qui peut octroyer ou refuser ladite autorisation. Toutefois, il ne s'exerce pas de manière arbitraire puisque la requête des parties est examinée à la lumière de l'article 1003¹¹⁰⁷ C.c.p. Lorsque les quatre conditions y prévues sont satisfaites, l'autorisation doit prospérer. Le tribunal n'effectue alors qu'un contrôle de légalité, et non d'opportunité. Il s'ensuit que la protection des droits et intérêts du consommateur dépend grandement du succès de la requête introduite devant le juge en autorisation de recours collectif. C'est une fois cette étape franchie que la demande au fond peut être faite dans la période de trois mois qui suit le jugement. La jurisprudence a souvent rappelé à cet effet que « la requête pour autorisation du recours joue un rôle de mécanisme de filtrage qui

du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît, J.E. 2011-867, paragr. 29-36. On peut faire le même constat en ce qui concerne les critères énoncés à l'article 1003 (b) Cpc. À ce niveau également, deux courants se sont développés. L'un étant plutôt rigoureux, puisque dans *Trudel c. Banque Toronto-Dominion*, J.E. 2007-701 (C.A.), il est spécifié qu'« il s'agit en l'occurrence d'une pure question d'interprétation [...] Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, les faits étant avérés, le juge non seulement pouvait, mais devait interpréter le droit » (paragr. 3). Or, dans *Popovic c. Montréal*, 2008 QCCA 2371 (CanLII), le tribunal estime que : « le juge autorisera le recours s'il existe une apparence sérieuse de droit sans avoir à se prononcer sur le bien-fondé des conclusions en droit en regard des allégations de fait » (paragr. 29).

¹¹⁰⁶ Sur un plan strictement procédural, ce recours présente de nombreux avantages qui en favorisent d'ailleurs le développement. Ainsi, il ne requiert aucun affidavit au soutien des faits allégués, aucune preuve nécessaire quand au fond, des conditions d'autorisation plutôt larges, aucune exigence formelle que le recours collectif, soit la « procédure la mieux adaptée », des dépens quasi inexistantes à l'encontre du requérant, ou encore aucun droit d'appel pour les intimés et un droit d'appel de plein droit pour les requérants.

¹¹⁰⁷ Plusieurs conditions doivent être remplies selon les termes de l'article 1003 (c) : 1) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes; 2) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; 3) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

ne permet pas un examen anticipé du fond du dossier »¹¹⁰⁸. En outre, une fois le jugement définitif rendu, tous les membres du groupe concerné par la demande sont liés de manière définitive par celui-ci¹¹⁰⁹. Cette étape préalable permet surtout de vérifier que le recours est bien fondé en droit.

Le bien-fondé de la simplification du recours collectif. La lutte contre le déséquilibre contractuel en matière de consommation ne peut valablement être envisagée qu'à travers des mécanismes collectifs, car le consommateur est pris dans un réseau économique et une logique de marché dont il ne contrôle ni les tenants ni les aboutissants. C'est une raison supplémentaire permettant de focaliser sur les mécanismes de protection du consommateur, sur la qualité de celui-ci, et de mettre l'accent sur les outils de protection qui prennent en compte sa spécificité. Cristina Nitu remarque à cet effet que :

La dimension collective du sujet « consommateur » est déterminée par la réalité économique qui entoure le phénomène de consommation. Dans ce sens, seule une appréhension subjective du phénomène, centrée sur la personne du consommateur et des conditions dans lesquelles celui-ci remplit son rôle au sein du cycle production-redistribution-échange-consommation, permet d'identifier les faiblesses et les besoins du groupe socio-économique « consommateur » au sein de ce cycle et de parvenir ainsi à une définition plus exacte des remèdes que le droit est susceptible d'apporter à sa situation¹¹¹⁰.

Cette protection passe, entre autres, par le développement et la simplification du recours collectif afin de mieux assurer l'autonomie du droit de la consommation et la sauvegarde des intérêts du consommateur. Comme le recours collectif, la garantie légale constitue un puissant outil de protection du consommateur prévu dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur*.

¹¹⁰⁸ Voir *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, [2009] 3 R.C.S. 65, paragr. 22.

¹¹⁰⁹ Ce qui pourrait freiner l'épanouissement du recours, du moins, l'accès à la justice pour les consommateurs pourrait être plus facile. À titre de comparaison, Cristina Nitu cite l'exemple du Brésil, pays dans lequel le processus d'introduction d'une instance en action collective par les consommateurs est de loin plus simplifié, puisque la demande principale peut être introduite directement. Et à la différence du Québec, en cas d'échec du recours collectif, le jugement rendu ne lie pas tous les membres du groupe, de sorte que l'un d'entre eux peut toujours ester en justice pour la reconnaissance des mêmes droits. Autre différence notable, le recours appartient aux associations de consommateurs qui sont en définitive plus outillées qu'un simple membre aussi bien du point de vue financier, logistique que juridique. Voir *L'autonomie du droit de la consommation*, *supra*, note 933, p. 40.

¹¹¹⁰ Voir Cristina NITU, *L'autonomie de la consommation*, *supra*, note 1056, p. 40.

B La garantie légale, symbole du renforcement et du dépassement du cadre contractuel

L'élargissement des acteurs de la protection du consommateur. La logique de protection qui ressort de la *Loi sur la protection du consommateur* ne vise pas d'abord le consommateur directement, elle tend aussi à sauvegarder les droits des personnes qui se trouvent sur la chaîne production-distribution-consommation. Il est vrai qu'il n'y pas de lien juridique direct entre le fabricant et le consommateur final du produit. Néanmoins, c'est le fabricant qui conçoit et usine les biens mis sur le marché, avec la complexité et la variété qu'on leur connaît. Ce n'est pas tant le lien contractuel inexistant entre le consommateur ou l'utilisateur qui fonde les obligations du fabricant, et la possibilité d'intenter un recours contre lui, que la responsabilité qui découle de la mise en vente du produit. À cela s'ajoutent les messages publicitaires, de marketing ou de vente de nombreux produits qui mettent en avant le nom et les qualités supposées ou réelles du fabricant qui bénéficie de cette réputation¹¹¹¹. De sorte que l'on peut aisément constater que sur le marché de la consommation, il y a trois acteurs principaux : les consommateurs, les distributeurs et les fabricants. L'attente légitime des premiers devrait semble-t-il s'étendre aussi bien aux seconds qu'aux troisièmes, de sorte qu'il en résulte une extension de leurs obligations.

Le renforcement des obligations des professionnels et des commerçants. L'impact du droit contractuel de la consommation ne se réduit pas seulement à une nouvelle approche de la formation du contrat, l'équilibre passe aussi par l'accroissement des obligations des professionnels et des commerçants. Ce qui se traduit notamment par l'importance de la notion de garantie et, plus largement, les obligations légales qui en découlent. Si, traditionnellement, les droits et les obligations des parties étaient de nature conventionnelle, le droit contractuel de la consommation a adjoint au contrat des obligations et des droits qui tirent directement leur source du droit positif. Il est vrai que le contrat continue de produire des effets, à l'instar de la nature et de l'objet des prestations principales. Il ne reste pas moins vrai que le législateur a progressivement renforcé et ajouté aux obligations issues du contrat. Il en va ainsi de la garantie légale de laquelle découlent l'obligation de délivrance conforme, de garantie de la qualité et de propriété du bien. À cela il faudrait adjoindre l'obligation de sécurité et, dans certains cas, le

¹¹¹¹ D'ailleurs, les représentants commerciaux n'ont pas seulement pour rôle de vanter les mérites d'un produit ou d'une marque, ils ont la double mission de les faire connaître et d'en augmenter les ventes.

service après-vente¹¹¹². Ces obligations constituent à la fois l'extension et le dépassement du cadre contractuel¹¹¹³. Toutefois, elles sont soumises à une dualité de régime.

Un recours pris entre deux régimes. Le recours à la garantie légale peut être considéré comme le modèle de protection du contractant faible offert par le droit contractuel de la consommation¹¹¹⁴. Le problème est que son régime est pris entre les mailles du droit civil et de la *Loi sur la protection du consommateur*. Il est enchevêtré dans une sorte de labyrinthe à travers lequel il n'est pas toujours aisé de s'en sortir. Le plus simple consiste probablement à envisager sommairement chacune des deux législations afin d'en saisir la portée et le sens. Les améliorations apportées au *Code civil du Québec* sont le résultat de la pression des législations consuméristes. Pourtant, la protection accordée dans le *Code civil du Québec*, en matière de garantie légale, présente l'avantage d'être générale et indépendante de la qualité des parties. Dans tous les cas, la garantie peut être légale ou conventionnelle¹¹¹⁵. La première revêt trois sortes : contre l'éviction, la délivrance conforme du bien et de qualité (ou pour vice caché) et l'obligation de sécurité.

La reconnaissance légale de la garantie dans le cadre du *Code civil du Québec*. La garantie de la propriété ou contre l'éviction de l'art. 1723¹¹¹⁶ s'applique au vendeur qui transfère la propriété du bien à l'acheteur. Lors de la vente, il doit s'assurer que le bien est libre de tout droit pouvant être revendiqué par des tiers et, dans le cas contraire, ces droits doivent être dénoncés et

¹¹¹² Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, p. 93 et s. Ces auteurs rappellent qu'en règle générale, la garantie de la qualité ne porte que sur les biens, non sur les services, à l'exception de certains services spécialement réglementés, à l'instar de la réparation d'automobile (art. 176) ou de certains appareils domestiques (art. 187). Ce qui se justifie d'une part, par l'idée que les services sont des biens meubles incorporels, conformément aux art. 899 et l'art. 907, et, d'autre part, par l'attente légitime du consommateur vis-à-vis des services qu'il sollicite. Mentionnons que le *Code civil du Québec* participe amplement à ce renforcement du cadre contractuel dans certains contrats de service par l'obligation de divulgation de la nature de la tâche à effectuer, des outils employés et au temps nécessaire à son accomplissement (art. 2102 C.c.Q.). Exigence qui se greffe au devoir général de prudence, de diligence et à l'obligation d'agir dans le meilleur intérêt de son client à l'article 2100 C.c.Q. De plus, la sphère des biens concernés dans le cadre du Code civil est aussi bien meuble qu'immeuble, à la différence de la *Loi sur la protection du consommateur* qui renvoie principalement aux meubles.

¹¹¹³ Voir L'analyse de Jean CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des obligations », dans *Droit du marché et droit commun des obligations* (1998) *RTDcom*. 117-119.

¹¹¹⁴ Voir Critina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation, supra*, note 933. Pour l'auteure, la garantie légale est un exemple qui permet de mieux illustrer les multiples raisons d'être de l'autonomie du droit de la consommation (p. 116 et s.).

¹¹¹⁵ Les parties peuvent décider, d'un commun accord, d'aménager des règles de garantie plus favorables que le plancher légal. Les règles de la garantie légale conventionnelle sont mentionnées à l'article 1732 C.c.Q.

¹¹¹⁶ Pour le risque d'éviction, voir Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente, supra*, note 381, p. 121.

acceptés par l'acheteur¹¹¹⁷. Quant à la garantie de délivrance conforme du bien prévue aux articles 1717 à 1720 et 1561, alinéa 1 C.c.Q., elle se traduit par l'obligation faite au vendeur de mettre l'acheteur en possession du bien¹¹¹⁸. La conformité signifie que celui qui acquiert le bien obtient exactement ce qu'il a acheté. En principe, il ne devrait pas recevoir moins ou plus que ce qui a été promis. De manière générale, la garantie vise à assurer l'usage normal auquel le bien est normalement destiné. Tout autre est l'objectif de la garantie contre le vice caché.

La garantie contre les défauts cachés. La garantie contre les défauts cachés ou de la qualité tend à favoriser l'usage normal du bien et sa durabilité¹¹¹⁹. S'il semble que la garantie contre l'éviction ou de délivrance conforme découle de la nature même du contrat de vente, la garantie de la qualité résulte directement de l'effet de la loi. Elle existe de plein droit et aucune stipulation contractuelle n'est requise. Dès lors que les parties sont engagées dans une vente, cette obligation s'impose à elles, bien qu'on ne puisse la considérer comme une des obligations principales issues de la vente. La notion de vice caché est définie à l'art 1723 C.c.Q.¹¹²⁰. Il s'agit de protéger les contractants n'ayant pas d'expérience ou une connaissance suffisante de l'objet vendu. Le commerçant n'est responsable que dans la mesure où les vices étaient totalement inconnus du consommateur¹¹²¹. En outre, il faut établir que le défaut était d'une certaine gravité et que la connaissance de celui-ci aurait eu un impact sur la décision d'achat de l'acquéreur. Ajoutons que l'apparition du vice ne doit pas être le résultat d'un mauvais usage du bien ou du produit. D'ailleurs, le défaut doit être antérieur à la vente¹¹²². L'acquéreur doit avoir informé le vendeur de la présence de ces défauts dans un délai raisonnable suivant la découverte du vice¹¹²³. À la garantie s'adjoint l'obligation de sécurité.

¹¹¹⁷ Dans la pratique, la majorité des ventes se font avec un prêt assorti d'une hypothèque. Il revient au notaire de procéder à la recherche sur les titres de propriété afin de garantir à l'acheteur un titre exempt de tout vice.

¹¹¹⁸ La délivrance conforme ne doit pas être confondue avec la livraison qui peut ou non être une obligation supplémentaire et conventionnelle et n'est en rien une conséquence immédiate de la garantie de délivrance conforme. Voir pour plus de détails, Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente, supra*, note 381, paragr. 92.

¹¹¹⁹ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, n°80, p. 97.

¹¹²⁰ Il s'agit d'une défectuosité qui rend le bien « impropre à l'usage auquel on le destine ou qui diminue tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté, ou n'aurait pas donné un si haut prix »,

¹¹²¹ Ce qui n'exclut pas une certaine intelligence de la part de l'acheteur qui se trouve devant des indices potentiels d'éventuels défauts.

¹¹²² Pour la description de toutes les conditions, voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, p. 102 et s.

¹¹²³ *Caron c. Centre routier inc.*, [1990] R.J.Q. 75 (C.A.), p. 8-10 du texte intégral.

L'obligation de sécurité. Concernant l'obligation de sécurité, comme la garantie de qualité, c'est par le seul effet de la loi que cette obligation est imposée aux parties. C'est à l'article 1468 C.c.Q. que l'obligation de sécurité est prévue¹¹²⁴. En revanche, il y a ici une différence notable, puisque le cadre contractuel est dépassé et complété notamment par un régime extracontractuel général de la responsabilité du fait des produits¹¹²⁵ qui ne concerne pas seulement le consommateur. Un autre point important est que l'obligation de sécurité est directement liée par le législateur à la notion d'attente légitime. L'article 1469 C.c.Q. est l'une des rares dispositions légales qui y fait directement référence. De plus, l'objectif est inédit : ce n'est plus tant le bien qui est visé que l'intégrité physique de la personne même du consommateur ou plus largement de l'utilisateur. Ceci induit un impact remarquable sur la mise en œuvre de la preuve. En effet, la garantie de la qualité implique la preuve d'un défaut ou d'un vice. Ce fardeau est semble-t-il plus lourd que celui de l'obligation de sécurité qui ne porte que sur l'existence d'un danger¹¹²⁶. Cette obligation de sécurité est aussi en lien avec la notion de risque de développement consacrée en droit québécois à l'art. 1473 C.c.Q.¹¹²⁷. Cette dernière a été interprétée en fonction des attentes du contractant¹¹²⁸. D'une manière générale, vu l'importance que joue aujourd'hui la notion de sécurité en raison notamment de la prolifération des produits dangereux, le droit civil reconnaît l'obligation

¹¹²⁴ L'art. 1469 C.c.Q. prévoit que : s'« il y a défaut de sécurité du bien lorsque, compte tenu de toutes circonstances, le bien n'offre pas la sécurité à laquelle on est normalement en droit de s'attendre, notamment en raison d'un vice de conception ou de fabrication du bien, d'une mauvaise conservation ou présentation du bien ou, encore, de l'absence d'indications suffisantes quant aux risques et aux autres dangers qu'il comporte et quant aux moyens de s'en prémunir ».

¹¹²⁵ En France, l'obligation de sécurité touche également la sphère des services et elle tend à être décomposée dans le temps, habillant la forme d'une obligation de résultat juxtaposée à une obligation des moyens. En outre, cette codification de la responsabilité pour les produits défectueux est une influence de la C.E.E. Voir Cristina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, supra, note 933, p. 112 et s. Nathalie VÉZINA, « Grandeurs et misères des régimes de responsabilité du fait des produits en France et au Québec », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Le droit de la consommation sous influences*, supra, note 145, p. 33-62; Marie-Ève ARBOUR, « Mise en contexte : la sécurité des produits de consommation. Perspectives horizontales et verticales », dans P. Nihoul et S. Mahieu (dir.), *La sécurité alimentaire et la réglementation des OGM : perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 13-51.

¹¹²⁶ Voir Jean Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n°2-392, p. 56 et s.

¹¹²⁷ L'article prévoit que : « Le fabricant, distributeur ou fournisseur d'un bien meuble n'est pas tenu de réparer le préjudice causé par le défaut de sécurité de ce bien s'il prouve que la victime connaissait ou était en mesure de connaître le défaut du bien, ou qu'elle pouvait prévoir le préjudice. Il n'est pas tenu, non plus, de réparer le préjudice s'il prouve que le défaut ne pouvait être connu, compte tenu de l'état des connaissances, au moment où il a fabriqué, distribué ou fourni le bien et qu'il n'a pas été négligent dans son devoir d'information lorsqu'il a eu connaissance de l'existence de ce défaut ».

¹¹²⁸ *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 461, paragr. 49.

générale d'avertissement d'un risque lié à la sécurité des produits¹¹²⁹. Une partie a alors la possibilité d'intenter une poursuite en cas d'insatisfaction.

Recours en cas d'insatisfaction. Le contractant vulnérable peut exercer un recours en cas d'insatisfaction, c'est-à-dire lorsque son attente légitime n'a pas été respectée. Sur la base de l'article 1590 C.c.Q., il peut exiger que le bien soit remplacé ou réparé, ou que le contrat soit résolu ou le prix réduit. Il peut aussi, suivant les termes de l'article 1728 C.c.Q., demander des dommages-intérêts. Il est également en droit de dénoncer le vice ou le danger et mettre en demeure le commerçant¹¹³⁰. Notons au passage que même les sanctions ne sont pas toujours celles du droit civil classique. Ainsi, ce n'est plus tant la nullité ou la résolution qui sont privilégiées que des solutions qui s'ajustent à la situation du contractant¹¹³¹. C'est la spécificité de la qualité de consommateur qui justifie l'existence d'un régime de protection quelque peu différent.

La garantie légale dans la *Loi sur la protection du consommateur*. Le régime de la garantie légale est plus sévère dans la *Loi sur la protection du consommateur* qu'au sein du *Code civil du Québec*, et ce, d'abord par le caractère impératif de la loi (art. 261 et 262) qui offre un ensemble de règles minimales et irréductibles de protection. En outre, lorsqu'une même mesure est prévue à la fois au Code et dans la *Loi sur la protection du consommateur*, la possibilité de déroger aux règles supplétives du Code ne devrait pas s'appliquer puisque la *Loi sur la protection du consommateur* est d'ordre public¹¹³². Cette précision faite, les composantes de la garantie légale offerte par la *Loi sur la protection du consommateur* sont identiques à celles décrites sous le *Code civil du Québec*¹¹³³ à la différence que les obligations incombant au commerçant sont plus exigeantes.

De lourdes obligations imposées au commerçant. En matière de garantie contre l'éviction, même s'il déclare l'existence d'une sûreté et que l'acquéreur en ait pris connaissance, le vendeur ne peut

¹¹²⁹ C'est plus largement de la santé et de la sécurité des individus dont il est question. Toute chose qui peut viser un vice de fabrication, de conception, de production et même de conservation. Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, n°97, p. 107.

¹¹³⁰ *Ibid.*, p. 110 et s.

¹¹³¹ Pensons au remplacement d'un ordinateur portable ou d'un autre appareil par un neuf et en meilleur état. Solution qui peut être plus efficace que la nullité du contrat de vente.

¹¹³² Jacques DESLAURIERS, « Les obligations du vendeur », dans *Obligations et contrats*, Collection de droit 2007-2008, École du Barreau du Québec, vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 139; « La vente dans le Code civil et la *Loi sur la protection du consommateur*-Les régimes particuliers », dans *Obligations et contrats, supra*, note 1131, p. 207.

¹¹³³ La garantie conventionnelle prévue à l'article 35 de la Lpc et la garantie contre l'éviction à l'article 36.

se dégager de la garantie relative du fait des tiers. La seule possibilité pour le vendeur d'être libéré consiste à obtenir du consommateur une déclaration expresse d'assumption de la dette. Quant à l'obligation de délivrance conforme¹¹³⁴, elle semble aller plus loin que le Code de 1994. En effet, les articles 42 et 43 de la Lpc permettent au juge de tenir compte non seulement de l'écrit, mais plus encore des déclarations verbales ou d'autres écrits du commerçant ou du fabricant, des déclarations ou documents de leurs représentants, de la publicité ou encore de la description des biens et des services et de la garantie¹¹³⁵. Les règles du droit de la consommation ont pour effet d'élargir le cercle contractuel, par la prise en compte d'éléments qui n'y sont pas directement liés. Dorénavant, les messages publicitaires, les représentations faites au consommateur sous les formes verbales ou écrites, et qui ne sont pas repris dans le contrat écrit, seront intégrés dans l'appréciation des droits et obligations des parties¹¹³⁶. Toute chose qui autorise à croire que le contrat de consommation ne se limite pas à ce qui est mentionné sur le document écrit et signé, mais s'étend aux « représentations qui ont incité le consommateur à contracter et que celui-ci a présumé ne pas avoir exclu du champ contractuel »¹¹³⁷. En conséquence, le contrat est constitué à la fois du contenu de l'*instrumentum* qui le constate et de tous les autres éléments non reproduits, mais qui, de près ou de loin, ont influencé la décision du consommateur¹¹³⁸. Ce dernier bénéficie aussi de la garantie de qualité dont la mise en œuvre est soumise à des conditions précises.

¹¹³⁴ Il existe un lien entre les attentes légitimes du consommateur et l'obligation faite au commerçant dans certains cas d'assurer un service après-vente, notamment en matière automobile. Ce service suit la délivrance et permet d'entretenir le bien. Un suivi qui rend la *Loi sur la protection du consommateur* applicable au Québec même si le bien a été acquis hors du Québec. Voir *Lamothe c. Chrysler Canada inc.*, J.E. 2010-83 (C.Q.p.c.), paragr. 33-37. Toutefois, l'efficacité de cette obligation peut être facilement réduite par les commerçants en avertissant le consommateur par écrit. Quand on sait que les contrats sont rédigés par les professionnels du droit, il est clair qu'une telle faculté sera utilisée toutes les fois que cela s'avèrera avantageux!

¹¹³⁵ Les éléments de publicité et les promesses faites dans les représentations du vendeur ou de dans celles de ses représentants seront pris en compte sans que le commerçant ne puisse soulever l'aveuglement volontaire. Voir *Dubuc c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 2006-1637 (C.Q.), paragr. 10-14. En outre, de nombreuses dispositions permettent au juge d'assurer l'équilibre du contenu contractuel, de contrôler l'exécution du contrat ou de favoriser l'accès à la justice des consommateurs. C'est notamment le cas des articles 107 à 110, les articles 142 à 145 ou l'article 150.16.1 de la Lpc. Ce qui suppose le contrôle des comportements des commerçants et du fonctionnement du marché qui résulte des articles 272 ou 288, 316 ou 317 de la Lpc.

¹¹³⁶ La même tendance à l'assouplissement des règles se retrouve dans les moyens de preuves, car l'article 263 Lpc permet au consommateur de soumettre au juge une preuve testimoniale pour contredire le contrat écrit.

¹¹³⁷ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, n°25, p. 35.

¹¹³⁸ Le besoin d'élargir le champ contractuel se déduit des dispositions spéciales concernant le contrat de consommation de crédit. Pour protéger le consommateur et soucieux de rendre compte de la réalité et de l'impact de la publicité, le législateur considère que le financement qui accompagne le contrat de service ou d'achat d'un bien ne forme qu'un tout dans l'esprit du consommateur. S'il s'agit de deux contrats dont chacun contient des exigences spécifiques, il y a là des subtilités que le consommateur n'est pas toujours apte à saisir. Voir les explications de Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, n°27, p. 34.

La mise en œuvre de la garantie de qualité. En ce qui concerne la garantie de la qualité, la *Loi sur la protection du consommateur* fait appel à l'idée que le consommateur doit pouvoir faire un usage normal du bien qui doit demeurer utile conformément aux articles 37 et 38. La doctrine en a déduit que l'usage normal est plus large que celle de vice ou de défaut. Là où le second requiert du consommateur qu'il prouve qu'il y a une défectuosité, c'est-à-dire une anomalie intrinsèque au bien, le premier tend plutôt à permettre au consommateur de retourner le bien lorsqu'il ne convient tout bonnement pas à l'utilité qu'il lui destinait¹¹³⁹. Bien que cette distinction et les critères d'appréciation ne soient pas simples, il faudrait pour le faire tenir compte de la loi, des normes de qualité, de sécurité ou de performance et des attentes raisonnables du consommateur, elles-mêmes fondées sur les déclarations et les messages publicitaires au sujet du bien acheté. Les obligations du commerçant en ressortent renforcées puisqu'il ne peut s'exonérer, même en cas de force majeure, et le bien doit servir pendant une période raisonnable, dont l'appréciation relève du pouvoir discrétionnaire du juge¹¹⁴⁰. Le fabricant n'échappe pas à cette nouvelle logique.

L'élargissement du cercle contractuel au fabricant. La *Loi sur la protection du consommateur*, comme le *Code civil du Québec*, établit une relation entre le consommateur et le fabricant. La publicité et toutes les formes de sollicitations mettant en exergue les qualités et les mérites d'une marque doivent être prises en compte étant donné leur influence sur le choix final du consommateur. L'élargissement s'étend au fabricant, et ce, spécialement à travers la prise en compte des circonstances reliées à la mise sur le marché d'un produit ou d'un bien¹¹⁴¹. Du coup,

¹¹³⁹ Il y a là une différence notable et cela ne signifie pas que le bien soit inutilisable. Cependant, si le vice, comme le défaut caché, il ne doit pas être apparent et détectable par un simple examen du bien ou du produit conformément à l'article 57. Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Garanties légales et commerciales liées à la vente de produits de consommation : la confusion des genres », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, supra, note 419, p. 11.

¹¹⁴⁰ Le véhicule neuf et bien entretenu qui a été incendié doit être remboursé. Voir *General Motors du Canada c. Timmouth et al.*, 1995 J.E. 95-1388 (C.A.) paxim.

¹¹⁴¹ Il est vrai que le régime de la *Loi sur la protection du consommateur* est plus lourd, mais la relation entre le consommateur et le fabricant est prévue aux articles 1727 et 1730 C.c.Q. Si le recours contre le fabricant peut être, dans bien des cas, illusoire, celui contre le distributeur québécois présente plus de chance. Le droit commun offre également un recours contre le fabricant. Voir l'article 1442 C.c.Q. et l'affaire *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 RCS 790, p. 797 et s. D'ailleurs, plusieurs recours collectifs intentés à l'encontre des fabricants, en matière de cigarette dangereuse pour la santé des consommateurs ont été autorisés. Voir une décision très récente : *Létourneau c. JTI-MacDonald Corp.*, 2015 QCCS 2382 (CanLII) en appel. En attendant, il s'agit d'une décision historique dans laquelle les compagnies concernées ont été condamnées à verser près de 15 milliards de dommages intérêts punitifs et moraux à près de 100 000 Québécois fumeurs ou ex-fumeurs atteints d'emphysème, du cancer du poumon ou du cancer de la gorge. Le tribunal rappelle la nécessité pour les compagnies de considérer les effets nocifs de la cigarette sur la santé au lieu de se focaliser uniquement sur la recherche du profit! Concernant les fabricants de médicaments génériques et

le fabricant est soumis aux mêmes obligations que le vendeur. Le consommateur peut exercer un recours direct à son encontre. Le cercle est encore plus grand dans la *Loi sur la protection du consommateur* qui permet, aux articles 53 et 54, à celui qui acquiert subséquemment le bien, de poursuivre directement le fabricant. La *Loi sur la protection du consommateur* prévoit, en plus de la garantie légale, une garantie supplémentaire.

La garantie supplémentaire propre à la *Loi sur la protection du consommateur*. La garantie supplémentaire est une spécificité de la *Loi sur la protection du consommateur*. Elle vise à assurer au profit du consommateur la réparation, l'entretien ou le remplacement du produit ou du bien en contrepartie d'un montant forfaitaire payé d'avance¹¹⁴². Dans la pratique, la facilité de la proposition contraste avec ses effets pervers sur le plan de la protection. En fait, cette garantie supplémentaire, comme la majorité des garanties conventionnelles, a un effet néfaste sur l'efficacité de la garantie légale. Selon le Rapport final du Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation (GREDDICC), étude portant sur la garantie automobile, il ressort que la garantie conventionnelle à titre onéreux est souvent présentée par le commerçant comme étant l'unique moyen de protection du consommateur contre les éventuels défauts du produit. Il s'ensuit que ces garanties conventionnelles « restreignent, limitent, voire écartent les droits et les recours auxquels le consommateur peut prétendre sous le régime légal »¹¹⁴³. Une remarque que le législateur semble bien avoir prise en compte, puisqu'en 2009, l'article 228.1 a été ajouté à la Lpc¹¹⁴⁴. Pourtant, on peut légitimement se

la hausse des prix par les vendeurs recevant des primes pour vendre à un prix élevé, voir *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1367 (C.A.); recours collectif contre un fabricant de voitures pour décollement des moulures, *Lallier c. Volkswagen Canada inc.*, [2007] R.J.Q. 1490 (C.A.).

¹¹⁴² Elle est définie à l'art. 260 alinéa 6 de la Lpc et prévoit que : « un contrat en vertu duquel un commerçant s'engage envers un consommateur à assumer directement ou indirectement, en tout ou en partie, le coût de la réparation ou du remplacement d'un bien ou d'une partie d'un bien advenant leur défectuosité ou leur mauvais fonctionnement, et ce autrement que par l'effet d'une garantie conventionnelle de base accordée gratuitement à tout consommateur qui achète ou qui fait réparer ce bien ». C'est en principe cette garantie qui accompagne l'achat de tout produit ou bien offert par les commerçants et leurs représentants.

¹¹⁴³ Le constat peut être généralisé à tous les domaines et à l'ensemble des produits. Voir Thierry BOURGOIGNIE, *Les obligations de garanties liées à la vente de biens de consommation: Mais où est donc passée la garantie légale?*, Rapport final de recherche, Fondation Claude Masse, octobre 2006, (document non publié), p. 7.

¹¹⁴⁴ La disposition prévoit que : « Le commerçant doit, avant de proposer au consommateur de conclure, à titre onéreux, un contrat comprenant une garantie supplémentaire relative à un bien, l'informer verbalement et par écrit, de la manière prescrite par règlement, de l'existence et du contenu de la garantie prévue aux articles 37 et 38. Dans un tel cas, il doit également, le cas échéant, l'informer verbalement de l'existence et de la durée de la garantie du fabricant offerte gratuitement à l'égard de ce bien. À la demande du consommateur, il doit aussi l'informer verbalement de la façon pour lui de prendre connaissance de l'ensemble des autres éléments de cette garantie. Le commerçant qui propose à un consommateur de conclure un contrat comprenant une garantie supplémentaire relative à un bien sans

demander si les commerçants seront enclins à respecter cette nouvelle exigence, quand on sait qu'il n'y va pas vraiment de leur intérêt d'informer le consommateur de l'existence d'une garantie qui supplante celle qu'ils vendent et avec laquelle ils font des profits substantiels. De plus, l'article n'implique qu'une obligation d'information et n'interdit pas au commerçant de suggérer l'achat de sa garantie supplémentaire, même pendant la durée de la garantie légale. Malgré cela, en plus de la garantie, la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit de nombreuses sanctions à l'égard du commerçant.

Les sanctions prévues à l'article 272 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Il importe de s'arrêter brièvement sur les recours prévus par *Loi sur la protection du consommateur* et dont dispose le consommateur. En fait, ils se rapprochent nettement de ceux du Code civil. L'article 272 de la Lpc prévoit diverses sanctions au choix du consommateur. Il lui est offert notamment la possibilité de demander l'exécution forcée de l'obligation de garantie, l'autorisation de faire exécuter l'obligation de garantie aux frais du commerçant ou du manufacturier ou la réduction de son obligation sous la forme d'une baisse du prix à payer ou du remboursement d'une partie du prix payé. Le consommateur bénéficie aussi de sanctions plus traditionnelles à l'instar de la résiliation, la résolution ou la nullité du contrat, avec le remboursement intégral du prix payé en échange de la restitution du bien défectueux ou des dommages-intérêts compensatoires. L'originalité se situe au niveau de la faculté qu'a le consommateur de demander des dommages-intérêts punitifs¹¹⁴⁵. La particularité de la protection du consommateur dépend surtout de l'existence d'un fondement qui lui est propre. La protection de l'attente légitime de celui-ci a souvent été mise de l'avant à ce titre.

lui transmettre préalablement les informations prévues au présent article est réputé passer sous silence un fait important et, par voie de conséquence, se livrer à une pratique interdite visée à l'article 228 ».

¹¹⁴⁵ Pour le comportement inacceptable d'un concessionnaire qui a laissé perdurer sciemment le conflit avec un acheteur dans l'espoir que celui-ci se décourage, voir *Nadeau c. Banque de Montréal*, [2008] R.J.Q. 2255 (C.Q.), paragr. 66-72; le vendeur qui dissimule à l'acheteur que la voiture avait été gravement accidentée peut voir le contrat annulé, sauf si le consommateur a continué d'utiliser le véhicule pendant des années. Voir *Brunette c. Automobile Paquin Itée*, 2006 QCCQ 1764 (CanLII), paragr. 27-38; Sera sanctionné, le constructeur qui fait croire à un client que son projet est impossible alors qu'il n'en est rien. Voir *Martin c. Rénovations métropolitaines (Québec) Itée*, 2006 QCCQ 1760 (CanLII), paragr. 66-75.

Para V L'attente légitime de la partie vulnérable, fondement d'une protection spécifique aux consommateurs

La notion d'attente légitime, critère de l'autonomie du droit de la consommation. Les mécanismes de protection du consommateur que nous avons étudiés jusqu'ici, notamment la garantie légale, ont surtout fait ressortir, d'après les expressions utilisées par Cristina Nitu, les « chevauchements et contradictions entre la *Loi sur la protection du consommateur* et le Code civil¹¹⁴⁶. Un constat qui se rapproche nettement de celui de Thierry Bourgoignie qui affirme que « les dispositions applicables se trouvent dispersées à travers le système normatif : essentiellement dans le Code civil et la *Loi sur la protection du consommateur*, ayant comme conséquence directe la multiplicité ou la superposition de couvertures d'un même risque par les divers régimes existants »¹¹⁴⁷. Ce dont on a pu saisir la véracité à travers l'analyse de ces deux corps de règles. Celui qui s'intéresse à la *Loi sur la protection du consommateur* et au Code civil est aussi frappé par la diversité des notions et des concepts utilisés qui ne favorisent une bonne compréhension ni de ce corps normatif ni la protection du consommateur et, plus largement, de l'adhérent qui en résultent. Ce d'autant plus que cet ensemble de règles n'est pas clairement séparé, sans compter les nombreuses confusions qui en découlent¹¹⁴⁸. Malgré ce constat alarmiste face aux limites d'un régime dualiste, non seulement la protection offerte par la *Loi sur la protection du consommateur* apparaît plus large, mais certains soutiennent qu'il y a là des éléments suffisants pour en renforcer l'autonomie. Toute chose qui justifie une réforme qui porterait non seulement sur la garantie légale, mais surtout sur le droit de la consommation tout entier¹¹⁴⁹. Ce qui permettrait, entre autres, de délimiter les deux législations, de créer de nouvelles obligations¹¹⁵⁰, de renforcer le formalisme ou d'alléger la preuve de la garantie légale. On en arriverait surtout à mieux préserver l'attente légitime du consommateur. Celle-ci est

¹¹⁴⁶ Voir Cristina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, supra, note 933, p. 128.

¹¹⁴⁷ Thierry BOURGOIGNIE, *Les obligations de garanties liées à la vente de biens de consommation: Mais où est donc passée la garantie légale?*, supra, note 1143, p. 4.

¹¹⁴⁸ *Id.*

¹¹⁴⁹ Voir François MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

¹¹⁵⁰ Il faudrait, par exemple, exiger des commerçants qu'ils mentionnent aux consommateurs l'existence et l'étendue de la garantie légale. Voir Cristina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, supra, note 933, p. 108 et s. Il faudrait également interdire aux commerçants d'offrir la garantie supplémentaire avant l'expiration de la période de la garantie légale. On pourrait en outre donner plus de poids à l'obligation d'entretien et de réparation et supprimer la possibilité de l'exclure. Cristina Nitu rappelle la proposition du GREDDICC de donner au consommateur une documentation plus claire et précise (spéc. p. 131 et s.). Sauf que, souvent, elle n'est pas lue, et lorsqu'elle est lue, elle n'est pas toujours comprise.

constamment mise de l'avant, autant par le courant consumériste que par les civilistes. Il n'est pas sûr que le consensus existe en ce qui concerne sa définition ou son champ d'intervention¹¹⁵¹. Dans l'espace juridique européen, l'attente légitime renvoie à « la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre »¹¹⁵². L'attente légitime serait un des nouveaux principes du droit des contrats. Elle implique « le respect dû aux attentes, expectatives ou autres anticipations légitimes d'autrui »¹¹⁵³. Il s'agit d'une « nouvelle règle de conduite, à toutes les parties à une relation juridique, contractuelle ou extracontractuelle »¹¹⁵⁴. Ce serait d'ailleurs l'attente légitime du consommateur qui exige que le législateur énonce des règles qui assurent à la fois la sécurité et la qualité des biens et services, mais aussi la santé et la sécurité des consommateurs¹¹⁵⁵. Comme Cristina Nitu le précise, c'est la généralité du concept qui le rend attractif. En ce sens, elle affirme que :

L'objet de l'attente légitime peut varier selon la qualité d'un produit, la quantité, l'identité, la nature, la composition, l'origine, la disponibilité, le mode et la date de fabrication, la durabilité, les propriétés, les possibilités, et, concernant les services, selon les modes d'utilisation, la qualité, l'identité, la nature, la durée, la disponibilité, etc. L'avantage de l'adoption du défaut de conformité à l'attente légitime du consommateur, comme critère unique qui détermine la responsabilité du professionnel, se trouve dans son caractère global qui réunit tous les autres défauts et manquements aux produits et aux services retenus jusqu'à présent : vice intrinsèque, inaptitude à l'usage, manque d'information, défaut de sécurité, absence de durabilité, etc. Nous constatons une tendance progressiste dans le secteur de la consommation qui va vers la création d'un nouveau fait générateur de la responsabilité¹¹⁵⁶.

L'attente légitime du consommateur apparaît alors tel le critère par excellence de la responsabilité du commerçant. Or, il semble que son déploiement soit miné par l'esprit du *Code*

¹¹⁵¹ Voir Benoît MOORE, « Autonomie ou dépendance: réflexion sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Le droit de la consommation sous influences, supra*, note 145, p. 1-31.

¹¹⁵² Directive/1999/44/CE, art.2, al. 2. Voir Jean CALAIS-AULOY et François STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6^e é. Paris, Dalloz, 2005, p. 269. Le concept est présent dans la Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, [2001] J.O.L. 11/4 et dans la Directive/1999/44/CE.

¹¹⁵³ Xavier DIEUX, « Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui: principe général de droit (l'exemple d'un ordre juridique frontalier) », *supra*, note 684, 1.

¹¹⁵⁴ *Id.* Voir aussi Thierry BOURGOIGNIE, « À la recherche d'un fait générateur unique et autonome de responsabilité: le défaut de conformité à l'attente légitime du consommateur », dans L. Kramer, W. Micklitz et K. Tonner (dir.), *Liber Amicorum Norbert Reich: Law and Diffuse Interests in The European Legal Order*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 221.

¹¹⁵⁵ Cependant, le recours à la notion de consommateur moyen afin d'apprécier dans l'abstrait les attentes légitimes de celui-ci n'est pas toujours porteur de clarté! Voir Jean CALAIS-AULOY et François STEINMETZ, *Droit de la consommation, supra*, note 1152, p. 229.

¹¹⁵⁶ Voir Cristina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation, supra*, note 933, p. 136-137.

civil du Québec qui influencerait négativement l'interprétation de la *Loi sur la protection du consommateur*.

La crainte de l'influence idéologique du *Code civil du Québec* sur la *Loi sur la protection du consommateur*. On a souvent noté dans la doctrine, pour le déplorer, le fait que les règles de protection du consommateur n'ont pas été ajoutées au *Code civil du Québec* en 1994. Toutefois, les craintes des partisans de l'autonomie du droit de la consommation ne se réduisent pas à l'idée que l'intégration au Code civil d'une section consacrée au contrat de consommation aurait été insuffisante. C'est que l'âme même du droit de la consommation aurait été du même coup perdue puisqu'une telle insertion n'aurait pas assez fait ressortir le caractère paradigmatique de cette catégorie de contrats¹¹⁵⁷. L'argument ne manque pas de pertinence¹¹⁵⁸. De nombreuses raisons militent en faveur d'une extension du régime de la *Loi sur la protection du consommateur* à tous les contrats mettant aux prises des contractants déséquilibrés. Ce qui ne pourrait être mené à bien avec une section consacrée aux contrats de consommation sous l'influence de l'esprit libéral et individualiste qui domine le *Code civil du Québec*, spécialement par les principes de justice réparatrice. En fait, on aurait pu craindre qu'une fois assimilées dans le *Code civil du Québec*, les mesures consuméristes perdent leur spécificité, en l'occurrence la protection des intérêts du consommateur. En restant dans un cadre statutaire différent qui privilégie la protection du consommateur, celle-ci reste le prisme à travers lequel les dispositions doivent être appliquées et interprétées par le juge. Au surplus, certaines positions de la jurisprudence nourrissent cette appréhension, notamment lorsque la protection du consommateur repose sur l'appréciation de sa conduite, en recherchant s'il a fait preuve de diligence ou agi de manière raisonnable. C'est ainsi qu'en matière de garantie légale, il arrive que le consommateur ne puisse pas bénéficier de la protection légale si le juge en arrive à la conclusion qu'il n'a pas procédé à un entretien normal

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 128 et s. Voir également les travaux de la professeure Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, supra, note 118. L'auteure montre que les relations entre les deux corps de lois sont de deux principaux ordres : tantôt de la transposition, tantôt de l'inféodation au profit du Code. Elle estime que les deux ensembles gagneraient à être mieux intégrés.

¹¹⁵⁸ Bien que la *Loi sur la protection du consommateur* porte sur quelques catégories de contrats spécialement réglementées, le contrat de consommation représente une part très importante des échanges économiques. Partant, légiférer un tel contrat en dehors du *Code civil du Québec* avait pour effet de laisser hors du Code une part très importante des transactions commerciales. Avait-on vraiment le choix? Reconnaître au contrat d'adhésion ou de consommation une dimension paradigmatique aurait alors impliqué de revoir les principes fondamentaux à partir desquels la notion même de contrat devait être définie. Un passage que le législateur n'était pas disposé, ni préparé à opérer à l'époque. Les partisans de l'autonomie du droit de la consommation ont bien tiré des leçons de cet échec. Ainsi, ce qui ne peut être fait dans le cadre du Code doit donc être fait en dehors!

de la chose¹¹⁵⁹, critère envisagé à partir du modèle de la personne raisonnable du *Code civil du Québec*. La meilleure illustration à ce propos est certainement le sort de la notion insaisissable de consommateur moyen. Quelques décisions ont suscité l'émoi par une interprétation balisée sur la notion de personne raisonnable. Un exemple assez emblématique est l'affaire *Richard* où la Cour d'appel n'a pas hésité à qualifier le consommateur moyen comme étant celui qui est « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux »¹¹⁶⁰. Cette position ne fait-elle pas penser à l'approche purement individualiste du devoir de s'informer qui empêche encore l'obligation générale d'information d'intégrer le droit québécois des contrats? Or, ce schème de présentation de l'obligation de renseignement n'est pas compatible avec la dimension collective et générale de la faiblesse du contractant. C'est pourtant sous l'effet même inconscient de cette même vision individualiste que le juge en arrive à la conclusion que le consommateur moyen ou avisé doit se renseigner et lire tous les petits caractères parsemés dans les documents reçus. Le consommateur, comme la personne raisonnable du Code civil, doit déployer toute son intelligence et ses capacités pour tenter de déceler les pièges présents dans les pamphlets publicitaires. Ainsi, dans l'affaire *Time c. Richard*, la position du juge rappelle à quel point même en matière de consommation, les juges restent imprégnés par une vision du contrat qui ne tient pas toujours compte de la vulnérabilité informationnelle du contractant sur le plan collectif. Le tribunal explique que :

Le consommateur québécois moyen [...] aura appris qu'il ne peut se contenter de lire les grands titres et les slogans accrocheurs, imprimés en lettres majuscules et en caractères gras, il faut aussi consulter les notes de bas de page (auxquelles quelques Astérix bienveillants renvoient presque toujours) pour connaître toutes les conditions de l'offre. J'en tiens pour preuve les encarts publicitaires quotidiens de commerçants d'automobiles, de meubles et d'électroménagers, de voyages au soleil, de fonds d'investissement, d'ordinateurs et de téléphone sans fil... et j'en passe¹¹⁶¹.

Dans un environnement économique et social où le consommateur subit de nombreuses contraintes extérieures, rechercher « des Astérix bienveillants » ne traduit-il pas un véritable manque de réalisme de la part des tribunaux? La question mérite au moins d'être posée.

¹¹⁵⁹ Critère pouvant être interprété de manière très stricte. Voir l'affaire *Carrière c. Mazda Canada Inc.*, 2006 QCCQ 11189 (CanLII), paragr. 6-8.

¹¹⁶⁰ Voir *Time Inc. c. Richard*, [2010] R.J.Q. 3 (C.A.), paragr. 50, inf. en partie devant la Cour Suprême, *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265.

¹¹⁶¹ Voir [2010] R.J.Q. 3 (C.A.), paragr. 50.

Le manque de réalisme de la jurisprudence. Peut-on exiger du consommateur qu'il se renseigne lui-même? Cette position, on ne la retrouve pas seulement dans la jurisprudence, mais également dans la doctrine. Les auteurs ne sont pas toujours enclins à opérer une nette distinction théorique entre la vision du contrat qui sous-tend le droit de la consommation et celle qui résulte de l'esprit civiliste. On en arrive à des situations où la critique ou l'adhésion à des positions consuméristes s'opère à partir des figures du droit civil, alors même que c'est justement contre l'approche civiliste que s'est en grande partie développé le droit de la consommation. On oublie également que les spécificités de l'opération de consommation, notamment le rôle joué par la publicité pour ne citer que cet exemple, ne permettent peut-être pas de recourir à la notion de personne raisonnable. En outre, la vulnérabilité dont il s'agit renvoie à l'impact des pressions et influences subies par le consommateur sous l'effet conjugué de la publicité et de toutes les pratiques commerciales agressives. Certes, on peut ne pas être d'accord avec les critères de qualification du consommateur, mais faire appel à des notions de droit civil au soutien de sa position ne semble pas toujours adéquat, surtout sur le plan de la justice contractuelle. Heureusement, la Cour est venue rappeler que la notion de consommateur moyen doit être entendue à partir de l'idée du contractant crédule et inexpérimenté et dissocier le rapport établi entre le consommateur moyen et le contractant informé et intelligent¹¹⁶². C'est aussi une tendance générale de voir dans les ouvrages dédiés au droit des obligations, les éléments du droit contractuel de la consommation, et dans ceux portant sur le droit de la consommation, des références au droit civil. Ces renvois réciproques ne s'opèrent pas toujours avec les précisions épistémologiques et pédagogiques nécessaires et permettant d'éviter les confusions. Ce qui est source de nombreux amalgames chez le lecteur lorsque vient le temps de comprendre la logique profonde des règles applicables à l'une ou à l'autre législation. Toute chose qui empêche surtout de saisir à quel point le droit de la

¹¹⁶² Voir *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265. La Cour rappelle que « Pour respecter l'objectif du législateur de protéger les personnes vulnérables contre les dangers de certaines méthodes publicitaires, le critère de l'impression générale doit être appliqué dans une perspective d'un consommateur moyen, crédule et inexpérimenté, qui ne prête rien de plus qu'une attention ordinaire à ce qui lui saute aux yeux lors d'un premier contact complet avec une publicité. Une importance considérable doit être attachée non seulement au texte, mais à tout son contexte, notamment à la manière dont il est présenté au consommateur. Définir le consommateur moyen comme « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux » se concilie mal avec le libellé et l'esprit de l'art. 218 *Lpc* » (p. 267-268). Le consommateur qui gagne à un jeu auquel il n'a pas participé ou à une loterie à laquelle il n'a pas acheté de billet doit-il toujours être considéré comme étant en situation de vulnérabilité? Voir les analyses de Marc LACOURSIÈRE, « Richard c. Time Inc. : à la recherche de la définition du "consommateur moyen"! », (2011) 90 *Revue du Bar. Can.* 495-510. Cette décision tranche d'ailleurs avec *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S 801.

consommation ne se pose pas seulement en termes de critique du droit civil des contrats, mais bien plus comme une alternative, tel un corps de règles reposant sur un autre modèle et sur une philosophie différente du contrat. C'est aussi et surtout à ce niveau qu'il convient de situer et d'appréhender l'apport du droit de la consommation au sein de la protection du contractant faible, non pas seulement de manière critique et négative, mais avant tout positive et constructive. Un apport qui repose principalement sur la notion d'attente légitime du consommateur qui risque pourtant d'être noyée dans une approche libérale du contrat.

Le conflit entre deux formes d'abstraction. Quelques décisions donnent l'impression de traiter la notion de consommateur de manière abstraite. Cette approche de la notion de consommateur encourt alors les mêmes reproches que celles formulées à l'encontre des notions fictives de bon père de famille ou de personne raisonnable. En fait, elles sont limitées parce qu'elles prétendent rendre compte d'une quelconque nature de l'homme ou de ce qu'il devrait être idéalement, en rupture avec ce que la réalité donne à voir. La vision volontariste renvoie au sujet de droit ou à l'idéal d'une personne rétablie dans une telle qualité, avec le risque cependant de n'en avoir qu'une vue abstraite ou dogmatique sans lien avec la réalité du contractant vulnérable qu'il s'agit en dernier ressort de protéger. En outre, l'approche individualiste du consommateur qui en découle ne prend pas assez en compte le fait que le droit de la consommation voudrait rendre compte sociologiquement de ce qu'est le contrat dans la réalité. En revanche, dans la vision objective et réaliste, la notion de sujet de droit n'intervient pas, car c'est la personne concrète et en situation qui est visée. Pour autant, cela ne préjuge pas automatiquement d'une absence d'abstraction. En fait, il s'agit de deux types d'abstraction différente. L'une est extérieure tandis que l'autre est intérieure. Une fois que l'on a abandonné le désir de saisir métaphysiquement la nature de l'homme, il ne reste que la référence au social¹¹⁶³. Comme le mentionne un auteur, « l'homme moyen n'est rien d'autre que ce qui apparaît, dès lors que l'on fait le deuil d'un prétendu état de nature et que l'on veut fonder un jugement social sur l'homme »¹¹⁶⁴. Substituant la recherche du comportement idéal, pour se pencher sur les leçons à tirer de l'observation des faits, la méthode sociologique tente d'en extraire une moyenne¹¹⁶⁵. La notion de consommateur

¹¹⁶³ Un lien existe avec d'autres courants, notamment le solidarisme, nous y reviendrons dans le titre suivant.

¹¹⁶⁴ Voir François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 158.

¹¹⁶⁵ Voir Émile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, *supra*, note 938, p. 56-82.

moyen est en lien direct avec cette nouvelle forme de pensée. Il ne faut cependant pas croire que cette notion est plus concrète que la personne raisonnable du *Code civil du Québec*.

La fausse notion de consommateur moyen. Pour en saisir les caractéristiques afin de définir des instruments de protection, le législateur et le juge font, plus ou moins ouvertement, référence à la notion de consommateur moyen. Si elle présente une authentique originalité, la référence au groupe ou au fait social ne doit pas être mystifiée. Il s'agit de la recherche d'une norme moyenne reposant sur des critères qui ne sont pas véritablement ceux d'une personne réelle. En réalité, les éléments caractéristiques du consommateur moyen pourraient se retrouver en même temps en chacun des individus selon les contextes¹¹⁶⁶. Afin d'en extraire les critères, les consommateurs sont considérés comme un tout, un ensemble au sein duquel on déduit non plus une norme de conduite générale et abstraite, mais un profil moyen applicable à tous. On ne sera donc pas surpris de constater que le consommateur moyen est difficile à appréhender, puisque nous sommes tous potentiellement des consommateurs. C'est indéniablement par la mise en place d'un stéréotype et d'une image somme toute ambiguë que le législateur l'appréhende. La vulnérabilité est certes un phénomène général dans la vision réaliste, toujours est-il que la protection qui en découle repose sur l'idée de consommateur moyen qui, dans les faits, n'existe pas. Si ce dernier renvoie et dépeint l'acte de consommer, il ne décrit pas ce qu'il est exactement. La notion de consommateur moyen, comme celle de sujet de droit, ne constitue en dernier ressort qu'un symbole. En ce sens, elle renvoie à ce qui pourrait être l'attente du consommateur et évoque l'appartenance à un groupe, de manière formelle ou culturelle, tout en restant elle-même absente dans la nature. Tel un fantôme, le consommateur moyen est difficile à percevoir réellement. Tout en prétendant restituer la réalité, le recours au consommateur moyen n'est finalement qu'une autre forme d'abstraction. Il n'est pas moins original, car il traduit à la fois un désir d'insérer le contrat dans son milieu socio-économique, tout en essayant de préserver sa dimension individuelle. C'est peut-être ce qui fait non seulement l'attractivité de l'approche objective, mais aussi la source de bien des difficultés. Cette prétention à vouloir réconcilier la liberté contractuelle et l'environnement dans lequel elle s'exerce et qui l'influence est intéressante, mais pas évidente¹¹⁶⁷. Partant, comme l'approche individualiste, l'approche réaliste du contrat comporte ses propres postulats et ses fictions. Par conséquent, il serait erroné de prétendre que l'une des

¹¹⁶⁶ *Id.*

¹¹⁶⁷ La remarque est de François EWALD, *L'État providence, supra*, note 31, p. 177.

visions rend mieux compte de la vulnérabilité du contractant dans la réalité que l'autre et la différence entre la vision civiliste et consumériste du contractant faible n'est pas de cette nature. En fait, il s'agit toujours d'une façon imparfaite de rendre compte du réel. Pas plus que la personne raisonnable, le consommateur moyen n'est pas identifiable dans les faits. Devant ce constat, la véritable question est alors de savoir quelle est la vision qui offre une protection efficace et efficiente compte tenu de la complexité de sa vulnérabilité. Pour répondre à cette question, il faudrait commencer par éviter les amalgames ayant pour effet d'ajouter à la confusion qui règne déjà. L'approche libérale de la notion de consommateur en fournit une bonne illustration.

L'approche libérale de la notion de consommateur. La conséquence logique d'une approche de la vulnérabilité sur le plan collectif dans la jurisprudence aurait été de cesser de traiter le contrat d'adhésion de manière personnalisée et individualisée, mais comme une réalité collective et systémique. C'est l'approche individualiste de la notion de consommateur moyen par ses détracteurs qui empêche de voir derrière celui-ci le contractant vulnérable¹¹⁶⁸. Là où les tenants des politiques consuméristes veulent considérer uniquement une partie faible, dont il faut avant tout sauvegarder les intérêts, le désir de responsabilisation du consommateur, sous l'influence des carcans civilistes, ne peut que nuire à cette orientation. Par conséquent, ce n'est pas tant le contrôle du comportement du consommateur que les partisans de l'autonomie du droit de la consommation réfutent que l'intensité de son interprétation. Or, dans la mesure où le *Code civil du Québec* reste imprégné d'une logique fondée sur la responsabilité et le principe de la liberté, il n'est pas certain que la protection du consommateur n'en ressorte pas nettement diminuée, voire dénaturée. Elle doit pourtant servir de principe de départ et, partant, imposer une interprétation très restreinte des raisons qui pourraient en diminuer la portée.

L'opportunité d'un niveau de protection élevé. Garantir un niveau de protection élevé du consommateur, telle est la raison majeure qui légitime le maintien d'un régime différent, à part

¹¹⁶⁸ Voir *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265.

entière et autonome, qui ne peut se satisfaire de quelques spécificités¹¹⁶⁹ ou particularités¹¹⁷⁰. Le droit contractuel de la consommation ne saurait se limiter à être un complément qui se superpose au droit civil de la protection du contractant faible, car il prétend être le droit ayant cette vocation pour raison d'être. À partir de là, assimiler le droit de la consommation au droit civil mine l'existence même d'un régime dont le but premier est d'assurer aux consommateurs le maintien d'un niveau de protection plancher, de défendre ses droits économiques et ses intérêts légitimes. Un combat qui ne semble d'ailleurs pas être terminé dans le cadre du droit contemporain de la consommation tel qu'il est mis en œuvre¹¹⁷¹. Voilà qui fournit une raison de plus à ceux qui prônent l'autonomie de ce droit et revendiquent son renforcement¹¹⁷². En somme, sur le plan de la justice contractuelle, c'est la crainte de voir la notion d'attente légitime du consommateur, chère aux partisans de l'autonomie, sombrer dans les méandres de l'individualisme libéral dans lequel baigne le *Code civil du Québec*, qui nous paraît être la raison fondamentale justifiant les positions radicales. Une attitude d'autant plus compréhensible que la justice réparatrice du *Code civil du Québec* pourrait facilement déteindre sur les règles protectrices prévues dans celui-ci, bien qu'inspirées du consommériste. De fait, une telle orientation n'est pas pour améliorer le sort des adhérents, encore moins celui des consommateurs. Toute la difficulté consiste donc à protéger la partie en position de faiblesse, sans tomber, d'un côté, dans les pièges de la responsabilisation des contractants, tout en évitant de l'autre côté, de restreindre au seul consommateur les bienfaits et l'apport des législations consuméristes. Prendre pleinement en compte l'idée du contrat à travers la notion de relation, tel est tout le défi qui se pose aujourd'hui à la théorie des contrats. Devant cette prise de conscience, plusieurs postures sont possibles. Dans le deuxième

¹¹⁶⁹ Voir Cristina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, *supra*, note 933. L'auteure cite pêle-mêle « un sujet propre, l'existence d'une loi statutaire dans la matière, des règles de droit applicables, seulement aux rapports entreprise/consommateur, des institutions consuméristes, propres, une idéologie claire et la poursuite constante de la protection du consommateur » (spéc. p. 107). Même cette autonomie demeure encore, de l'avis de l'auteure, « mitigée ». Le droit de la consommation doit donc rester ou devenir autonome quitte à développer d'autres règles spécifiques ayant vocation à s'appliquer à toutes les autres relations contractuelles déséquilibrées! Une position qui n'est d'ailleurs pas complètement illogique si on se souvient que de nombreux pans du droit des contrats sont constituées de règles spéciales, et ce, principalement à cause de l'objet visé ou des intérêts à protéger. À cet égard, le droit social, et spécialement celui relié au relation de travail, constitue un exemple emblématique.

¹¹⁷⁰ Voir les réflexions de Pierre-Gabriel JOBIN, « Réflexions sur une réforme des garanties légales des produits de consommation », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, *supra*, note 419, p. 105; Jean CALAIS -AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », *supra*, note 290, 240.

¹¹⁷¹ Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Le droit de la consommation est-il encore pertinent en 2006? », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, *supra*, note 953, p. 1-134.

¹¹⁷² Voir Cristina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, *supra*, note 933, p. 133 et s. Une autonomie qui se justifie également par l'approche large de la notion même de consommateur, non pas forcément dans sa définition, mais en ce qui a trait aux divers domaines de la vie sociale et économique qui seraient visés.

titre de cette partie, nous aborderons l'approche du courant solidariste. Pour l'instant, il convient de s'attarder sur celle découlant de la législation consumériste, à la fois pour déterminer le contenu et le sens des attentes légitimes du consommateur et pour en assurer adéquatement la sauvegarde.

La spécificité des moyens de protection offerts par le droit de la consommation. L'autonomie du droit de la consommation ne réside pas seulement dans sa posture idéologique; elle relève plus particulièrement du choix des procédés de protection offert par le législateur. Aussi, ce n'est pas tant la généralité de la protection que peut offrir un Code civil que récusent les défenseurs de l'autonomie du droit de la consommation, que l'approche utilisée qui ne cadre pas avec les dimensions concrète, technique, préventive et curative du droit de la consommation¹¹⁷³. C'est au niveau des objectifs, des finalités poursuivies et surtout des outils juridiques utilisés qu'il faut en plus situer la nécessité de l'autonomie de ce droit, afin de rendre compte des intérêts légitimes du consommateur. Ce qui va déboucher sur un droit formel et circonstancié au service de la sécurité et de la normalisation des transactions et s'opposant par-là même à un droit fondamental, comme celui du Code civil et, partant, de l'idée de justice contractuelle qui lui est consubstantielle. Par ses caractéristiques et ses instruments juridiques, la protection du consommateur repose sur une approche juridique formaliste qui ne laisse pas véritablement de place à l'idée floue de justice contractuelle. Il convient alors de s'attarder sur les implications et les limites d'un droit typiquement procédural.

Sect. II Un droit de la protection des consommateurs essentiellement procédural

Nous verrons dans un premier paragraphe que l'acte de consommation est soumis à un processus de normalisation. Nous nous attarderons dans un second paragraphe sur les instruments juridiques de protection mis en œuvre par les acteurs tant publics que privés et sanctionnés sur le plan civil, administratif et pénal. Nous déduirons dans un dernier paragraphe les limites, voire les dangers, d'une protection du contractant axée principalement sur la sécurisation de l'opération de consommation.

¹¹⁷³ Voir les analyses d'Yves PICOD et Hélène DAVO qui rappellent que le droit civil « accorde sa protection à tout contractant ou toute victime d'un dommage, quelle que soit sa qualité ». Voir *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2005, n°23.

Para I La normalisation croissante de l'opération de consommation

A Les raisons de la normalisation de l'opération de consommation

Double technique de sécurisation de l'acte de consommation : préventive et curative. Avant de s'attarder sur les règles qui peuvent être directement présentées comme ayant pour objectif la régulation du marché, il faudrait garder à l'esprit que les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* participent de la recherche de la sécurité des transactions. Ainsi, ce besoin passe par une plus grande rationalisation de celles-ci. C'est dans ce sens que Jean-Guy Belley explique que :

La loi améliore la sécurité du processus contractuel en imposant des règles nouvelles pour chacune des quatre dimensions soulignées plus haut. Les interactions des participants aux diverses étapes du processus devront s'effectuer selon des procédures précises et transparentes : procédures de formation du contrat (art. 23 et s.), de résolution unilatérale et de restitution qui en découlent (art. 59-65, 73-79, 193-196, 202-205, 209-213), de remboursement du crédit (art. 168-172, 183), de mise en œuvre d'une clause de déchéance du bénéficiaire du terme (104-110), de reprise de possession (art. 139-145), de réclamation du solde impayé (art. 146), de facturation (art. 95-97, 126), etc.¹¹⁷⁴.

Ce faisant, le législateur n'avait d'autres choix que d'imposer une procédure à respecter. Le contrat est d'abord perçu comme le moyen d'acquérir des biens et des services et d'assurer la sécurité des consommateurs. Le processus n'étant pas toujours sans risques pour ce dernier, plusieurs mesures d'ordre public ont été mises en place et des acteurs prévus, afin d'en assurer le contrôle¹¹⁷⁵. Il en résulte des mécanismes de protection et des sanctions d'une double nature : préventives et curatives¹¹⁷⁶. Cette dualité de technique se traduit d'une part par la normalisation croissante du contrat de consommation, et, d'autre part, par l'intervention de plusieurs outils et acteurs de régulation du droit de la consommation, avec un impact réel sur le contrat de

¹¹⁷⁴ Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 142.

¹¹⁷⁵ D'ailleurs, Michelle Cumyn note à ce propos que : « l'ordre public économique et social a connu un développement fulgurant au cours du 20^e siècle. Il s'agit essentiellement d'un ordre public textuel prenant sa source dans une masse imposante de lois et de règlements ». Voir « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 17.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, 26.

consommation¹¹⁷⁷. Ce qui légitime l'existence d'un ensemble de procédures, de prescriptions, de normes et d'interdictions imposées par le législateur. Ce dernier fait appel aux autorisations, agréments ou permis liés à l'exploitation d'une activité commerciale afin de contrôler les compétences et les qualités morales du commerçant. Bien que l'objectif principal du législateur soit d'assurer de l'extérieur le contrôle de la conduite du commerçant et de son activité, cette préoccupation n'est pas forcément sans lien ni effet sur le contrat. Ainsi, ces contrôles ont été rattachés aux différents stades de la relation contractuelle¹¹⁷⁸. Les mesures visant à établir ou à favoriser les conditions d'une saine concurrence peuvent en outre avoir un impact sur la période précontractuelle. Celles qui intéressent l'information objective du consommateur et la régulation de la publicité ne sont pas sans impact sur la formation du contrat. Le contenu des obligations contractuelles et leur exécution peuvent être grandement modifiés par le contrôle étatique du prix, de la sécurité ou de la qualité des biens et services offerts¹¹⁷⁹. Toute chose qui prend place de manière procédurale.

Une justice contractuelle inutile ou une protection procédurale. Ce qui importe dans le cadre de notre étude n'est pas tant le rappel du contenu matériel des règles analysées, que le constat de la nature profondément procédurale de celles-ci¹¹⁸⁰. En choisissant de porter son attention sur le processus entourant l'acte de consommer, le législateur espère que le respect des procédures mises en place aboutira à la sauvegarde des intérêts légitimes du consommateur. Bien que la

¹¹⁷⁷ C'est cette dimension contractuelle qui nous intéresse plus précisément, qu'elle soit nettement perceptible ou simplement sous l'effet induit de certaines dispositions légales, car il est clair que le droit de la protection du consommateur ne s'y réduit pas.

¹¹⁷⁸ Bien que le droit de la consommation ne se réduit pas à un droit contractuel de la consommation, Claude MASSE notait que « le droit de la consommation « s'est élaboré à partir du droit des contrats ». Voir « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34, p. 47.

¹¹⁷⁹ Notons cependant que cette présentation des normes légales et réglementaires pouvant avoir un impact sur le contrat de consommation est plus schématique et pédagogique que le pur reflet de la réalité. En fait, toutes ces mesures peuvent plus ou moins avoir des effets sur l'une ou l'autre des phases du contrat. Il en va ainsi du prix, dont le contrôle ne rejoint pas seulement le contenu contractuel, mais également la formation. En effet, il peut déterminer la décision du consommateur d'acquiescer ou non le bien ou le produit, raison pour laquelle il doit être clairement et aisément accessible. Ce qui peut aussi être le cas de la qualité du bien qui peut déterminer le consentement. La régulation de publicité peut, quant à elle, modifier le contenu des obligations contractuelles. C'est dans ce sens que les tribunaux considèrent qu'une information fournie par des messages publicitaires ou de documents promotionnels remis au consommateur par le commerçant ou son représentant peut faire partie intégrante du contrat et donc des obligations du commerçant, du fabricant ou du vendeur. Une même mesure peut donc à la fois viser la bonne information du consommateur et être un moyen de contrôle de la qualité ou de la sécurité des biens. C'est le cas notamment de l'étiquetage informatif. L'interdiction de certaines pratiques peut avoir des effets tant sur le prix que sur la qualité des biens et services. Nous le verrons plus loin.

¹¹⁸⁰ C'est aussi la raison pour laquelle notre rappel des règles matérielles de protection sera bref et limité tout en ciblant certaines questions essentielles reliées à la problématique que nous traitons.

justice contractuelle apparaisse comme un concept insaisissable, elle fait en principe référence à l'existence d'un droit substantiel, c'est-à-dire d'un ensemble de principes fondamentaux autour desquels les règles sont construites¹¹⁸¹. Ce qui est tout l'opposé d'une intervention législative procédurale¹¹⁸². À la différence d'un droit substantiel, le principal objectif du législateur est alors de fixer une série de normes extérieures et de veiller à leur respect¹¹⁸³. Dans ce contexte, seule la recherche de la sécurité est privilégiée. Cette méthode n'est pas propre à la *Loi sur la protection du consommateur*, car la tendance à la normalisation des opérations de consommation peut être élargie à d'autres législations entrant en ligne de compte¹¹⁸⁴. Toutes les mesures, avant de contribuer à transformer le droit de la protection du contractant, constituent d'abord un ensemble procédural visant à favoriser la sécurité que le consommateur espère de la transaction. Ajoutons que si la *Loi sur la protection du consommateur* joue un rôle crucial dans la protection du consommateur au Québec, non seulement elle n'est pas la seule législation intervenant dans ce domaine, mais encore, la protection du consommateur, bien qu'envisagée au niveau provincial, comporte de nombreux aspects relevant du domaine de compétence du droit fédéral¹¹⁸⁵. Cette

¹¹⁸¹ Muriel FABRE-MAGNAN parle par exemple de « principes fondateurs du droit des contrats » qu'il identifie autour de la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et la bonne foi. Voir *Droit des obligations*, 3^e éd. Tome 1, Paris, PUF, 2012, p. 51-66.

¹¹⁸² C'est d'ailleurs les deux grandes distinctions opérées traditionnellement dans l'intervention de l'État. Elle n'a rien de spécifique à la question de la protection du contractant qui n'est à cet égard qu'une illustration. Notons que cette séparation théorique ne doit en rien être transposée sans nuances dans l'appréciation des interventions du législateur. Ainsi, au sein d'une même réglementation, plusieurs types d'intervention peuvent être identifiés sans que sur le plan épistémologique et philosophique ils apparaissent forcément comme étant homogènes. Ainsi, dans une étude consacrée à la sanction des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle, la professeure Cumyn décèle, au sein de ces lois, parmi lesquelles la *Loi sur la protection du consommateur*, trois approches : le contrôle préalable de l'exercice d'une activité économique, la normalisation du contenu obligationnel et l'optimisation de l'information et de la liberté de choix de la partie protégée. L'auteure y voit un lien avec la justice contractuelle. Il est vrai que ces approches ne relèvent pas toujours d'une vision identique du contrat. Pourtant, elles peuvent toutes être réduites à des techniques purement procédurales, sans aucun lien avec toute idée de justice contractuelle, puisque dans bien des cas, elles ont pour but essentiel d'assurer la sécurité et la normalisation des échanges. Voir « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 1.

¹¹⁸³ La justice substantielle s'oppose à la justice procédurale chez les théoriciens du droit. La première « pose la règle matérielle (par exemple, les prestations dans un contrat doivent être équilibrées), tandis que la justice procédurale se contente de veiller au bon respect des procédures (par exemple la bonne information des parties au contrat), en espérant qu'il en résultera ainsi un contrat juste ». Voir les explications de Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *supra*, note 1181, p. 89.

¹¹⁸⁴ Bien que ces lois ne visent pas toujours directement le contrat de consommation, elles prévoient des obligations au fabricant ou au distributeur, ou les deux, en vue ultimement de protéger le consommateur. De ce point de vue, elles font intervenir certaines procédures et nombre d'organismes publics dans la protection du consommateur. En outre, elles créent quelques fois des obligations légales qui, bien que dépassant les limites contractuelles établies par le commerçant, ne s'insèrent pas moins dans un cadre contractuel que l'on peut qualifier d'élargi. Par ailleurs, il en est de même pour la jurisprudence qui ne renvoie pas seulement à celle du Québec, mais également à celle des autres provinces puisque les lois fédérales s'appliquent dans bien des cas.

¹¹⁸⁵ Nous aurons l'occasion d'y faire allusion à plusieurs reprises tout au long des développements qui suivent, sans toutefois prétendre les étudier en détail.

dernière étant elle-même intimement liée à la protection du consommateur, mais pas seulement. Elle vise surtout à réguler le marché, avec l'idée que ces procédures aboutiront nécessairement à une meilleure protection du consommateur. Une régulation qui porte, entre autres, sur l'information du consommateur.

B La régulation objective de l'information

La régulation de la publicité. En matière de renseignement du consommateur, le législateur devait prendre en compte la croissance massive de la publicité. Cette dernière est tellement importante et la pression qu'elle exerce sur le consommateur est telle que l'approche individualiste de l'information au sein de la jurisprudence civiliste est insuffisante. En effet, dans un contexte où la publicité est devenue une véritable arme de persuasion massive, il n'est plus possible d'attendre du consommateur qu'il s'informe lui-même. L'information du consommateur exige des mesures de surveillance portant sur la qualité et le contenu des renseignements divulgués dans les messages publicitaires. Sur ce point, l'article 219 de la Lpc prévoit qu'« aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fautive ou trompeuse à un consommateur »¹¹⁸⁶. L'interdiction de la loi est assez large. En utilisant l'expression « de quelque manière que ce soit », le législateur vise tout type de pratique publicitaire. Toutes les formes susceptibles d'être utilisées sont concernées, qu'il s'agisse d'un écrit ou de représentations verbales¹¹⁸⁷, imagées, d'un dessin ou n'importe quel autre signe¹¹⁸⁸. Pour la sanction prévue à cet article, nul besoin de prouver qu'un consommateur précis a subi les effets décrits dans ledit article qui porte à la fois sur les déclarations mensongères et celles qui sont seulement trompeuses. Par conséquent, dès l'instant où il est possible d'établir que les renseignements publicisés sont susceptibles d'induire en erreur un consommateur éventuel¹¹⁸⁹, cela est amplement suffisant pour soulever l'article 219 de la Lpc¹¹⁹⁰. De plus, l'article 217 de la Lpc ajoute qu'il n'est pas nécessaire qu'un contrat ait été conclu pour que

¹¹⁸⁶ Signalons que la même interdiction se retrouve de manière substantielle au niveau fédéral dans la *Loi sur la concurrence*, précisément aux articles 52 et 74.01.

¹¹⁸⁷ Voir *R. c. Opera Diamond Ltée*, (1974) 15 C.P.R. (2d) 157 (C.S.P. Qué.) *paxim*.

¹¹⁸⁸ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation*, *supra*, note 62, n°484, p. 489.

¹¹⁸⁹ Voir *Isolation Jean Carignan Inc. c. Robitaille*, J.E. 86-894 (C.S.); *O.P.C. c. 139561 Canada Ltée*, J.E. 91-1511 (C.S.); *Lachance c. Delage*, J.E. 85-941 (C.P.).

¹¹⁹⁰ Voir *Time inc. c. Richard*, [2010] R.J.Q. 3.

s'appliquent les dispositions portant sur la section consacrée à une pratique interdite. Dans le même sillage, le législateur punit la publicité trompeuse.

L'interdiction de la publicité trompeuse destinée au consommateur moyen. L'un des éléments les plus significatifs des dispositions tant provinciales que fédérales sur l'interdiction de la publicité trompeuse porte sur le public ciblé¹¹⁹¹. En principe, le terme « public » ne doit pas être entendu de manière restrictive¹¹⁹². Les messages publicitaires qui lui sont adressés, relayés par différents canaux ou médias doivent être clairs et intelligibles pour les destinataires. Toute la difficulté consiste à déterminer avec précision quel en est le profil. La référence au consommateur moyen ne suffit pas¹¹⁹³. La position récente de la Cour suprême du Canada rompt avec celle de la Cour d'appel du Québec. Elle a décidé qu'il s'agit d'une personne inexpérimentée et ignorante des pièges que pourraient contenir les offres des commerçants¹¹⁹⁴. Le consommateur moyen renvoie à la personne démunie face à un système économique qui le dépasse et le submerge. Il est alors le contraire d'une personne avertie. Une vulnérabilité qui est encore accentuée dans un contexte où le message publicitaire peut contenir des informations erronées.

Le contenu publicitaire mensonger. Ce n'est pas seulement le message qui est pointé, mais également son caractère mensonger. En fait, il n'est pas interdit à un commerçant, un fabricant ou un distributeur de faire la promotion ou de vanter son produit en essayant de le présenter sous le meilleur jour possible. Toutefois, il ne peut y arriver par tous les moyens, surtout lorsqu'ils sont inexacts, autrement dit, contraire à la réalité. Ce qui aurait pour effet de déjouer les attentes du consommateur. La vantardise est permise, l'inexactitude, quant à elle, ne l'est pas, car elle a pour effet d'induire le consommateur en erreur. Une certaine exagération est possible dans la promotion d'un produit. Pour autant, « il ne doit s'agir que de mentions de supériorité assez générales que le public considère uniquement comme une expression d'opinion

¹¹⁹¹ Pour la loi fédérale, voir *R. c. Imperial Tobacco Products Ltd.*, [1971] 5 W.W.R. 409 (C.S. Alta).

¹¹⁹² Telle est du moins l'évolution de la jurisprudence puisque cela n'a pas toujours été le cas. Voir *Acme Novelty (B.C.) Ltd.*, (1971), 4 C.P.R.(2d) 20 (B.C. Prov. Ct.), confirmé par (1972) 5 C.P.R. (2d) 221. Dans cette affaire, le tribunal avait considéré que, dans la mesure où le processus d'obtention de la carte de fidélité d'un magasin était soumis à des critères strictes qui ne se réduisaient pas seulement au paiement de frais d'abonnement annuel, il ne s'adressait pas au public et ses représentants ne pouvaient être poursuivis pour fausses représentations faites au public.

¹¹⁹³ Voir *Time inc. c. Richard*, [2010] R.J.Q. 3.

¹¹⁹⁴ Voir *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265, 268.

de la part du fabricant ou du vendeur plutôt que comme des faits vérifiables »¹¹⁹⁵. En plus de son caractère intrinsèquement trompeur, il faudrait que la fausseté ait été d'une certaine importance dans la décision du consommateur¹¹⁹⁶ et de l'impression générale qui résulte de l'annonce¹¹⁹⁷. Tous ces critères d'appréciation du message publicitaire varient avec le type de média utilisé. L'une des techniques de publicité la plus répandue aujourd'hui dans les sociétés occidentales, notamment chez les jeunes, est certainement la publicité sur Internet qui, à ce titre, pose des enjeux nouveaux en termes de protection¹¹⁹⁸. Elle présente des avantages tant pour le commerçant que pour le consommateur¹¹⁹⁹. Elle est néanmoins un haut lieu de messages trompeurs et mensongers classiques¹²⁰⁰ ou propres à l'Internet, notamment le piratage de site Web et de blogue, ou la surfacturation des produits et services vendus aux consommateurs¹²⁰¹. Le législateur n'intervient pas seulement par les restrictions apportées à la publicité, mais également en matière d'étiquetage et d'emballage des biens et produits de consommation.

¹¹⁹⁵ Voir *Le droit de la consommation, supra*, note 62, n°490, p. 493. Mentionnons ici la fameuse différence entre le *dolus malus* et le *dolus bonus*. Si le second est un boniment et une exagération acceptée pour mettre le produit du marchand de l'avant, le premier est un mensonge éhonté inacceptable et puni par la nullité.

¹¹⁹⁶ Ainsi en est-il de la compagnie qui promet des baisses de consommation de carburant qui, dans les faits, s'avèrent inexistantes. Voir *P.V.I International Inc. c. Canada (Commission de la concurrence)*, (2004) 31 C.P.R. (4th) 331. Ou encore lorsqu'un vendeur promet une efficacité de produits antirouilles qui ne tiennent pas leur promesse, voir *Canada (Commission de la concurrence) c. 3628159 Canada Inc. (Antirouilles Électroniques TP)*, CT-2001-006 (Tri. Concur.); *Canada (Commission de la concurrence) c. Professionnal Consultants (Electroprotections) Inc. – Gestion professionnelle (Electroprotections) Inc.*, CT-2000-003 (Tri. Concur.). Le caractère trompeur peut également exister en matière de publicité comparative, il faudrait alors tenir compte à la fois du besoin de transmettre des informations comparatives au consommateur et de l'intensité de la comparaison. Voir pour plus de détails, Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, n° 495 et s., p. 499 et s.

¹¹⁹⁷ Il prendra par exemple en compte les mots et expressions utilisés dans la publicité. Voir à cet effet *R c. Imperial Tobacco Products Ltd.*, [1971] 5 W.W.R. 409 (C.S. Alta).

¹¹⁹⁸ Voir Charlaïne BOUCHARD, Marc LACOURSIÈRE et Julie McCANN, « La cyberpublicité : son visage, ses couleurs – Qu'en est-il de la protection des consommateurs? », (2005) 107 *R. du N.* 303.

¹¹⁹⁹ Ainsi, le consommateur n'a pas besoin de se déplacer, il peut aisément comparer, il a accès à une plus grande quantité d'informations. Quant au commerçant, fabricant ou vendeur, ils peuvent par leur site Web toucher un nombre toujours plus grand de personnes, actualiser l'information et faire des économies en termes de coûts de publicité puisqu'elle peut être plus ciblée. Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, p. 506.

¹²⁰⁰ « La présence de situations frauduleuses de type traditionnel se retrouve lors des systèmes de vente pyramidale, d'émission d'actions, de redressement de dossiers de crédits, d'offres, de placements ou occasions d'affaires, de promotions liées à la loterie, d'encans fictifs, de sollicitation, de dons de charité ou de programme de perte de poids ». Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, n° 503, p.506-507.

¹²⁰¹ Daniel GERMAIN et Jorge PASSALACQUA, « La protection du consommateur, une mission essentielle de l'état québécois », dans Françoise Maniet (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, supra*, note 1149, p. 25- 39.

La normalisation du processus d'étiquetage informatif et d'emballage des produits de consommation¹²⁰². Une partie de l'information du consommateur découle de la formation du contrat de consommation et oblige directement les parties. En revanche, l'information objective relève d'abord du rôle de l'État¹²⁰³. Elle se traduit par la divulgation d'une information objective. De manière générale, la majorité des normes préventives d'origine légale et réglementaire peut entrer dans cette catégorie. Elle concerne surtout l'étiquetage informatif et la sécurité des biens et produits présents sur le marché.

La notion d'étiquetage informatif. L'étiquetage informatif relève d'une approche préventive de la protection du consommateur et joue un rôle important lorsque vient le temps de se procurer un bien¹²⁰⁴. Il peut être défini comme « une fiche technique du produit, elle divulgue les éléments essentiels sur lesquels porte le contrat qui s'établit entre le fournisseur et le consommateur »¹²⁰⁵. La *Loi sur la protection du consommateur* prévoit des dispositions portant sur l'étiquetage. Il faut en outre chercher dans les nombreuses législations qui interviennent dans ce domaine pour saisir le sens et la portée des obligations du fabricant ou du vendeur. Par le recours aux étiquettes, le législateur exige du fabricant ou du distributeur qu'il donne au public toutes les informations reliées au bien, à sa nature, son contenu ou ses spécifications techniques. Non seulement l'étiquette doit mentionner ces informations, mais, suivant les articles 41 et 42 de la Lpc, le produit ou le bien concerné doit être conforme à ces informations. L'étiquetage se traduit de manière positive et négative. En effet, le commerçant a l'obligation de divulgation de certaines informations sur l'emballage du produit. En même temps, il lui est interdit de mentionner des renseignements qui pourraient s'avérer erronés. La nature des informations qui doivent être indiquée sur l'emballage en fonction du bien dont il s'agit¹²⁰⁶.

¹²⁰² Observant l'action du législateur sur le fond et la forme du contrat, d'aucuns en ont déduit qu'il en résulte une véritable normalisation. Voir Françoise LABARTHE, *La normalisation de document contractuel*, Paris, LGDJ, 1994.

¹²⁰³ Daniel GERMAIN et Jorge PASSALACQUA, « La protection du consommateur, une mission essentielle de l'état québécois », dans Françoise Maniet (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, supra, note 1149, p. 25- 39.

¹²⁰⁴ Ce qui n'est pas toujours pris en compte en droit civil. Voir André ROBERT, « une source mineure de droit civil : les affiches et écriteaux », (1958) I JCP. 458.

¹²⁰⁵ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation*, supra, note 62, n°445, p. 449.

¹²⁰⁶ L'étiquetage de chaque produit est donc régi par la loi qui en prévoit la mise sur le marché. Voir François LEBEAU, *Étiquetage et emballage des produits de consommation*, Collection droit et consommation, Groupe de recherche en consommation, Université de Montréal, 1977. Il est aussi soumis à la Charte de la langue française, et sauf exception, les informations doivent être fournies en français. Une question importante si on considère les regroupements régionaux entre les pays, notamment en Europe ou en ce qui concerne l'Alena. Voir José WOEHLING, « Politique linguistique et libre échange : l'incidence de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis sur la législation

Le contenu de l'étiquetage informatif. L'un des buts de la loi fédérale *sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation* est de permettre au consommateur non seulement de connaître la quantité, le prix, et les autres aspects des produits, mais également de pouvoir comparer entre ceux offerts par divers concurrents et éviter les fraudes et les falsifications. Les normes d'étiquetage et d'emballage visent la majorité des produits que l'on retrouve sur le marché, notamment les produits préemballés, les aliments ou les médicaments. Sur l'emballage doivent être mentionnés des renseignements jugés essentiels, spécialement le nom du produit, de l'entreprise qui le distribue ou le fabrique, le pays d'origine du fabricant ou du distributeur. Doivent également être divulgués les quantités et le prix¹²⁰⁷. En fonction des produits concernés, les informations comme les ingrédients ou la composition doivent être signalés. Il est interdit d'indiquer dans l'emballage des données frauduleuses, trompeuses ou fausses. Celui qui a la responsabilité de l'étiquetage du produit doit s'assurer qu'il n'y a pas d'informations fallacieuses, notamment en ce qui concerne les aliments¹²⁰⁸. Les fabricants se sont vu imposer de nombreuses obligations, normes et une série d'informations afin d'assurer une bonne identification des aliments¹²⁰⁹. Dans ce domaine précis, c'est principalement la composition de ceux-ci au moment de leur mise sur le marché qui est considérée, afin d'éviter les pratiques frauduleuses. Le fabricant doit fournir avec précision et véracité les informations relatives à la quantité, à la composition et aux différents ingrédients utilisés et leur proportion. L'un des principaux axes de protection du consommateur est opéré par le contrôle de la publicité. De nombreuses dispositions de la *Loi sur les aliments* touchent à la publicité et dictent les normes à respecter. L'un de ces principaux objectifs est d'éviter de faire passer certains aliments ou produits cosmétiques comme étant des médicaments pouvant soigner des maladies¹²¹⁰. Le but étant alors d'assurer l'efficacité de l'étiquetage informatif.

linguistique du Québec (à la lumière de l'expérience de la communauté économique européenne) », (1993-94) 8 *R.Q.D.I.* 249.

¹²⁰⁷ Notons qu'au niveau du prix, l'étiquetage se fait davantage par le vendeur dans la mesure où il varie souvent, ce qui n'en facilite d'ailleurs pas le contrôle. Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation*, *supra*, note 62, n°449, p. 453.

¹²⁰⁸ Régis par une loi portant le même nom et qui régleme la fabrication, l'importation, la vente et la publicité des aliments, des produits cosmétiques et les instruments médicaux. Signalons qu'en matière d'étiquetage, d'autres lois interviennent aussi notamment en matière de produits agricoles, la *Loi sur les produits alimentaires*, L.R.Q., c. P-29, ou en ce concerne les produits textiles, la *Loi sur l'étiquetage des textiles*, L.R.C. (1985), ch. T-10.

¹²⁰⁹ Voir Thérèse LEROUX et Michelle GIROUX, « La protection du public et les médicaments : les obligations du fabricant », (1993) 24 *R.G.D.* 309.

¹²¹⁰ D'ailleurs la loi cite de nombreuses maladies pour lesquelles la science ne dispose pas encore de traitement. Voir spécialement en ce qui concerne le cancer, *R. c. Blondin*, J.E. 91-1379 (C.S.) *paxim*.

L'efficacité de l'étiquetage informatif. Tous les instruments juridiques que nous avons analysés visent à assurer au consommateur un engagement de qualité, en essayant de réduire le plus possible, voire d'annihiler les effets néfastes d'une information qui pourrait être biaisée, fautive ou trompeuse. Ils interviennent tant à la phase précontractuelle que lors de la formation du contrat. Le contrôle du prix intervient tout autant avant la conclusion du contrat qu'en ce qui concerne son contenu. On peut pourtant encore douter de l'efficacité de l'étiquetage informatif et se demander si cette exigence sert véritablement les intérêts du consommateur¹²¹¹. La normalisation de l'information du consommateur s'opère par des mécanismes de régulation du marché qui ont aussi pour effet indirect de ne pas induire le consommateur en erreur. Il s'agit de la sanction des pratiques commerciales interdites, des tromperies et des déclarations mensongères.

Pratiques commerciales individuelles interdites. À l'instar de la régulation de la publicité, la normalisation des pratiques de commerce fait intervenir la *Loi fédérale sur la concurrence* et la *Loi sur la protection du consommateur*. La législation protège le consommateur par l'interdiction de certaines pratiques commerciales portant sur le prix, les biens et services ou des procédés de vente. L'article 228 de la section consacrée aux pratiques de commerce dans la *Loi sur la protection du consommateur* constitue l'une des premières manifestations de cette obligation¹²¹². Les agissements y visés concernent les techniques utilisées par les commerçants et pouvant éventuellement avoir des effets sur le consentement du consommateur. En ce qui concerne le prix, les législations interviennent à deux niveaux : les fausses représentations d'une part, et, d'autre part, le double étiquetage. Le premier a pour but de tenter d'éviter au mieux les représentations déloyales portant sur le prix. Ainsi, l'article 224 al. 1a) de la Lpc interdit au commerçant de mettre de l'avant certains aspects seulement du prix du produit ou du bien, et de

¹²¹¹ On peut penser ici à la récente consultation lancée par Santé Canada au mois de janvier 2014 concernant la simplification de l'étiquetage de produits notamment en matière alimentaire. Voir <http://www.hc-sc.gc.ca/fn-an/label-etiquet/consultation/index-fra.php>. Or, dans ce domaine, de nombreuses revendications restent encore lettre morte. On peut penser à la mention de la présence des OGM ou de leur pourcentage, au taux de colorants ou de saveurs naturelles ou encore aux produits de floraison de l'eau potable. L'information réelle du consommateur, du moins sur des aspects qui font pourtant l'objet de revendication publique, reste encore ignorée. Il semble qu'ici aussi les enjeux économiques expliquent les hésitations du gouvernement, là où les défenseurs d'une plus grande information mettent de l'avant les questions de santé et d'alimentation. Voir les éclairages de Mélanie BOURASSA FORTIER, Geneviève DUFOUR et Kristine PLOUFFE-MALETTE, « Les politiques canadiennes en matière d'étiquetage alimentaire : reflet d'une hégémonie technoscientifique au service d'un calcul utilitaire ? », (2014) 55 *C. de D.* 443.

¹²¹² La disposition prévoit qu'« aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important ». Voir le rappel de Clause MASSE, *Loi sur la protection du consommateur - Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 862.

dissimuler, au final, le coût de l'opération¹²¹³. Les prix affichés seront également faux lorsque le commerçant simule une réduction. C'est en vue d'interdire ce genre de situations déloyales pour le consommateur que l'article 225 (a) de la *Loi sur la concurrence* prohibe le recours à une fausse réduction par rapport au prix de référence ou au prix courant. Sont aussi concernées les annonces faisant allusion au prix. Celles-ci doivent signaler l'existence de frais supplémentaires cachés, les conditions dans lesquelles s'applique éventuellement un rabais ou la différence qu'il pourrait y avoir entre le prix final et celui affiché. Quant au double étiquetage, les règles de la *Loi sur la concurrence* n'en prohibent pas directement la pratique. Elle ne devrait pas avoir pour résultat d'empêcher le consommateur d'acheter au prix le plus bas¹²¹⁴. Les méthodes commerciales interdites visent les biens et les services. Sont interdites la description trompeuse, les déclarations de garantie ou promesses déloyales¹²¹⁵. Dans le cadre spécifique de la *Loi sur la protection du consommateur*, il est interdit au commerçant de mettre de l'avant de fausses caractéristiques ou aptitudes des biens ou services, ou de faux événements ou circonstances et de faire croire au consommateur que les prix seraient plus intéressants¹²¹⁶. Le contrôle du prix passe aussi par la prohibition de certains procédés de vente.

L'interdiction de certains procédés de vente. Les techniques prohibées par la loi renvoient à des procédés de vente spécifiques que les commerçants utilisent afin d'attirer la clientèle¹²¹⁷. Elles

¹²¹³ L'article 224 dispose qu'« aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit: a) accorder, dans un message publicitaire, moins d'importance au prix d'un ensemble de biens ou de services, qu'au prix de l'un des biens ou des services composant cet ensemble; b) sous réserve des articles 244 à 247, divulguer, dans un message publicitaire, le montant des paiements périodiques à faire pour l'acquisition d'un bien ou l'obtention d'un service sans divulguer également le prix total du bien ou du service ni le faire ressortir d'une façon plus évidente; c) exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé. Aux fins du paragraphe c du premier alinéa, le prix annoncé doit comprendre le total des sommes que le consommateur devra déboursier pour l'obtention du bien ou du service. Toutefois, ce prix peut ne pas comprendre la taxe de vente du Québec, ni la taxe sur les produits et services du Canada. Le prix annoncé doit ressortir de façon plus évidente que les sommes dont il est composé ».

¹²¹⁴ L'article 54 (1). Nul ne peut fournir un produit à un prix qui dépasse le plus bas de deux ou plusieurs prix clairement exprimés, par lui ou pour lui, pour ce produit, pour la quantité dans laquelle celui-ci est ainsi fourni et au moment où il l'est : a) soit sur le produit ou sur son emballage; b) soit sur quelque chose qui est fixé au produit, à son emballage ou à quelque chose qui sert de support au produit pour l'étalage ou la vente, ou sur quelque chose qui y est inséré ou joint; c) soit dans un étalage ou la réclame d'un magasin ou d'un autre point de vente.

¹²¹⁵ Il s'agit ici spécialement du recours aux tests et autres essais scientifiques douteux ou mensongers ou encore lorsqu'il n'existe pas de preuves suffisantes, auquel cas, les garanties d'efficacité promis par le commerçant seront considérées comme étant trompeuses et déloyales. Voir *Gareau Auto c. Entreprises Dorette Va/Go Inc.*, J.E. 97-1730 (C.S.).

¹²¹⁶ Voir l'article 2220c) et l'article 221 f). On pense ici aux fausses soldes de fermeture, ventes de feu, de déménagement ou de faillite

¹²¹⁷ Notons que toutes les pratiques individuelles anticoncurrentielles ne sont pas ici visées, car il y en a qui peuvent avoir pour effet de baisser le prix final payé par le consommateur tout en défavorisant les commerçants concurrents ou ceux qui doivent se fournir chez un commerçant en particulier.

peuvent porter sur le prix. Il en va notamment de la vente à prix d'appel¹²¹⁸, de la vente à un prix supérieur à celui annoncé¹²¹⁹ ou de la vente subordonnée ou jumelée¹²²⁰. Quelques techniques peuvent plutôt avoir trait aux procédures de vente. Tel est le cas de la vente par inertie¹²²¹. Elles peuvent être captatives, comme c'est le cas des systèmes de commercialisation à paliers multiples et de vente pyramidale¹²²². La technique commerciale anticoncurrentielle peut être d'ordre promotionnel à travers la vente à primes¹²²³, le télémarketing¹²²⁴, des jeux et concours publicitaires¹²²⁵. En vue de protéger certaines catégories de personnes vulnérables, des mesures spécifiques ont été prises en matière de publicité pour enfants¹²²⁶. La présomption de dol est au demeurant utilisée dans le même sens.

La présomption de dol de l'article 253 de la Loi sur la protection du consommateur. La *Loi sur la protection du consommateur* procède par présomption dans l'article 253 et présume que si le consommateur avait été au fait des pratiques du commerçant, il ne se serait pas engagé¹²²⁷. La

¹²¹⁸ Il s'agit des ventes par lesquelles le commerçant essaye d'attirer la clientèle en donnant l'impression que certains produits sont vendus au rabais alors même que ledit produit n'est pas disponible réellement en magasin. Voir l'article 74.04 de la Loi sur concurrence et l'article 231 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

¹²¹⁹ Voir l'article 74.05 (2) de la *Loi sur la concurrence*.

¹²²⁰ Il s'agit de procédés de vente dans lesquels l'achat d'un bien est conditionné à l'achat d'un autre bien. Ce qui n'est pas forcément avantageux pour le consommateur dans la mesure où il peut se retrouver à acquérir un bien dont il n'a pas forcément besoin et pour un prix final qui ne s'avère pas économique pour lui. On retrouve cette pratique interdite aussi bien dans la vente de biens que de services. Voir les articles 111 et 206 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

¹²²¹ Elle consiste pour le commerçant à envoyer une commande à un consommateur sans commande préalable de la part de celui-ci, de sorte que le consommateur doit pour ne pas se retrouver contractuellement engagé envoyer une lettre de refus au commerçant. Voir l'article 230 a) de la *Loi sur la protection du consommateur*. Précisons que les envois gratuits et qui n'engagent pas le consommateur ne sont pas interdits.

¹²²² Encore appelé système de vente par paliers multiples, le commerçant opère par l'établissement d'une chaîne de personnes qui ne sont pas seulement des clients potentiels, mais qui s'engagent à vendre le produit, le bien ou le service ou à trouver d'éventuels clients qui seront à leur tour des vendeurs potentiels. La chaîne ne s'arrêtant jamais. Ici ce n'est pas le phénomène en lui-même qui est discutable, mais les revenus que le commerçant fait ainsi miroiter aux participants et qui pourraient ne pas correspondre à la réalité. Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, p. 544. Mais au niveau fédéral, les articles 55 et 55.1 interdisent cette pratique.

¹²²³ Dans ce cas, le consommateur est incité à acheter un bien qui ne lui est pas utile en contrepartie d'une prime ou d'un bonus. Ce n'est pas la pratique qui est prohibée, mais sa publicité. Voir l'article 232 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

¹²²⁴ Il s'agit de sollicitation par téléphone en vue de promouvoir directement ou non la vente d'un produit ou d'un service. Le phénomène a connu une véritable explosion qui n'a pas été sans susciter des plaintes à tel point que la loi est intervenue pour organiser la pratique, notamment à l'article 52 de la *Loi sur la concurrence*.

¹²²⁵ Jouant un rôle très important dans la publicité des produits et services, la loi est intervenue afin d'en réguler l'usage. Voir l'article 206 du Code criminel et l'article 52.1 (3) de la *Loi sur la concurrence*.

¹²²⁶ Voir l'article 248 qui interdit cette pratique. Également, les analyses de Nathalie JACKSON, « La publicité commerciale destinée aux enfants », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif, supra*, note 984, p. 69-74.

¹²²⁷ « Lorsqu'un commerçant, un fabricant ou un publicitaire se livre en cas de vente, de location ou de construction d'un immeuble à une pratique interdite ou, dans les autres cas, à une pratique interdite visée aux paragraphes a et b de l'article 220, a, b, c, d, e et g de l'article 221, d, e et f de l'article 222, c de l'article 224, a et b de l'article 225 et aux

sanction des pratiques commerciales interdites a pour but premier l'organisation du marché. Il n'en reste pas moins vrai que cette disposition établit un lien direct avec le contrat. En fait, cette partie de la *Loi sur la protection du consommateur* comporte de nombreuses interdictions qui peuvent avoir un impact direct ou indirect sur l'information du contractant. L'interdiction de certaines pratiques commerciales, dans la chaîne de production-distribution-consommation, notamment des messages publicitaires, des annonces, des dépliants ou encore des pratiques de comparaison avec les concurrents, y contribue aussi. En adoptant des mesures tendant à surveiller la conduite des entreprises sur le marché, le législateur espère assurer et garantir, de manière objective, le droit à l'information du consommateur. Par ailleurs, la normalisation de l'opération de consommation se situe à un niveau de protection plus général, puisqu'il vise d'un côté les prix, les salaires ou les loyers, avec pour ambition plus large de réguler la qualité et la sécurité des biens et services, autant que la santé, la sécurité et les droits des individus¹²²⁸.

C Le contrôle du prix des services, des produits et biens de consommation

Pratiques anticoncurrentielles collectives prohibées. Le consommateur s'attend en principe à payer une contrepartie financière raisonnable pour les biens ou les produits qu'il acquiert. C'est pour répondre à ce désir que l'État a mis en place de nombreuses procédures juridiques ayant pour buts déclarés ou non de contrôler le prix. En tentant d'assurer le libre jeu de la concurrence, il espère ainsi aboutir à des prix reflétant davantage ceux dictés par le marché. Les procédés commerciaux anticoncurrentiels individuels peuvent avoir un impact sur le prix¹²²⁹. Sur le plan collectif, il arrive que les commerçants mettent en place entre eux des structures qui non seulement déjouent le jeu loyal des échanges, mais influent ultimement sur le prix que le consommateur aura à déboursier. Toutes ces pratiques peuvent en arriver à rendre les prix abusifs. C'est pour éviter une telle situation que le législateur assure le contrôle des regroupements entre commerçants tels que la fusion, l'abus de position dominante et, plus largement, les ententes anticoncurrentielles. Sont visés en général les complots entre les commerçants en vue d'échanger

articles 227, 228, 229, 237 et 239, il y a présomption que, si le consommateur avait eu connaissance de cette pratique, il n'aurait pas contracté ou n'aurait pas donné un prix si élevé ».

¹²²⁸ Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 11-14.

¹²²⁹ L'étiquetage informatif des produits de consommation, les techniques de mise en marché ou les procédés de vente, les fausses représentations sur le prix ou encore la publicité trompeuse.

ou de communiquer entre eux des informations¹²³⁰. Les regroupements ne sont pas en soi interdits par la loi¹²³¹. Cependant, en vue de protéger le consommateur, il faudrait éviter que ces concentrations de forces ou d'idées donnent trop de pouvoirs au commerçant qui peut alors fixer des prix et des conditions de vente abusifs au consommateur. Il faut cependant relativiser la portée de cette affirmation, car même en présence de différents concurrents, les prix peuvent s'avérer abusifs¹²³². C'est la raison pour laquelle la régulation du libre jeu de la concurrence peut s'avérer incomplète, de sorte que, paradoxalement, l'autorisation des monopoles peut avoir ultimement pour justificatif la protection du consommateur.

Instauration de monopoles, de corporations et action directe sur le prix. Par opposition avec les analyses ci-dessus, l'État peut choisir d'instaurer des monopoles ou de favoriser le développement des corps professionnels ayant, entre autres pour but de contribuer à la sauvegarde des intérêts du consommateur¹²³³. Par ailleurs, la reconnaissance des monopoles peut être ou non accompagnée d'une intervention directe sur le prix ou du recours à la technique de

¹²³⁰ C'est le complot qui est spécialement visé par l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. On n'exigera donc pas forcément la preuve que la concurrence a été perturbée dans les faits. Voir *The Queen v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.

¹²³¹ On fait référence ici spécialement à la Loi fédérale sur la concurrence. Certaines ententes sont d'ailleurs autorisées et valables, notamment certains accords de spécialisation aux articles 85 et s.

¹²³² L'un des exemples tout à fait d'actualité au Québec et au Canada concerne les services de téléphonie mobile dans lesquels il existe pourtant plusieurs fournisseurs. Or, le rapport international publié par l'OCDE en 2006 positionne le Canada comme l'un des pays où les frais de téléphonie cellulaire coutent le plus cher au sein de sociétés comparables. Voir les rapports biannuels de l'OCDE (*OECD Communications Outlook*); Berkman Center for Internet and Society at Harvard University, *Next Generation Connectivity: A review of broadband Internet transitions and policy from around the world*, octobre 2009; Bank of America Merrill Lynch, *Global Wireless Matrix 3Q11: Look beyond the macro storm*, septembre 2011; SeaBoard Group, *Long Term Evolutionary Challenge: Limiting Wireless Carrier Gluttony*, février 2012. Il y a à ce propos un projet de loi fédérale visant à imposer aux compagnies des mesures permettant de réduire les coûts des services. Lorsqu'on connaît l'importance du téléphone cellulaire dans le budget du consommateur, cela peut expliquer le désir d'intervention du gouvernement. Cependant, il faudrait mentionner que d'autres chercheurs estiment que les prix au Canada sont dans la moyenne. Voir Yves RABEAU, *Le secteur canadien des services sans fil est-il concurrentiel?*, *Les notes économiques*, Institut économique de Montréal, 2012, consulté en ligne le 30 avril 2015. Voir http://www.iedm.org/files/note1012_fr.pdf. L'auteur estime qu'il ne serait pas bon que des prix soient imposés dans ce secteur afin de ne pas réduire les investissements qui doivent y être opérés, le niveau et la qualité du service. L'argument n'est pas forcément convaincant, car les prix bas pratiqués ailleurs ne révèlent pas une qualité de service médiocre. Quelquefois, c'est tout le contraire! Même si on peut rétorquer que le Canada est bien plus grand en superficie que la France ou certains pays en Europe.

¹²³³ Voir Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit de la consommation », dans Pierre Claude LAFOND (dir). *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34, p. 51-52. Un choix qui peut être discutable, si on s'en tient au rapport de l'OCDE de juin 2012, la pratique corporative visant à réduire la concurrence dans le domaine des services professionnels a eu pour effet d'augmenter les coûts des services qui sont beaucoup plus élevés par rapport aux pays dans lesquels il n'existe pas de corporation. Voir *Le rapport d'étude économique de l'OCDE CANADA*, synthèse de juin 2012, p. 25, en ligne le 20 mars 2015, <file:///C:/Users/JOELLE/Downloads/etude-economique-canada.pdf>. Celui de 2014 ne revient pas sur la question. Voir http://www.oecd.org/fr/eco/etudes/Synth%C3%A8se_CANADA_2014.pdf.

tarifs règlementés. Il peut arriver que le contrôle des prix fasse intervenir directement l'État ou un organisme étatique¹²³⁴. Le désir de protéger le consommateur peut justifier que l'État prenne directement le contrôle des prix. Historiquement, ce type d'action directe de l'État sur les prix intervenait en période exceptionnelle, notamment de guerre, de crise ou de tension socio-économique interne¹²³⁵. Il peut intervenir dans des domaines plus ou moins sensibles ou vitaux tels que les services de communications, les transports, l'énergie, l'habitation, l'alimentation ou les services professionnels, et même les services publics¹²³⁶. Toute chose qui peut déboucher sur un contrôle rigide des prix.

Le contrôle rigide des prix. L'action de l'État sur les prix peut être plus agressive, puisqu'il peut aller jusqu'à dicter le prix ou accorder des conditions favorables concernant le prix de certains biens, produits ou services¹²³⁷. L'État intervient dans certains secteurs afin d'imposer soit des mécanismes de contrôle de l'évolution du prix, soit en fixant et imposant un prix¹²³⁸. Ce qui équivaut à deux types de politiques : celle du prix plafond¹²³⁹ ou celle du prix plancher¹²⁴⁰. L'idée est de permettre au consommateur d'avoir accès à quelques biens et services de base, en évitant la pratique de prix abusif. Toutefois, l'intervention directe sur les prix n'est pas homogène. Elle peut être très rigide dans des domaines qui paraissent sensibles, et très souple en ce qui concerne d'autres situations. Le contrôle direct sur le prix est surtout utilisé pour réduire le déséquilibre qui

¹²³⁴ De manière générale, les économistes contemporains sont réticents à l'idée d'une intervention sur les prix qui doit être le résultat du fonctionnement normal du marché. Toutefois, étant donné que le marché ne fonctionne pas toujours correctement, il semble que le débat porte davantage aujourd'hui, moins sur le principe même d'une intervention que sur les formes et le caractère direct ou indirect de celle-ci. En outre, plus que les deux autres types d'intervention sur le prix, l'action directe de l'État est certainement la plus contestée dans un contexte dominé par le libéralisme économique. Par ailleurs, l'action sur les prix peut aussi bien avoir pour effet de relever le prix plancher à la hausse pour l'adapter à l'inflation, qu'avoir pour objectif de réduire les effets néfastes de l'inflation et de contenir celle-ci. D'une manière générale, au Québec et au Canada, ce n'est pas tant le prix qui est directement contrôlé que les pratiques autour du prix. Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation*, supra, note 62, p. 514 et s. Une posture préventive qui n'est pas toujours efficace. Voir Sophie BAUDOIN, « Des frais cachés partout, partout, partout! Le consommateur averti compare les prix avant d'acheter. Mais voilà: plus moyen de connaître le véritable prix des choses. Haro sur les frais cachés qui vident vos poches! », (2008) 31 Juin *Affaires Plus* 26.

¹²³⁵ Voir Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, supra, note 920, n°202.

¹²³⁶ Ajoutons les relations de travail. Bien qu'on dépasse le cadre de la protection du consommateur, la logique de contrôle des prix reste similaire. Voir Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 50 et s.

¹²³⁷ *Ibid.*, p. 50 et s.

¹²³⁸ On peut penser à certaines denrées alimentaires de base qui ne sont pas taxées, ce qui est aussi une manière d'agir sur les prix. Ce qui contraste avec certains produits qui sont souvent, pour d'autres motifs, surtaxés. Nous pensons ici à la surtaxe environnementale sur les produits informatiques en vigueur au Québec.

¹²³⁹ La régulation des loyers en est un bon exemple par les recommandations faites annuellement par la Régie du logement sur le pourcentage maximum applicable à l'augmentation des loyers.

¹²⁴⁰ L'exemple le plus illustratif de cette pratique est probablement l'instauration du salaire minimum.

caractérise les parties et le pouvoir que possède l'une d'elles de dicter le prix à l'autre afin d'en arriver à un prix raisonnable.

La recherche d'un prix raisonnable. Il est vrai que plusieurs autres éléments entrent en ligne de compte dans la décision du consommateur d'acquérir un bien, en tout cas, le montant de la contrepartie à payer y joue un rôle important. Le contrôle direct des prix par la pratique des tarifs règlementés peut, dans une certaine mesure, en arriver à assurer au consommateur un prix raisonnable. De même, l'instauration d'une situation de monopole peut être justifiée par le désir de fournir au consommateur un service de qualité supérieure et dans des conditions raisonnables¹²⁴¹. Néanmoins, lorsque ce choix est opéré dans un contexte de monopole, cela peut, en fin de compte, présenter de nombreux désavantages pour le consommateur. En fait, le manque de concurrents fait en sorte que le consommateur n'a d'autres choix que de prendre le service offert par l'unique fournisseur qui a le pouvoir de lui imposer tant le prix que les modalités. Il est vrai que lorsqu'il s'agit de corps professionnels, le client a toujours le choix entre plusieurs d'entre eux. Il n'en reste pas moins vrai que la logique de corps tend d'abord à protéger les membres et éventuellement l'utilisateur. Le contrôle du prix des biens et services est un réel enjeu dans la protection du consommateur. Il en va tout autant de leur sécurité et de leur durabilité qui ont pour objectif le contrôle de la qualité des biens, des produits et des services.

D Le contrôle de la qualité des biens et des services de consommation

Le droit à des biens et services de qualité. Les attentes du consommateur se sont avérées grandes en termes de qualité des biens et services. C'est qu'il attend désormais des biens et services qu'il acquiert la sécurité et la durabilité¹²⁴². En ce qui concerne les biens et les produits, de nombreuses dispositions, tant à l'intérieur de la *Loi sur la protection du consommateur* que dans d'autres lois fédérales, tendent à la réalisation de ces objectifs. L'étiquetage informatif donne des renseignements précis au public portant sur les caractéristiques des produits et biens qu'il acquiert, afin de protéger l'acquéreur des éventuels dangers sur sa santé et sa sécurité¹²⁴³.

¹²⁴¹ Voir Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34, p. 52.

¹²⁴² *Ibid.*, p. 50

¹²⁴³ Tel est l'un des objectifs mentionnés à l'article 3 de la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, L.C. 2010, ch. 21.

L'État possède deux niveaux d'intervention : le contrôle de la mise en marché et l'imposition de normes de sécurité applicables à tous les produits mis sur le marché, autant ceux fabriqués sur place que ceux provenant de l'étranger. La loi intervient au niveau de la nature, de la conception, de la fabrication ou de la production des produits. Les biens et produits peuvent en plus faire l'objet d'inspection. Les incidents doivent être communiqués au ministre et le fabricant peut être obligé de rappeler un produit¹²⁴⁴. En matière d'aliments, les exigences d'étiquetage informatif ont pour but la sécurité des produits¹²⁴⁵. Il en est de même pour le contrôle de l'étiquetage des médicaments¹²⁴⁶. Concernant les véhicules automobiles, la *Loi sur la sécurité automobile* prévoit des normes de sécurité à respecter et l'obligation pour le fabricant ou le vendeur d'avertir l'acheteur de tout défaut de conception ou de fabrication. Signalons que la *Loi sur les poids et mesures* établit un système uniforme de mesurage applicable aux services et aux biens. Elle prévoit les normes à respecter en termes de quantité des produits, de normes de conception, de fabrication ou du bon fonctionnement des instruments de pesage. En outre, les produits agricoles doivent respecter les normes de qualité dont les critères sont énoncés par la loi¹²⁴⁷. On retrouve la même exigence de qualité spécialement règlementée dans certains contrats.

Mesures générales de contrôle de la qualité dans les contrats spécialement règlementés. Le contrôle de la qualité porte sur les biens et sur les services. C'est dans cette optique que la *Loi sur la protection du consommateur* organise le contrôle de l'activité des commerçants qui offrent des services spécifiques, et pour cela, règlemente les contrats concernés. Le législateur intervient pour prévoir des mesures générales applicables à la location à long terme d'un bien, la vente ou le louage à long terme d'automobiles et de motocyclettes¹²⁴⁸. Dans ce dernier cas, il impose au commerçant une obligation de divulgation et organise la garantie légale de bon fonctionnement du véhicule¹²⁴⁹. Dans le domaine de la réparation d'automobiles et de motocyclettes, la *Loi sur la protection du consommateur* s'attèle à organiser l'évaluation, la facturation, le paiement et la

¹²⁴⁴ Voir les articles 14, 15, 19 et 21.

¹²⁴⁵ Spécialement en ce qui concerne la composition des produits qui conditionnent leur mise sur le marché. Voir Françoise MANIET, « Qualité et sécurité des produits de consommation », dans Françoise Maniet (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, supra*, note 1149, p. 89-112.

¹²⁴⁶ Ils sont soumis au Règlement sur l'étiquetage des médicaments et des poisons qui impose aux pharmaciens de nombreuses exigences notamment en matière de sécurité.

¹²⁴⁷ Voir la *Loi sur les produits alimentaires*, L.R.Q., c. P-29.

¹²⁴⁸ Voir les articles 150.1 et s. de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.

¹²⁴⁹ Voir les articles 155, 156 et 164 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.

garantie légale. Le service de réparation des appareils ménagers est soumis quant à lui à des exigences similaires à celles liées à la réparation d'automobiles et de motocyclettes¹²⁵⁰. D'autres services sont également règlementés au sein de la *Loi sur la protection du consommateur* notamment la vente d'une carte prépayée¹²⁵¹ ou l'enseignement, l'entraînement ou l'assistance¹²⁵². Par ailleurs, le législateur est convaincu que la meilleure manière de protéger le consommateur est de considérer que l'existence d'une double convention dans une transaction ne constitue que les éléments d'une seule et même opération. Le contrat à exécution successive de service fourni à distance est une autre catégorie prévue par la *Loi sur la protection du consommateur*. Dans ce cas, la loi s'attèle à organiser la formation, l'exécution et la résiliation du contrat¹²⁵³. Des mesures spéciales sont prises en ce qui concerne le dépôt de garantie¹²⁵⁴. Étant donné son importance, le contrat de crédit fait l'objet d'un intérêt particulier.

Le contrat de crédit. L'un des domaines clés de la société de consommation est le phénomène de crédit qui comporte des risques importants dont le consommateur inexpérimenté et mal informé ne mesure pas toujours la portée avec clarté¹²⁵⁵. La *Loi sur la protection du consommateur* consacre un bon nombre de règles encadrant le contrat de crédit¹²⁵⁶. Elle prévoit d'abord des mesures générales relatives à la formation et à l'exécution du contrat. Le commerçant qui offre un produit ou un service à crédit doit s'assurer de la capacité du consommateur à rembourser le montant emprunté¹²⁵⁷. L'évaluation financière imposée au commerçant lui intime, entre autres

¹²⁵⁰ Voir les articles 168, 174 et 181 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.

¹²⁵¹ Voir le nouvel article 187.1 qui a été ajouté et qui concerne les paiements faits en avance.

¹²⁵² Signalons que dans cette hypothèse, deux contrats interviennent dans le processus : un contrat principal et un contrat accessoire. Un schéma que l'on peut retrouver, par exemple, dans l'achat à crédit qui implique un double engagement dans le cadre du contrat de vente et l'emprunt. Les deux étant intimement liés. La *Loi sur la protection du consommateur* choisit pourtant de les traiter comme un ensemble indissociable. Voir les articles 188 et s.

¹²⁵³ Voir les articles 214.1 et s.

¹²⁵⁴ Par ailleurs, il ne faut pas négliger les services publics dont certains sont soumis à la *Loi sur la protection du consommateur*, et d'autres font l'objet de législations spécifiques. Pensons ici au service de fournitures de gaz ou d'électricité pour lesquelles le consommateur attend donc non seulement un prix raisonnable mais une qualité de service de choix.

¹²⁵⁵ Voir le rapport publié par Statistique Canada le 23 mars 2012, <http://www.statcan.gc.ca/pub/75-001-x/2012002/article/11636-fra.pdf>

¹²⁵⁶ La législation fédérale intervient également en cette matière notamment par la Loi sur les banques et le règlement sur le coût d'emprunt. Ce qui se justifie par la dimension nationale du problème, mais aussi parce que les banques relèvent de la compétence du gouvernement fédéral. La question s'est d'ailleurs posée de savoir s'il n'était pas de l'intérêt des consommateurs que celles-ci soient assujetties aux lois provinciales en matière de protection du consommateur. Les banques avaient soulevé dans de nombreuses affaires l'inapplicabilité des lois provinciales. La Cour d'appel a conclu non seulement que cela était possible, mais qu'il existe entre les deux niveaux de législation, une « harmonie des encadrements ». Voir *Banque de Montréal c. Marcotte*, [2012] R.J.Q. 1541 (C.A.), paragr. 106.

¹²⁵⁷ Lorsqu'on sait que de nombreux autres facteurs influencent la décision de l'acquéreur de consommer à crédit, il n'est pas certain qu'il mesure toujours les dangers et les implications d'un tel choix. Voir les analyses de Gabrielle ROEHL,

et selon la situation, de vérifier la capacité de rembourser le montant dû, car le paiement peut s'étendre sur une période plus ou moins longue. Il doit également vérifier le dossier de crédit ou encore les conditions de renouvellement du crédit. Le commerçant qui offre de payer à crédit doit respecter des règles liées à l'information du consommateur. Le consommateur doit être informé de la nature de sa convention et des différentes modalités d'exécution, notamment les taux d'intérêt, le coût final, la période maximale, les mensualités, le montant des taxes ou encore les frais de retard¹²⁵⁸. Le commerçant doit l'aviser de la possibilité qu'il a de revenir sur sa décision dans les deux jours qui suivent la signature du contrat, sans frais ni pénalité, conformément à l'article 73 de la Lpc¹²⁵⁹. Au surplus, la formation du contrat est soumise à un formalisme strict¹²⁶⁰ même si le contrat de crédit est un processus standardisé. Pour ce qui a trait à l'exécution du contrat de crédit, la loi précise plusieurs points, tant pour préserver les attentes du consommateur que pour garantir le paiement du commerçant. Ainsi, l'exigibilité de la dette peut être synchronisée¹²⁶¹. La loi suppose qu'il existe entre le contrat de financement et le contrat de vente une relation d'interdépendance¹²⁶². Elle offre au consommateur la possibilité de payer sa dette par anticipation¹²⁶³. Cependant, en cas de non-respect de son obligation, le consommateur s'expose à la déchéance du bénéfice du terme, bien que le commerçant ne puisse l'exercer de

« Crédit à la consommation et de l'endettement des consommateurs », dans Françoise Maniet (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, supra*, note 1149, p. 145-154. Ce désir de protéger le contractant qui acquiert des biens précis ne se retrouve pas seulement dans la Loi sur la protection du consommateur. Sans être forcément considérées comme des lois consuméristes, certaines dispositions légales relèvent d'une logique semblable. Il en va ainsi des articles 1982 et s. du *Code civil du Québec* portant sur le contrat de louage d'habitation résidentiel. Il est vrai que cette partie a été ajoutée au Code à la différence de la *Loi sur la protection du consommateur*, mais elle est longtemps restée en marge dans différentes lois. Au contrat de louage résidentiel, on pourrait ajouter les services d'assurances dont l'importance n'est plus à démontrer. Sans être considéré comme faisant partie du droit de la consommation, sauf si on l'entend de manière très large, le contrat d'assurance bénéficie aussi de dispositions favorables à l'assuré.

¹²⁵⁸ Voir à ce propos, l'autorisation d'intenter un recours collectif dans *Option consommateurs c. Brick Warehouse*, 2012 QCCA 569 (CanLII), paragr. 7. Autorisation de recours collectif introduit contre Brick qui mentionnait dans sa publicité le slogan selon lequel, au moment de l'achat, « *Vous ne payez absolument rien! Pas même les taxes! Pour X mois!* », « *Plus! Ne payez pas pour X mois!* ». Pourtant, dans les faits, l'acheteur qui se prévalait de ce programme de financement devait acquitter des frais d'adhésion annuels.

¹²⁵⁹ Cependant, cette faculté ne s'applique pas en matière de crédit variable, le contrat étant à durée déterminée et le contrat pouvant être résolu à tout moment par le consommateur.

¹²⁶⁰ Un écrit est exigé aux articles 23, 33 et 80. Il existe divers types de formulaires à utiliser pour chaque catégorie de contrat de crédit concerné.

¹²⁶¹ Ce qui permet aux parties de décider du report du paiement de l'obligation. Mais la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit les cas dans lesquels les frais de crédit ne sauraient être exigés aux articles 85 et 86.

¹²⁶² La mesure est d'autant plus appropriée qu'on a tout le temps noté la difficulté du consommateur de saisir la complexité des opérations financières dans lesquelles il est impliqué. Il ne faut donc pas que le consommateur perde ses droits et privilèges en cas de cession ou l'inclusion de clause d'exonération, voir les articles 8, 9, 61, 73, 103, 107 ou 109 de la Lpc. On retrouve aussi cette connexité dans le contrat de crédit passé dans le cadre d'un contrat conclu avec un commerçant itinérant à l'article 62 de la Lpc en ce qui concerne le prêt d'argent à l'article 116.

¹²⁶³ Voir l'article 93 de la Lpc.

manière arbitraire¹²⁶⁴. À côté du contrat de crédit en général, le crédit à la consommation a suscité une attention particulière de la part du législateur.

Le crédit à la consommation. En matière de crédit à la consommation, le législateur parie, d'une part, sur l'obligation qu'a le commerçant de s'assurer de l'impact de l'endettement sur la situation financière du consommateur et, d'autre part, sur sa capacité, une fois bien informé, de s'engager en toute connaissance de cause. Or, une fois les procédures respectées, doit-on conclure qu'en matière de crédit, le consommateur moyen est celui qui comprend les dangers liés à un tel engagement? La réponse n'est pas simple, et ce, d'autant plus que l'obligation d'information du banquier, notamment, n'est qu'une obligation de prudence et de diligence. Tout ce que le législateur lui impose est de transmettre et de vérifier des informations spécifiques selon les usages ayant cours dans l'institution financière concernée ou dans le milieu bancaire. En fin de compte, le consommateur reste responsable de son crédit et doit avoir une attitude qui y est conforme. Cependant, certaines études montrent qu'il n'en saisit véritablement ni les tenants, ni les aboutissants¹²⁶⁵. Malgré les apparences en matière de crédit à la consommation, la logique de responsabilisation du rapport contractuel demeure dominante, et ce, malgré les conséquences désastreuses du surendettement des ménages. Ce qui explique en partie le refus d'imposer aux institutions financières une obligation de conseil comme recommandé dans le projet de loi 24¹²⁶⁶. Ceci se comprend en grande partie parce qu'en dépit des efforts fournis pour mieux protéger le consommateur, l'État est tiraillé entre la protection effective de ce dernier et la nécessité de stimuler la croissance par l'endettement justement, notamment dans les achats de consommation¹²⁶⁷. Ce qui explique par ailleurs qu'il préfère mettre en place des dispositifs de contrôle et de régulation.

¹²⁶⁴ Les événements étant à son origine doivent alors être clairement indiqués dans le contrat. Voir *Banque Nationale du Canada c. Martin*, J.E. 98-1837 (C.Q.). Contrat soumis à un formalisme important, notamment aux articles 14, 150.13, 105, 68, 69 et 69.7 de la Lpc.

¹²⁶⁵ Voir Manon LACOURSE, « Résultats d'un sondage sur l'endettement et la sollicitation au crédit », dans *Endettement des consommateurs : chronique d'une catastrophe annoncée, acte du colloque international sur la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 29-36.

¹²⁶⁶ Il s'agit en fait de la *Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*. Il faudrait surtout, comme le suggère un auteur dépasser la logique de protection par l'information passive pour adopter des moyens plus actifs. Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Pour une approche globale et intégrée de la protection du consommateur surendetté », dans *Endettement des consommateurs : chronique d'une catastrophe annoncée, actes du colloque international sur la consommation, supra*, note 1265, p. 111-128.

¹²⁶⁷ Ce n'est pas tant la possibilité de changer l'appréciation de l'obligation d'information et du rapport contractuel qui est difficile en pratique, mais les choix politico-économiques que cela impliquerait. Une autre approche du droit de la

Para II Le dispositif de régulation du droit de la protection du consommateur

Du contrôle social à la régulation de l'opération de consommation. En principe, comme Michel Crozier l'explique, la régulation doit être distinguée du contrôle social¹²⁶⁸. L'auteur indique que si le concept de contrôle social a été dominant dans la sociologie depuis Durkheim, il faut aujourd'hui le distinguer de la régulation. Ainsi :

Quand on passe du concept de contrôle social au concept de régulation, on met l'accent toutefois non plus sur la détermination du comportement par les normes que la société leur impose directement ou indirectement, par contrainte ou par manipulation, mais sur les mécanismes et les normes qui se développent dans les rapports que les individus entretiennent les uns avec les autres. Les régulations que tout système humain génère orientent ses membres de sorte que le système puisse se maintenir¹²⁶⁹.

Le propos de l'auteur peut donner l'impression d'une rupture entre les deux. Quant à nous, nous utiliserons l'expression d'une manière large. En fait, les règles de protection du consommateur relèvent simultanément du contrôle social et de la régulation au sens restreint du terme. En fait, la notion d'attente légitime du consommateur resterait lettre morte si les différentes mesures et normes édictées par le législateur n'étaient pas accompagnées de sanctions et d'autorités chargées d'en contrôler le respect. L'originalité de ce dispositif résulte de la diversité des sanctions qui ne sont pas seulement de nature contractuelle ou civile, mais également administrative, pénale et même disciplinaire. Elle provient en plus d'acteurs tant publics que privés qui participent directement ou indirectement à la protection du consommateur. La singularité de ces règles découle par ailleurs de ce que les sanctions sont à la fois curatives et préventives.

consommation de crédit paraît opportune. Ce d'autant plus qu'il ne faut pas oublier que si l'endettement soutient la croissance, il est en même temps la principale cause des crises financières à répétition qu'a connues l'économie depuis quelques années. Bien que la gravité et les impacts de ses crises soient diversement répartis, il n'en reste pas moins que c'est peut-être le modèle même qu'il faudrait repenser. Toute chose qui ne saurait être envisageable tant que la consommation à crédit est d'abord considérée comme un élément du bon fonctionnement du marché. Voir Thierry BOURGOIGNIE, « Pour une approche globale et intégrée de la protection du consommateur surendetté », dans *Endettement des consommateurs : chronique d'une catastrophe annoncée*, acte du colloque international sur la consommation, *supra*, note 1265, p. 111-128. L'auteur reprend le thème du crédit responsable qui n'implique pas pour autant un changement de paradigme.

¹²⁶⁸ Voir « Les problèmes de la régulation dans les sociétés complexes modernes », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 131-135.

¹²⁶⁹ *Ibid.*, p. 131.

A Les fonctions curative et préventive des sanctions des lois de protection du consommateur

La pertinence des sanctions dans la protection du consommateur. Le sort réservé aux sanctions semble quelques fois d'un apport secondaire en ce qui concerne la protection du contractant vulnérable et, plus largement, de l'idée de justice contractuelle. Il n'en est rien. D'ailleurs, l'étude de la justice contractuelle peut être intimement liée à celle des sanctions qui ont pour but d'en assurer l'efficacité¹²⁷⁰. Offrir une protection efficace aux attentes légitimes du consommateur par un arsenal de lois et de règlements dont les dispositions relèvent essentiellement de l'ordre public est étroitement tributaire des sanctions prévues par ces textes. La protection accordée par ces lois resterait lettre morte si les personnes visées pouvaient, sans risquer de sanctions, oser en violer le contenu. Ces dernières sont toutefois envisagées d'une manière originale puisqu'elles sont constituées à la fois de sanctions dont le but est de prévenir le comportement répréhensible, et de sanctions curatives permettant de réparer le dommage. Le système de protection du consommateur démontre la diversité et le niveau de sévérité des remèdes utilisés par le législateur. Ces sanctions sont de quatre principaux types : civiles et punitives, administratives et pénales. À cela, il faudrait ajouter le rôle non négligeable des méthodes alternatives de résolution des conflits¹²⁷¹. Toute chose qui permet surtout de dépasser la distinction classique entre ordre public de protection et de direction.

Par-delà l'opposition entre ordre public de protection et ordre public de direction. Ce n'est pas tant la description des différentes sanctions qui nous intéresse que la logique sous-jacente et les finalités des choix opérés par le législateur. Dans ce sens, il faut admettre qu'il n'est pas évident de se retrouver, surtout si l'on part des catégories habituellement utilisées en matière de sanction des lois d'ordre public, et plus précisément de la distinction doctrinale, reprise par la jurisprudence, entre ordre public de protection et ordre public de direction¹²⁷². Ces deux aspects des lois impératives ont souvent été présentés par une bonne partie de la doctrine comme étant

¹²⁷⁰ Voir Michelle CUMYN. « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leur finalité, leur efficacité », *supra*, note 52, 1-85.

¹²⁷¹ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation*, *supra*, note 62, p. 589-610.

¹²⁷² Voir *Garcia Transport c. Cie Royal Trust*, [1992] 2 R.C.S. 499. La notion d'ordre public est loin d'être univoque ou stable. Évolutive et adaptative, elle intervient aujourd'hui aussi bien en matière politique, sociale, qu'économique, et elle n'est pas d'une appréhension aisée.

en opposition, du moins comme devant être distingués. Or, la prise en compte et la protection accordée par le législateur aux attentes légitimes du consommateur mettent en doute une telle présentation¹²⁷³. En effet, le contrat ne peut être envisagé dans toute sa complexité sans y intégrer l'idée qu'il s'agit avant tout d'un fait social. La vulnérabilité du contractant étant alors à la fois individuelle et collective. Garantir les intérêts du consommateur relève désormais des préoccupations individuelles et sociales. À partir de là, la protection de la partie vulnérable peut alors résulter autant des lois ayant une finalité sociale, et donc d'intérêt général, que de celles orientées vers des intérêts particuliers. Plus encore, dire que le contrat est un fait social suppose un dépassement de l'opposition entre ces deux catégories d'intérêts, les seconds pouvant être totalement ou partiellement intégrés dans les premiers¹²⁷⁴. Cela suppose alors qu'un même corps de règles peut poursuivre autant la protection des intérêts catégoriels que collectifs¹²⁷⁵. Par conséquent, seules les finalités de la loi doivent être prises en compte en vue de déterminer ce qui résulte de l'ordre public de protection ou de direction¹²⁷⁶, notamment de l'utilité sociale et de la justice contractuelle¹²⁷⁷. Ce n'est pas parce qu'une loi peut être insérée dans un ensemble

¹²⁷³ La remarque pourrait être étendue à d'autres types de protection, fussent-ils catégoriels, tels que le logement ou les relations de travail. Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 1-85.

¹²⁷⁴ Sur la distinction entre intérêts particuliers et intérêts généraux, on lira l'analyse de Bjarne MELKEVIK, « Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires », dans *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2005, p. 117 et s.

¹²⁷⁵ Michelle Cumyn soutient justement qu'on peut déceler dans nombre de lois relevant de l'ordre public de direction, le désir du législateur de protéger par la même occasion certaines catégories de contractants faibles. Voir « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 26 et s. Dans le même sens, le titre de la *Loi sur la protection du consommateur* peut porter à une certaine confusion, il y a pourtant, dans ces dispositions législatives, des aspects qui relèvent de l'ordre public de direction et qui sont utilisés dans le sens de la protection des consommateurs. Voir les remarques de Maurice TANCELIN, *Les obligations en droit mixte du Québec*, *supra*, note 79, n°82.1, p. 78-79.

¹²⁷⁶ Une opération qui ne peut se faire dans l'abstrait, mais elle est loin d'être aisée. Il y a ceux qui contestent la distinction : voir René SAVATIER, « L'ordre public économique », (1965) *D. chr.* 7; Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Droit fondamental, Paris, PUF, 1998, n° 34; Fayez HAGE-CHAHINE, « L'ordre public dans l'économie, rapport général », dans *Trav. Assoc. H. Capitant. L'ordre public*, t. 49, Paris, LGDJ, 1998, p. 17 et s. Cependant, dans la doctrine dominante, la distinction s'est imposée. Voir Georges RIPERT, « L'ordre public économique et la liberté contractuelle », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, t. II, p. 347 et s.; Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, *supra*, note 563, n°156 et s.; Jacques CHEVALIER, « Rapport général », dans *Trav. Assoc. H. Capitant. Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Turin, 4-7 juin 1962, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 513-520; Jacques MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », dans Thierry Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 33 et s.; M.-M. MOHAMED SALAH, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur? », dans *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue? Mélanges Georges Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 262 et s. Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *supra*, note 497, n° 1024 et s.

¹²⁷⁷ Voir Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, *supra*, note 299, n° 338 et s.

qu'elle ne pourrait pas en même temps assurer une fonction de protection¹²⁷⁸. Un tel constat présente d'importantes conséquences sur le plan des sanctions et du rôle qu'elles jouent dans l'étude de la justice contractuelle. En effet, le désir de protéger le contractant vulnérable peut justifier le recours à des sanctions de diverses natures jusqu'à transcender les classifications traditionnelles entre la nature de celles-ci et une catégorie précise de l'ordre public. En réalité, pour atteindre cet objectif, le législateur va mettre en œuvre des sanctions variées, en fonction du rôle qu'il souhaite faire jouer à chacune d'elles et du moyen par lequel il entend parvenir au résultat escompté. L'approche législative peut être préventive. La sauvegarde des intérêts du consommateur présente alors des fonctions à la fois éducative, dissuasive et punitive. Lorsque la loi met en place des mesures qui tendent davantage à sanctionner ou réparer les dommages causés, on dira qu'elle est curative. Dans le premier cas, on retrouve les sanctions administratives, les injonctions en droit public, les sanctions pénales ou la nullité absolue. Dans la seconde hypothèse, on trouve la nullité relative, le recours pour inexécution, la déchéance d'un droit ou les mesures de solvabilité d'une partie. Le non-respect des attentes légitimes du consommateur peut faire l'objet soit d'une approche préventive en vue de favoriser sa protection en amont, soit dans une optique curative, afin de corriger les effets d'une éventuelle violation. Ces deux types de protection s'expliquent. Il ne suffit pas de tenter de prévenir la violation des attentes légitimes du consommateur, il faut encore s'assurer de remédier à une telle éventualité. Le législateur choisit de faire intervenir toute une panoplie d'instruments en vue de favoriser au maximum la protection du contractant vulnérable. Il convient de s'arrêter de manière plus détaillée sur le contenu des sanctions préventives.

Les sanctions préventives. Le principal but de la fonction préventive des sanctions est de favoriser le respect par les parties des dispositions légales. À cet égard, on a pu déceler les trois principaux rôles des sanctions préventives¹²⁷⁹. D'abord, la dimension dissuasive qui tend à décourager la violation de la loi, tant sur le plan individuel que collectif. Ensuite, la fonction punitive par

¹²⁷⁸ Nous avons d'ailleurs pu le constater tout au long de nos précédents développements, bien que la fonction de protection du consommateur qu'on a pu déceler ne soit dans de nombreux cas qu'un effet par ricochet et induit non pas toujours l'objectif directement visé par le législateur. Le défaut de prépondérance de la visée protectrice de la loi ne signifie pas qu'elle soit totalement absente. Par contre, cela peut influencer son efficacité. Marcel FONTAINE constate que « les règles protectrices de la partie faible peuvent également répondre à d'autres objectifs. L'effet protecteur n'étant parfois qu'un sous-produit ». Voir « Rapport de synthèse », dans Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, *supra*, note 9, p. 624.

¹²⁷⁹ Ces différents aspects ont été développés dans l'étude de Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 27 et s.

l'établissement d'une peine exemplaire, elle-même en lien avec l'acte fautif qui a été commis. L'article 272 Lpc constitue un bon exemple, car il prévoit qu'en plus de recours tels que l'exécution ou la réduction de l'obligation, la résolution, la résiliation ou la nullité du contrat, le consommateur peut demander, en sus des dommages-intérêts, les dommages punitifs. Enfin, la fonction pédagogique de la peine est axée, quant à elle, sur le désir de voir le contrevenant changer de comportement. À cette triple mission s'ajoute la nécessité de recourir à des peines privatives de liberté ou à la suspension des activités frauduleuses lorsque les autres mesures s'avèrent inappropriées. Dans tous les cas, les sanctions préventives sont très nombreuses.

Une multitude de sanctions. En ce qui concerne plus spécifiquement le droit de la consommation, la fonction préventive se manifeste sous une foultitude de sanctions. La *Loi sur la protection du consommateur* prévoit des sanctions administratives variées pouvant aller du simple avertissement¹²⁸⁰ au retrait de permis ou de l'agrément en passant par le refus de renouvellement. Dans certains cas, le contrevenant peut faire l'objet d'un contrôle par l'autorité de surveillance. L'intérêt des sanctions administratives réside dans la rapidité et la souplesse des procédés qui ne nécessitent pas la mise en œuvre d'un processus judiciaire long et coûteux¹²⁸¹. Les sanctions peuvent être pénales, notamment en ce qui concerne les infractions réglementaires. Le législateur a privilégié, en matière de protection du consommateur, le recours aux amendes¹²⁸². Ce n'est pas tant le besoin de condamner le contrevenant qui importe que la nécessité d'accentuer le caractère dissuasif de la sanction. En ce sens, Michelle Cumyn remarque que « pour l'individu, le blâme associé à cette condamnation revêtirait souvent un caractère plus dissuasif que la sanction elle-même. Pour la personne morale, la crainte d'une publicité négative pouvant lui faire perdre

¹²⁸⁰ À cet égard, les pouvoirs du président de l'Office de protection du consommateur créée dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur*, sont larges. Le président de l'OPC peut tenter d'obtenir un engagement volontaire de la part du contrevenant lorsque la probabilité d'une violation de la loi, quoique non établie, demeure élevée. Voir les articles 314 et s. Ce type de procédé contractuel de prévention et de rectification de la situation sur le marché présente de nombreux avantages, en termes de protection contractuelle du consommateur. Voir aussi l'étude de Guillaume TALBOT-LACHANCE, *L'engagement volontaire en droit québécois de la consommation*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2009.

¹²⁸¹ Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 32-33; Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation*, *supra*, note 62, p. 661.

¹²⁸² Voir les articles 277 et s. Toutefois, quelques fois des peines d'emprisonnement peuvent être prononcées. Notons ici que les autorités administratives ne disposent pas véritablement de pouvoirs judiciaires, spécialement en ce qui concerne le président de l'OPC qui doit transmettre le dossier au tribunal.

une partie de sa clientèle procurerait à la sanction pénale son caractère dissuasif »¹²⁸³. Pour autant, il ne faut pas croire que l'utilisation des sanctions pénales constitue la norme en matière de protection du consommateur, elle est plutôt la solution de dernier recours. Et puis, ce n'est pas toujours le moyen le plus efficace ni le moins cher, puisqu'on peut douter du véritable impact dissuasif de la publicité négative qui pourrait en résulter¹²⁸⁴. Pour ce qui est de la nullité absolue, prévue à l'article 1418 du *Code civil du Québec*, elle est sans doute la sanction civile qui se rapproche le plus de la nature contractuelle de l'opération de consommation. La nullité est une sanction grave dans la mesure où elle produit des effets rétroactifs qui obligent les parties à la *restitutio ad integrum*. Elle est surtout spécifique étant donné que toute personne ayant un intérêt, même si elle n'est pas partie au contrat, peut soulever cette forme de nullité¹²⁸⁵. Ne sont donc pas en jeu uniquement les intérêts des parties, mais également ceux de la société tout entière. Quelques sanctions sont plus importantes que d'autres, notamment l'injonction.

Les mesures disciplinaires. Le président de l'Office de la protection du consommateur peut s'adresser au tribunal afin qu'il fasse cesser les pratiques du commerçant qui contreviennent à la loi. Le tribunal peut rendre une ordonnance interdisant immédiatement et pour le futur la perpétuation de telles pratiques¹²⁸⁶. Il peut également prononcer des ordonnances rectificatrices dont le but est de rétablir la vérité sur une situation donnée¹²⁸⁷. En ce qui concerne les mesures disciplinaires, la situation est un peu spéciale, car l'organisation des corporations professionnelles a favorisé le développement d'une régulation à l'interne¹²⁸⁸. Les codes de déontologie prévoient souvent en cas de faute professionnelle, la constitution d'un syndic et la possibilité de réviser la décision rendue. La procédure mise en place peut déboucher sur diverses sanctions, allant du

¹²⁸³ Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 35.

¹²⁸⁴ L'une des principales critiques adressées au droit pénal en général n'est-il pas l'échec des supposés effets dissuasifs et persuasifs de sa fonction punitive et répressive. La question mérite au moins d'être posée. Voir Bruno DAYEZ, *À quoi sert la justice pénale?* Bruxelles, De Boeck & Larquier, 1999.

¹²⁸⁵ Il en est de même pour le procureur général, voir l'article 97-99 C.p.c.

¹²⁸⁶ Voir l'article 316 de *Loi sur la protection du consommateur*.

¹²⁸⁷ Voir l'article 317 de la Lpc qui mentionne que le tribunal a le pouvoir d'exiger la publication outre du jugement, des « corrections, les explications, les avertissements et les autres renseignements que le tribunal juge nécessaires pour rétablir la vérité concernant un bien ou un service ou une publicité faite à leur propos et ayant induit ou ayant pu induire les consommateurs en erreur ».

¹²⁸⁸ La liste pourrait être complétée par les mesures disciplinaires en ce qui concerne les relations de travail, mais également les services rendus par les professionnels, tels les notaires, les médecins, les avocats, les architectes et autres. Ces professionnels étant pour la plupart soumis à des codes de déontologie ou des Codes de profession dont l'un des objectifs est de protéger les usagers.

simple avis à la radiation définitive du tableau de l'ordre professionnel concerné, en passant par des suspensions temporaires. Pour ce qui est de la protection du public, cette forme de justice opérée par les pairs, en plus d'un statut juridique flou, peut donner l'impression de manquer à la fois d'impartialité et d'objectivité. On pourrait rétorquer que les professionnels intervenant dans le processus sont plus aptes à apprécier la faute de leurs collègues sur le plan déontologique¹²⁸⁹. La dimension procédurale de la protection du contractant est remarquable en ce qui concerne les sanctions préventives, puisqu'elles font intervenir un ensemble de procédures et d'organes étatiques de contrôle. Toute chose qui n'est pas sans révéler l'influence croissante des procédés de droit public et administratif, considérés comme étant plus efficaces dans la protection du consommateur. On peut en outre retrouver les traces du même phénomène dans le cadre des sanctions jouant plutôt un rôle curatif.

Les sanctions curatives. Les sanctions préventives tendent à éviter la violation de la loi en amont, quant aux sanctions curatives, elles ont une mission essentiellement punitive et réparatrice. Le préjudice causé par le non-respect de la loi appelle une réparation. Ces sanctions sont essentiellement de nature civile, en l'occurrence la nullité relative du contrat ou portant sur une clause précise ou encore le recours en cas d'inexécution de la part de l'une des parties. La première est la possibilité pour un contractant de soulever le non-respect d'une condition de formation du contrat pour y mettre un terme de manière rétroactive. La deuxième intéresse les cas dans lesquels l'un des contractants peut exciper le défaut d'exécution de l'autre partie pour résoudre le contrat, le résilier, demander la réduction de ses obligations, l'exécution en nature et même les dommages-intérêts. Ces sanctions ne peuvent être mentionnées que de façon générale, car le lecteur les retrouvera de manière détaillée dans les nombreux ouvrages généraux traitant du droit des obligations. Pour notre part, nous nous contenterons de mentionner que ces

¹²⁸⁹ Pour les questions d'indépendance, voir *Parizeau c. Barreau du Québec*, [1997] R.J.Q. 1701 (C.S.); *Landry c. Richard*, 2010 QCCA 1230 (CanLII). Les décisions des comités de discipline peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal des professions, dont le jugement peut ensuite être porté devant la Cour supérieure et faire enfin l'objet d'appel. Autant d'occasions de contrôler la norme applicable. Voir *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, paragr. 41 et 42; également *Schrier c. Tribunal des professions*, [2004] R.J.Q. 2432 (C.A.), paragr. 21 et 25; *Pigeon c. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090 (C.A.), paragr. 35 et 36; *Proprio-Direct inc. c. Pigeon*, J.E. 2006-1599 (C.A.), paragr. 52-54; *Laliberté c. Huneault*, 2006 QCCA 929 (CanLII), paragr. 9 et 15; *Millette c. Comité de surveillance de l'Association des courtiers d'assurances de la province de Québec*, J.E. 2006-1158 (C.A.), paragr. 30-31. Gilles DEVERS. Pour la doctrine, en France, « Un code de déontologie, pour quoi faire? », (2010) 10 *Droit Déontologie et Soins* 122-139. Il faut tout de même remarquer qu'une obligation déontologique peut ensuite justifier l'existence ou la reconnaissance au plan jurisprudentiel ou légal d'un devoir d'information ou de conseil. Voir Valérie SIRANYAN et François LOCHER, « Le devoir d'information et de conseil du pharmacien d'officine : de l'exigence déontologique à l'obligation légale », (2007) 85 *Médecine et Droit* 130-137.

sanctions civiles, à la différence de celles ayant un rôle préventif, n'ont rien de spécifique au caractère procédural de la protection du consommateur. Les sanctions préventives ont d'ailleurs été développées dans la mesure où le dispositif classique de protection semble sinon inapproprié, du moins requiert des moyens dont le consommateur ne dispose pas toujours étant donné les enjeux en présence. Trois autres catégories de sanctions ayant une mission curative peuvent être mentionnées. D'abord, la déchéance d'un droit ou une fin de non-recevoir. Ce type de sanction n'a pas souvent été utilisé en matière de protection du contractant vulnérable. Cependant, il connaît depuis quelques années un véritable succès¹²⁹⁰. D'ailleurs, on retrouve cette sanction dans le *Code civil du Québec* et dans la jurisprudence civile contemporaine concernant l'obligation de renseignement et la bonne foi¹²⁹¹. La *Loi sur la protection du consommateur* en fait appel à plusieurs reprises, notamment à l'article 97¹²⁹² en matière de contrat de crédit, à l'article 150.31 sur le louage à long terme¹²⁹³ et à l'article 179 concernant le droit de rétention d'une automobile donnée en réparation¹²⁹⁴. Ce qui traduit le désir du législateur de donner à ce mode de défense une plus grande place. La déchéance d'un droit se définit comme tout moyen tendant à faire déclarer la demande d'un adversaire irrecevable, sans examen au fond. Habituellement, elle est soulevée en cas de défaut de droit d'agir, notamment l'absence de qualité, d'intérêt, en cas de prescription, d'épuisement des délais, ou encore lorsqu'il y a chose jugée. En tant que loi d'ordre public, la fin de non-recevoir qui est prévue dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur* peut être soulevée d'office par le juge¹²⁹⁵. En plus, la loi ajoute non seulement les

¹²⁹⁰ Voir Daniel GARDNER, « Le point sur deux mécanismes aux contours mal définis : la novation par changement de débiteur et la théorie des fins de non-recevoir », (2002) 104 R. du N. 511.

¹²⁹¹ Cette sanction a été particulièrement utilisée en matière d'obligation d'information par la jurisprudence. Voir *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 355-358; *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. Losier*, J.E. 2001 254 (C.A.), paragr. 27-32; *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.), paragr. 32 et s. Elle a aussi été mise en lien avec le principe de la bonne foi dont la doctrine souligne l'originalité.

¹²⁹² « Le commerçant qui contrevient à l'article 96 perd le droit de réclamer du consommateur la somme mentionnée par ce dernier aux termes du paragraphe b de l'article 95 ainsi que les frais de crédit qui s'y appliquent ».

¹²⁹³ «Le consommateur est libéré de son obligation de garantie dans l'un ou l'autre des cas suivants : a) lorsque la valeur résiduelle du bien n'est pas précisée au contrat conformément à l'article 150.20; b) lorsque le commerçant aliène le bien en violation de l'article 150.30 ou qu'il refuse de vendre le bien au tiers présenté conformément au troisième alinéa de cet article; c) lorsque l'aliénation du bien n'est pas faite à titre onéreux; d) lorsque l'aliénation du bien n'a pas lieu dans un délai raisonnable de la remise du bien au commerçant à la fin de la période de location; e) lorsque le commerçant, après remise du bien à la fin de la période de location, l'utilise ou en permet l'utilisation par un tiers autrement que pour les fins de son aliénation à titre onéreux ».

¹²⁹⁴ « Malgré les articles 974 et 1592 du Code civil, le commerçant ne peut retenir l'automobile du consommateur: a) si le commerçant a omis de fournir une évaluation au consommateur avant d'effectuer la réparation; ou b) si le prix total de la réparation est supérieur au prix indiqué dans l'évaluation, à la condition que le consommateur paie le prix indiqué dans l'évaluation; ou c) si le prix total de la réparation est supérieur à la somme du prix indiqué dans l'évaluation et du prix convenu lors de la modification autorisée à la condition que le consommateur paie un prix égal à cette somme ».

¹²⁹⁵ Preuve, s'il en faut, que l'opposition entre la fonction préventive et curative ne doit pas être envisagée de manière trop rigide. Certaines sanctions pouvant être considérées comme ayant des virtualités relevant des deux aspects.

hypothèses où le recours à la fin de non-recevoir est possible, mais elle change sa nature, puisqu'elle en fait un motif supplémentaire de résolution du contrat en cas d'inexécution par l'une des parties¹²⁹⁶. Ensuite, il existe des mesures permettant d'assurer la solvabilité du contractant. Dans nombre de législations, les titulaires d'autorisations et d'agrément se voient imposer l'obtention et le maintien d'une assurance responsabilité ou de fournir des cautionnements à l'égard de leurs obligations¹²⁹⁷. Relève de la même logique, l'obligation faite aux commerçants ou aux professionnels de tenir une comptabilité en fidéicommiss avec des règles strictes de gestion permettant de protéger les montants reçus du client¹²⁹⁸. Il existe, au sein de nombreuses corporations, des fonds d'indemnisation en cas de détournement ou de perte des biens confiés par les usagers aux professionnels¹²⁹⁹. Enfin, mentionnons les dommages-intérêts punitifs¹³⁰⁰, qui interviennent dans le cadre de la mise en œuvre des moyens curatifs, et doivent être considérés comme étant de cette nature¹³⁰¹. Il n'en reste pas moins vrai que leur fonction préventive est aussi mise de l'avant¹³⁰². Il ne suffit pas au législateur de prévoir une multitude de sanctions, encore faut-il qu'il ait des autorités compétentes pour en assurer l'efficacité. Celles-ci sont de deux ordres : public et privé.

¹²⁹⁶ Voir Daniel GARDNER, « Le point sur deux mécanismes aux contours mal définis : la novation par changement de débiteur et la théorie des fins de non-recevoir », (2002) 104 R. du N. 511.

¹²⁹⁷ On peut mentionner notamment les articles 308, 315, 323, 328 ou 350 (l) de la Lpc. On retrouve également cette exigence dans le Règlement sur les agents de voyages, R.R.Q., 1981, c A-10; le Code de la sécurité routière, le Code des professions, la Loi sur le courtage immobilier, la Loi sur la distribution des produits et services financiers, la Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement ou la Loi sur le recouvrement des créances.

¹²⁹⁸ Voir les articles 254 et s. de la Lpc. Notons aussi l'exemple du règlement sur la comptabilité en fidéicommiss des notaires, RLRQ c N-3, r 5.1. De même le courtage immobilier, la distribution des produits et services financiers ou les prestataires de services funéraires sont quelques fois également soumis à la même obligation. Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 60-61.

¹²⁹⁹ Il en est ainsi du fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec ou de celui du Barreau du Québec, de celui de l'ordre des professionnels administrateurs agréés du Québec ou encore de l'Ordre des comptables généraux licenciés du Québec.

¹³⁰⁰ Prévus à l'article 1621 et spécifiquement aux articles 1899, 1902 et 1968 C.c.Q. en matière de louage résidentiel; art. 272 de la Lpc; art. 56 de la Loi sur les arrangements funéraires et de sépulture; 54.10 de la Loi sur la Régie du logement; art. 123.15 (4) de la Loi sur les normes du travail; art. 269.2 al. 2 de la Loi sur les valeurs mobilières. Ajoutons que les deux fonctions préventives et punitives sont quelques fois mentionnées par le tribunal même si l'une peut l'emporter sur l'autre. Ajoutons les dommages punitifs de l'article 49 de la Charte des droits et libertés qui sont également applicables dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle. D'ailleurs, le consommateur n'a pas besoin de prouver l'existence d'un préjudice donnant droit à des dommages et intérêts compensatoires pour se les voir accorder. Voir *Brault & Martineau inc. c. Riendeau*, [2010] R.J.Q 507 (C.A.), paragr. 41 et s.

¹³⁰¹ Pour son rôle en matière de protection du consommateur, voir les réflexions de Daniel GARDNER, « Les dommages punitifs et la protection du consommateur : un commentaire de l'arrêt *Time inc.* », (2013) 90 R. du B. Can. 699-715; « Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires », (1998) 77 R. du B. Can. 198; Pierre PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois », (1999) 59 R. du B. 445.

¹³⁰² Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 48 et s. Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSÈRE, *Le droit de la consommation*, *supra*, note 62, n° 627, p. 626.

B Les acteurs publics intervenant dans la protection du consommateur

Permis et autorisations. Le contrôle préalable de l'exercice d'une activité économique est un moyen de protection indirect du consommateur. Ainsi, « avant d'émettre l'autorisation, l'autorité de surveillance vérifie, à titre d'exemple, la sécurité ou la qualité du bien ou du service offert ou la compétence du vendeur ou du prestataire de services, suivant les critères fixés par la loi et les règlements »¹³⁰³. Dans la *Loi sur la protection du consommateur*, des dispositions spécifiques ont été prévues à cet effet. Il en va ainsi des articles 321 à 350 qui rappellent l'exigence d'obtention et le renouvellement de permis pour certains commerçants, notamment le commerçant itinérant, commerçant qui conclut des contrats de prêt d'argent ou de celui qui exploite un studio de santé. Les articles 254 et s. déterminent les conditions dans lesquelles des sommes d'argent doivent être transférées en fiducie ou lorsque le commerçant reçoit l'argent avant la transaction. Le législateur voudrait s'assurer que le commerçant possède les compétences nécessaires pour l'exercice de son activité professionnelle, qu'il est irréprochable sur le plan moral et suffisamment solvable pour ne pas mettre en péril les intérêts du consommateur. Celui qui se permet d'exercer une activité économique soumise à des autorisations ou permis sans en avoir obtenu un s'expose alors à des sanctions tant administratives que pénales¹³⁰⁴. Ces différentes vérifications et exigences administratives préalables à l'exercice de l'activité économique ou concomitante à celle-ci relèvent de la logique préventive. Même si elles ne procurent qu'une protection par le biais au consommateur, elles constituent « les plus caractéristiques des contrôles préventifs désormais exercés sur le fonctionnement interne du système de consommation »¹³⁰⁵. Le contrôle de l'activité économique doit être mis en œuvre par des autorités compétentes.

Contrôle de l'activité économique et mise en œuvre des sanctions. Les autorités de surveillance n'interviennent pas seulement en ce qui concerne l'octroi des permis, elles jouent un rôle non

¹³⁰³ Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 9.

¹³⁰⁴ *Id.*

¹³⁰⁵ Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 142.

négligeable en ce qui concerne l'efficacité des sanctions et le contrôle de l'activité économique¹³⁰⁶. Tant le contrôle de l'activité économique que la mise en œuvre des sanctions font intervenir divers organismes. La *Loi sur la protection du consommateur* prévoit en ce sens la création de l'Office de la protection du consommateur (OPC) aux articles 91 et s. Cet organisme public est doté de nombreux pouvoirs qui relèvent principalement de la surveillance administrative¹³⁰⁷. L'OPC a pour mission de veiller au respect de la *Loi sur la protection du consommateur* et de contrôler le comportement des commerçants. Il ne peut cependant pas édicter de règlement, ce qui reste de la compétence exclusive de l'État. Composé de divers groupes d'intérêts, tant du monde des affaires que des consommateurs¹³⁰⁸, l'OPC a un pouvoir de recommandation. Il peut commander des études sur le consommateur en vue d'en améliorer la protection¹³⁰⁹. L'Office de la protection du consommateur ne dispose pas vraiment de pouvoirs judiciaires. Il peut recevoir les plaintes exprimées par les consommateurs et intervient en matière d'éducation des consommateurs, notamment à travers l'information. L'OPC est principalement chargée de la promotion de leurs intérêts devant divers organismes¹³¹⁰. Ces pouvoirs traduisent la prise en

¹³⁰⁶ Ce qui n'est pas le propre du Québec. Ainsi, en France, la vision collective du phénomène de consommation se traduit principalement par la création de plusieurs structures publiques et les activités des associations des consommateurs. Ainsi, parmi les principaux acteurs, il y a la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) qui a pour objet d'activité, tel que son nom l'indique, la répression des fraudes, le contrôle de l'information sur les prix, des pratiques commerciales et des conditions des contrats, le contrôle de la conformité des produits et des services. Bien que les agents de la DGCCRF n'aient pas les compétences requises quant à l'application des sanctions pénales, ils peuvent faire cesser les agissements préjudiciables aux intérêts des consommateurs dans le cas où ils constatent les infractions. Ils peuvent aussi saisir un produit, même sans autorisation judiciaire, s'il présente un danger pour la santé et la sécurité des consommateurs ». Voir Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *Droit de la consommation, supra*, note 1035, p. 30-33.

¹³⁰⁷ Ajoutons que ce pouvoir de l'Office de la protection du consommateur (OPC) ne se limite pas à la *Loi sur la protection du consommateur*. Le législateur a ainsi reconnu à cet organisme le pouvoir de surveiller la mise en œuvre de la Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture, de la *Loi sur les agents de voyages et de la Loi sur le recouvrement des créances*.

¹³⁰⁸ Sur ce point, la loi n'est pas tout à fait claire puisque l'article 294 al. 2 stipule que : « Les membres de l'Office doivent être des personnes qui, en raison de leurs activités, sont susceptibles de contribuer d'une façon particulière à la solution des problèmes des consommateurs ». Signalons aussi qu'en France, il existe aussi des organes consultatifs, tel le Conseil national de la consommation, où des représentants des consommateurs et des professionnels mènent un dialogue afin de permettre la concertation entre les intérêts collectifs des deux groupes. Voir Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *Droit de la consommation, supra*, note 1035, p. 30-33.

¹³⁰⁹ Toujours en France, d'autres organes remplissent des missions plus spécifiques, comme celle d'émettre des avis ou des recommandations dans l'intérêt des consommateurs: la Commission des clauses abusives, créée le 10 janvier 1978, qui recommande la suppression des clauses abusives insérées dans les contrats entre consommateurs et professionnels; la Commission de la sécurité des consommateurs, instituée le 21 juillet 1983, qui a pour mission de veiller à la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs; le Conseil national de l'alimentation, créé le 27 novembre 1985, qui donne des avis sur les besoins nutritionnels des consommateurs, sur la sécurité alimentaire des consommateurs, et sur la qualité des denrées alimentaires ». Voir Cristina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation, supra*, note 933, p. 36.

¹³¹⁰ Selon les termes de l'article 292, « L'Office est chargé de protéger le consommateur, et à cette fin: a) de surveiller l'application de la présente loi et de toute autre loi en vertu de laquelle une telle surveillance lui incombe; b) de recevoir les plaintes des consommateurs; c) d'éduquer et de renseigner la population sur ce qui a trait à la protection du

compte de l'attente légitime des consommateurs. Dans ce cadre, le président de l'OPC joue un rôle important. Il peut initier des enquêtes, des inspections, le contrôle des comptes en fidéicomis, requérir d'un commerçant ou d'un publicitaire le contenu de sa publicité et exiger la communication d'information relative au taux de crédit¹³¹¹. L'OPC participe pleinement à l'approche réaliste de l'opération de consommation. En somme, il est l'arbitre nécessaire dans le cadre d'une procédure préétablie à travers laquelle « la loi ne se contente pas d'imposer un scénario amélioré. Elle impose aussi un metteur en scène »¹³¹². En dehors de l'Office de la protection du consommateur, d'autres organes interviennent dans la protection du consommateur.

L'intervention d'autres organes étatiques. Mis à part l'Office de la protection du consommateur, bien d'autres organes étatiques participent au contrôle du respect par les commerçants et les professionnels de leurs obligations avec ultimement pour effet de protéger le consommateur. En ce qui concerne l'étiquetage et l'emballage, la charge d'assurer le respect des dispositions de la loi est attribuée au commissaire à la concurrence en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Toutefois, pour ce qui est en lien avec les aliments, l'article 2 de la *Loi sur les aliments et drogues* prévoit que c'est l'Agence canadienne de l'inspection des aliments qui est compétente pour en assurer le contrôle. Un rôle de contrôle également joué par le ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation du Québec. En outre, il appartient au procureur général d'intenter des poursuites contre ceux qui contreviennent à ladite loi. Ces derniers peuvent toujours s'exonérer en établissant qu'ils ont fait preuve de diligence raisonnable. En cas de culpabilité, ils peuvent être condamnés à des amendes. La saisie ou la confiscation des biens mal étiquetés peuvent aussi être prononcées. L'intervention croissante des autorités publiques dans la protection des contractants

consommateur; d) de faire des études concernant la protection du consommateur et, s'il y a lieu, de transmettre ses recommandations au ministre; e) de promouvoir et de subventionner la création et le développement de services ou d'organismes destinés à protéger le consommateur, et de coopérer avec ces services ou organismes; f) de sensibiliser les commerçants, les fabricants et les publicitaires aux besoins et aux demandes des consommateurs; g) de promouvoir les intérêts des consommateurs devant un organisme gouvernemental dont les activités affectent le consommateur; h) (paragraphe abrogé); i) de coopérer avec les divers ministères et organismes gouvernementaux du Québec en matière de protection du consommateur et de coordonner le travail accompli dans ce but par ces ministères et organismes; j) (paragraphe abrogé) ».

¹³¹¹ Voir les articles 305 et s. de la Lpc.

¹³¹² Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 143.

vulnérables n'est pas seulement l'apanage du droit de la consommation. Certains organes interviennent aussi dans d'autres domaines contractuels.

La Régie du logement et la Commission des normes de travail. Les acteurs publics jouent un rôle important dans les relations de travail et le bail de logement. Le contentieux de la protection du consommateur est resté sous la compétence des tribunaux de droit commun. Bien qu'il s'agisse d'un droit spécial, c'est la Régie du logement qui est compétente en matière de logement. Elle est une instance judiciaire dont les contours du pouvoir ont été nettement définis par les tribunaux. Certes, les décisions qui y sont rendues peuvent être portées en appel devant la Cour du Québec, bien que les possibilités de le faire soient passablement limitées. En matière de relations de travail, le contentieux reste en partie celui des juges de droit commun. En effet, il s'agit d'un domaine complexe régi pour une toute petite portion par le *Code civil du Québec* et, pour le reste, par plusieurs autres législations faisant intervenir de multiples acteurs, entre autres la Commission des normes de travail, la commission des relations de travail, la commission des lésions professionnelles, l'arbitre de grief ou la Commission de la santé et de la sécurité au travail. À l'instar de l'office de la protection du consommateur, l'intervention des acteurs publics dans la protection du contractant traduit la forte procéduralisation de celle-ci¹³¹³. Il en va de même pour les intervenants privés.

C Les acteurs privés intervenant dans la protection du consommateur

Les associations de protection des consommateurs. Il est vrai que la protection des consommateurs dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur* met davantage en jeu des acteurs publics, mais à ceux-ci il convient d'adjoindre quelques intervenants relevant de la sphère privée ou civile¹³¹⁴. Il faudrait à ce titre citer les associations de protection des

¹³¹³ Dans le cadre de la protection du public, d'autres organismes interviennent aussi, notamment au niveau des organisations professionnelles. C'est le cas du Barreau du Québec ou de la Chambre des notaires qui doivent mettre en place des organes internes de protection comme les syndicats qui peuvent également recevoir les plaintes des citoyens dans le cadre de l'exercice de la profession.

¹³¹⁴ À ce titre, il convient de noter que le mouvement consumériste surgit des revendications provenant du secteur privé et de citoyens qui se mobilisaient à l'époque pour mettre de l'avant l'intérêt des consommateurs et leur spécificité. Les lois de protection du consommateur ne sont souvent que la traduction juridique de ces revendications même si, dans bien des cas, le législateur peut choisir de faire jouer un rôle plus ou moins important à ces derniers. En France, les associations de consommateurs agissent comme sujets de droits reconnus. Contrairement au Québec, elles peuvent intenter des poursuites lorsqu'elles sont agréées. Voir Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, *supra*, note 1035, p. 29.

consommateurs. Ainsi, l'article 316 de la Lpc dispose qu'« un organisme destiné à protéger le consommateur et constitué en personne morale depuis au moins un an peut demander une injonction en vertu du présent article et, à cette fin, est réputé avoir l'intérêt requis. Le tribunal ne peut statuer sur la demande en injonction présentée par un tel organisme à moins qu'un avis, joint à la requête introductive d'instance ou, le cas échéant, à la requête en injonction interlocutoire, n'ait été notifié au président ». Il existe plusieurs associations dont le but est de protéger les consommateurs. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer Option consommateurs, l'Union des consommateurs ou la Coalition des associations de consommateur du Québec. À cela s'ajoutent les nombreux centres d'entraide et d'information du consommateur. Au niveau fédéral, il existe également plusieurs organismes privés à l'instar de l'Association des consommateurs du Canada ou le Conseil des consommateurs du Canada. Ces associations jouent quelquefois un rôle crucial dans le cadre des recours collectifs. Quant à l'article 266 de la Lpc, il prévoit que « le procureur général, le président ou l'organisme visé à l'article 316 est dispensé de l'obligation de fournir une caution pour obtenir une injonction en vertu de la présente loi ». Bien que la loi ne leur accorde pas un rôle plus prépondérant, il ne faudrait pas négliger l'impact que pourrait avoir l'activisme des groupements privés dans le cadre de la sauvegarde des attentes légitimes des consommateurs¹³¹⁵. En fait :

Au cours des années 60, la classe des consommateurs s'est organisée et réclamée des politiciens non seulement sa reconnaissance comme groupe distinct, mais aussi et surtout l'adoption de protections contre les pratiques contractuelles douteuses et déloyales des fabricants et des commerçants, lesquelles étaient devenues d'une efficacité redoutable en raison de la production en série et de la distribution de masse¹³¹⁶.

Aussi, les associations de protection des consommateurs poursuivent des objectifs similaires à ceux assignés par la *Loi sur la protection du consommateur* aux organismes publics intervenant dans la protection du consommateur, notamment la promotion, la représentation de leurs intérêts et l'information générale de ceux-ci. L'intervention des acteurs privés manifeste aussi la dimension collective de la protection des consommateurs qui repose sur une structure publique

¹³¹⁵ En France, par exemple, seules les associations agréées peuvent représenter les consommateurs devant les autorités et agir en justice dans l'intérêt de ceux-ci. Elles doivent exister depuis au moins un an, avoir une activité effective et publique en vue de la défense des consommateurs, un nombre suffisant de membres et une indépendance à l'égard de toute forme d'activité professionnelle. Elles peuvent agir en justice dans l'intérêt de ces consommateurs, pour des faits portant préjudice direct ou indirect à cet intérêt. Voir Cass. Civ. 1^{er}, 21 février 2006, Bull. civ. 2006.189, n°95 sur les limites de l'intervention des associations des consommateurs en France.

¹³¹⁶ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », Pierre-Claude Lafond (dir.), dans *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 485.

pouvant prendre diverses figures, avec l'État pour pilier. Il n'est pourtant pas certain qu'une telle situation soit toujours profitable au consommateur, et plus largement à la partie en position de vulnérabilité. Dans bien des domaines, le rôle de l'État fait l'objet de nombreuses critiques et réserves, car il n'est pas sans présenter nombre de paradoxes.

Para III Les paradoxes de l'approche procédurale de la protection du contractant vulnérable

A La réglementation du contenu contractuel ou le contrat règlementé

La notion de contrat règlementé. Le contrat règlementé est celui dont le contenu matériel est largement préfixé soit par la loi, soit par un règlement¹³¹⁷. La question s'est souvent posée de savoir si ce type de contrat peut être qualifié de contrat d'adhésion. De manière générale, comme toutes les autres relations contractuelles, les contrats règlementés doivent passer les tests des critères requis au *Code civil du Québec*. Ainsi, quelques décisions répondent par l'affirmative¹³¹⁸, d'autres, par la négative¹³¹⁹. Toutefois, cette polémique permet de saisir le paradoxe pouvant naître de l'intervention protectrice de l'État. La difficulté de la position de l'État se situe à deux niveaux. La première a trait à la prise en compte par l'État des intérêts autres que ceux de la partie vulnérable, et ce, dans la mesure où son intervention est davantage guidée par la protection des intérêts économiques que la compréhension juridique du contrat. En second lieu, lorsque le contrat règlementé est un contrat d'adhésion, c'est l'État lui-même qui est la partie en position de force et qui fait rédiger les contrats pour son compte. Il est donc un stipulant face à un contractant qui n'a manifestement pas les moyens de défendre ses intérêts. Tel est par exemple le cas des contrats de parrainage¹³²⁰. Dans cette hypothèse, « l'État est à la fois rédacteur de la convention et partie à celle-ci, il est parfaitement concevable que le contrat en soit d'adhésion, avec toutes les conséquences qui en découlent »¹³²¹. D'ailleurs, lorsque la jurisprudence conclut au caractère d'adhésion du contrat règlementé, elle met en œuvre le régime protecteur de l'adhérent du *Code civil du Québec*¹³²². Si l'intervention de l'État a souvent été présentée comme

¹³¹⁷ Nous en avons examiné dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur*, notamment le contrat avec un itinérant ou le contrat à distance.

¹³¹⁸ Voir *Hydro-Québec c. Surma*, [2001] R.J.Q. 1127 (C.A.), paragr. 64-71 et 72-76; *Ancil c. Québec (Services d'exploitation des loteries et des courses)*, J.E. 85-339 (C.A.).

¹³¹⁹ Voir *Garantie des Bâtiments résidentiels neufs de l'APCHQ inc. c. Desindes*, 2003 QCCS 10506 (CanLII).

¹³²⁰ Voir *Procureur général du Québec c. Kabakian Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), paragr. 56 et s.

¹³²¹ Voir Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, p. 103.

¹³²² Voir *Hydro-Québec c. Surma*, [2001] R.J.Q. 1127 (C.A.), paragr. 64-71 et 72-76; *Québec (Procureur général) c. Kabakian Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), paragr. 24 et 46-61.

l'un des principaux moyens de protéger les intérêts des personnes vulnérables et faibles, il arrive que cette intervention apparaisse paradoxalement comme la source de l'hétérogénéité de la volonté de l'adhérent et de sa vulnérabilité, voire de sa réification¹³²³. Dans ce contexte, l'État ne peut, sans contradiction, endosser le rôle de protecteur de la partie vulnérable. Il n'existe dans la jurisprudence que peu de décisions concernant les contrats règlementés qualifiés de contrats d'adhésion. Toutefois, il convient de noter qu'en matière de contrat de consommation, les services visés à l'article 1384 C.c.Q. incluent tous ceux fournis dans le cadre du service public. Est visée par cette disposition la fourniture de services offerts directement par les organismes gouvernementaux, parapublics ou affiliés dans les secteurs liés notamment à l'énergie, au transport, à la poste ou aux télécommunications¹³²⁴. Rappelons ici que sous la *Loi sur la protection du consommateur*, les contrats visés sont plus restrictifs, par exemple, sont exclus les contrats de fourniture d'électricité par une entreprise publique. C'est donc à la définition plus large du *Code civil du Québec* qu'il faut se référer, sauf qu'ici, l'étendue des règles protectrices est maigre. Ce qui n'enlève rien à la pertinence de notre propos quant à la position de l'État. Bien que la notion de service n'ait pas été définie par le Code, il faut espérer que les termes généraux utilisés par le législateur puissent favoriser une interprétation généreuse des dispositions afin de protéger le destinataire des services. Les paradoxes de la protection du consommateur se révèlent par ailleurs dans le formalisme informatif.

B Les limites du formalisme informatif dans le cadre de la protection du consommateur

Un formalisme informatif ineffectif. Il n'est pas sûr que l'engouement du droit de la consommation pour le formalisme doive forcément être envisagé comme le signe d'un progrès ou la certitude d'une meilleure protection du contractant. Dans ce sens, Maurice Tancelin expose que :

Il semble qu'on se soit mépris sur la signification du consensualisme et que cette erreur soit la cause d'un regain de faveur du formalisme dans le droit contemporain. Pourtant le formalisme n'est pas un signe de progrès. C'est plutôt le rappel d'une nécessité reconnue de longue date en droit. La libération des formes par le consensualisme est une conquête lente et laborieuse de la science juridique, dont l'adoption n'a cependant pas réussi à mettre fin aux injustices qui, selon les termes

¹³²³ Voir André BÉLANGER, « Le contrat d'assurance et la réification des parties », *supra*, note 994, 325.

¹³²⁴ Voir Pierre-Claude LAFOND, « Contours et ramifications de la « nouvelle » définition du contrat de consommation au *Code civil du Québec* », *supra*, note 54, p. 592 et s.

des codificateurs de 1866, étaient engendrées par le formalisme ancien. Le retour au formalisme risque d'être aussi inefficace que son abandon par le Code civil de 1866. C'est un recul, une régression, le contraire d'un progrès. Cela prouverait que l'alternative est simpliste et qu'il faut lui chercher une solution de remplacement, encore inconnue dans l'état actuel de l'art juridique¹³²⁵.

Le constat concerne le formalisme au sein du *Code civil du Québec*, mais rien n'empêche d'étendre le propos au contrat de consommation, domaine dominé par le formalisme. Il est vrai que la solution est loin d'être trouvée. Plus modestement, à supposer que le formalisme informatif contribue moindrement au rééquilibrage du contrat¹³²⁶, il ne suffit pas d'imposer des formalités, encore faudrait-il que celles-ci soient effectives. Sur ce point, il y a des raisons de douter que tel soit toujours le cas. Il en va ainsi dans le cadre de la garantie légale. Un exemple permettant de mesurer les limites de l'effectivité du formalisme informatif concerne les dispositions contractuelles accessoires qui peuvent avoir un sérieux impact sur les obligations principales des parties. Dans une étude portant sur cette question, Thierry Bourgoignie révèle que, malgré le cadre légal exigeant et formaliste dressé par le législateur, non seulement les commerçants ne s'y soumettent pas vraiment, mais encore de nombreuses raisons expliquent l'ineffectivité des exigences légales¹³²⁷.

Une plus grande objectivation de l'opération de consommation. La possibilité de déjouer les exigences formalistes de la *Loi sur la protection du consommateur* débouche en bout de ligne sur un déficit informationnel, des incertitudes entourant le contenu du contrat relativement aux dites garanties, ou encore une insuffisante prise en compte de la garantie légale dans les conflits¹³²⁸. Les commerçants profitent des failles de la loi puisqu'elle ne détermine pas avec précision ce qui doit être mentionné dans le contrat. Thierry Bourgoignie révèle que l'observation de la teneur des contrats de garantie permet de constater :

L'absence, dans les documents de la garantie conventionnelle, de référence, à tout le moins de référence claire, à l'existence et à l'étendue de la garantie légale : les conditions reprises dans les documents de garantie conventionnelle ne font aucune référence à la garantie légale existante au Québec et à son prescrit; lorsque l'existence d'une garantie légale est suggérée, elle l'est de manière

¹³²⁵ Voir Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, supra, note 79, n°136, p. 113-114.

¹³²⁶ Voir les articles 150.4 et s. sur l'exigence de l'écrit, et 150. 18 et s. et les articles 151 et s. sur le contrat relatif aux automobiles et aux motocyclettes. L'article 158 f) Lpc prévoit que le contrat doit mentionner les caractéristiques de la garantie. L'article 35 Lpc indique que le fabricant peut donner une garantie complémentaire à celle prévue par la loi.

¹³²⁷ Voir « Garanties légales et commerciales liées à la vente de produits de consommation : la confusion des genres », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, supra, note 419, p. 45-102. L'auteur analyse les contrats de vente de véhicules neufs chez neuf concessionnaires d'automobiles.

¹³²⁸ *Ibid.*, p. 78-86.

vague et succincte et la confusion avec la garantie légale est entretenue. Ainsi, les documents de garantie précisent-ils généralement que les seules garanties reconnues par les concessionnaires et les constructeurs sont les seules garanties que l'on retrouve explicitement sur le document. Il est parfois fait allusion à l'existence de dispositions législatives provinciales, mais ni la référence desdites dispositions ni leur contenu ne sont précisés. L'impression est ainsi créée que, même s'il existe une législation en la matière, celle-ci ne constitue pas un socle minimal garanti et obligatoire et que seules trouvent à s'appliquer les conditions des garanties conventionnelles¹³²⁹.

Cette remarque démontre à quel point, même en présence du formalisme, les objectifs de protection de la partie vulnérable peuvent être habilement compromis. La difficulté à assurer la protection du contractant est encore plus grande lorsqu'on est en présence de forme standardisée. Dans ce cas, le minimalisme de l'information et la possibilité d'utiliser le formalisme pour réduire, voire exclure la portée des règles protectrices, représente autant de dangers pouvant nuire à la bonne compréhension du sens et de la portée des engagements de chacun. À ce stade, on peut se demander si la faiblesse du formalisme contractuel en termes de protection de la partie vulnérable ne justifie pas une remise en cause des choix des mécanismes protecteurs étant donné leur inadéquation en fonction du contexte de la protection. Au lieu de privilégier le recours à des outils de protection du contractant maintenus dans un cadre contractuel restreint et de tenter de le protéger par des formalités dont l'efficacité est problématique, ne faudrait-il pas mieux élargir l'encadrement juridique? C'est en tout cas ce que propose Thierry Bourgoignie qui estime qu'il vaut mieux opter pour le « concept de "non-conformité" aux attentes du consommateur » pour apprécier la mise en œuvre des formes imposées par le législateur¹³³⁰. Ce qui présente, selon l'auteur, un double avantage : « d'une part, il introduit et privilégie le point de vue du consommateur comme critère de lecture. D'autre part, il situe l'obligation de garantie en dehors du cadre contractuel en ne la liant plus au contrat de consommation, mais **à la mise en circulation du produit** autonome et distinct du contrat »¹³³¹ (Nous soulignons). Une proposition qui permet non seulement de sortir des contraintes du consensualisme, mais surtout d'intégrer la vulnérabilité du contractant et le contrat dans un contexte collectif plus large. La solution proposée par l'auteur s'inscrit dans une objectivation toujours plus grande de la relation contractuelle et de l'information. Toutefois, elle exclut encore plus les parties du jeu contractuel et de l'idée que le contrat est aussi un outil d'échange et de communication entre les parties.

¹³²⁹ *Ibid.*, p. 81.

¹³³⁰ *Ibid.*, p. 102.

¹³³¹ *Id.*

Toute chose qui n'est pas sans occulter la qualité de sujet de droit de ces derniers. Il n'empêche qu'en termes d'étendue, la sphère couverte par le droit de la consommation exclut encore un grand nombre de contractants vulnérables.

C La sphère restreinte du contrat de consommation

La notion d'attente légitime au service de la prise en compte de la vulnérabilité du contractant.

Il semble que le plus grand souhait que l'on pourrait formuler est de voir se développer le concept d'attente légitime afin d'accroître la protection du contractant vulnérable. L'importance de cette notion ajoute aux arguments qui justifient et renforcent l'idée de l'autonomie du droit de la consommation. Mais la protection est-elle vraiment propre à la notion de consommateur même entendue de manière large? Certes, l'attente légitime doit non seulement pouvoir servir à élargir la protection du consommateur, mais pourquoi ne servirait-elle pas de base à la protection de tous ceux qui se trouvent dans la même situation? Il est vrai que la place contemporaine accordée à l'attente légitime du contractant résulte de l'influence du droit contractuel de la consommation. Elle autorise à prendre davantage en compte les contraintes extérieures et les particularités de la vulnérabilité collective. Pour autant, l'attente légitime en tant que telle ne suffit pas pour conclure à l'autonomie du droit de la consommation, puisque d'autres que le consommateur se trouvent confrontés aux mêmes vulnérabilités. En fait, l'autonomie du droit de la consommation ne doit pas empêcher qu'une règle protectrice visant l'ensemble des contractants vulnérables ne soit applicable qu'aux consommateurs. Ce qui importe, c'est l'adéquation entre la nature de la règle de justice utilisée et les spécificités de la faiblesse de l'ensemble de la catégorie de personnes visées. En admettant qu'un régime spécifique de la garantie légale puisse être prévu au profit du consommateur uniquement, cela ne peut se justifier, sur le plan de la justice, que dans la mesure où sa vulnérabilité présente des caractéristiques qui lui sont propres. Or, dès le moment où il partage son sort avec d'autres, il n'y a pas de raison que les normes protectrices qui lui sont applicables ne le soient pas également au profit de ces autres catégories de personnes, notamment les adhérents¹³³². Or, la majorité des situations de vulnérabilité dans lesquelles se retrouve le consommateur ne lui sont pas propres. Ce dernier n'est en pas le seul à être concerné, et ce, surtout si on s'en tient à la différence entre les définitions du contrat de consommation de

¹³³² La première partie de ce travail a été l'occasion de mettre en lumière la nature essentiellement réparatrice de la justice qui prévaut dans le Code civil.

la *Loi sur la protection du consommateur* et du *Code civil du Québec*, auxquelles, il faut ajouter celle du contrat d'adhésion. La nécessité de procéder à la répartition des droits et obligations ne touche pas seulement le consommateur mais, plus largement, l'adhérent. Cependant, le désir d'autonomie du droit de la protection du consommateur provient en partie des craintes de voir la logique qui préside au contrat d'adhésion influencer sur celle du contrat de consommation. Ce d'autant que la reconnaissance du premier a été noyée dans les règles légales préexistantes qui ne sont pas forcément adaptées à sa spécificité.

Le défaut de reconnaissance de la catégorie des contrats d'adhésion. La pertinence de faire du contrat d'adhésion le modèle à partir duquel doit être dorénavant pensée la protection du contractant faible de manière large ne relève pas seulement de constats théoriques. Elle peut en outre être le résultat de constats effectués au pur plan du droit positif¹³³³. Il importe de revenir brièvement sur les rapports entre le *Code civil du Québec* et la *Loi sur la protection du consommateur* afin de mieux situer notre propos dans le cadre des législations applicables à la partie vulnérable et pouvant en favoriser la compréhension. De prime abord, l'objet visé par le contrat de consommation de l'article 1384 C.c.Q. a une portée plus large que celui de la *Loi sur la protection du consommateur*. En effet, si cette dernière vise seulement les biens meubles, à quelques exceptions près, le Code de 1994 concerne quant à lui toutes les catégories de biens et services. La *Loi sur la protection du consommateur*, qui repose encore sur la théorie de la commercialité, a pour effet d'exclure de la loi les non-commerçants. Et si, d'une manière générale, le droit commercial occupe une place assez faible dans le droit civil contemporain au Québec, l'article 1384 C.c.Q. qui renvoie à l'exploitation d'entreprise semble plus large que la *Loi sur la protection du consommateur*. De nombreux mécanismes prévus au Code civil de 1994 relèvent de la même logique que celle du droit de la consommation. Il en va ainsi des nombreuses règles parmi lesquelles l'article 1730 C.c.Q. sur le vice caché, qui offre une protection plus large que celle prévue à l'article 53 de la Lpc¹³³⁴. Citons dans le même sens l'article 1785 C.c.Q., en matière de

¹³³³ De ce point de vue, l'approche du professeur Moore est intéressante. Il arrive à une conclusion semblable, non par des arguments de type idéologique ou reposant sur une idée de justice contractuelle, mais à travers l'étude des règles positives de la *Loi sur la protection du consommateur* et de celles du Code civil de 1994. Cette analyse lui permet de conclure qu'il se pourrait bien que le contrat de consommation se dilue au sein du Code civil de 1994. Voir « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 14 et s.

¹³³⁴ La différence de portée n'est pas très grande. En fait, dans le cadre du *Code civil du Québec*, l'acheteur peut poursuivre le vendeur, le fabricant et le distributeur qui sont tenus de fournir la garantie de vice caché. Or, au sein de la *Loi sur la protection du consommateur*, le consommateur subséquent peut bénéficier de cette garantie, elle n'est due qu'à l'encontre du commerçant ou du fabricant.

vente d'immeuble, qui prévoit la faculté de dédit de l'acquéreur déjà prévue dans la *Loi sur la protection du consommateur*. On peut mentionner l'article 1623 C.c.Q. sur la clause pénale abusive qui concerne tous les contrats sans exception. Et, plus largement, on peut penser à la clause abusive qui, dans le *Code civil du Québec*, porte nommément sur les contrats d'adhésion et de consommation. Évoquons finalement l'insertion des régimes des baux résidentiels ou de l'assurance dont la logique de protection est telle que, pour certains, ils relèvent du droit contractuel de la consommation de manière large¹³³⁵. Si le *Code civil du Québec* semble plus large sur certains points, les obstacles reliés à l'autonomie du droit de la consommation proviennent aussi de la définition même du contrat concerné.

Une définition approximative du contrat de consommation. Les définitions du contrat de consommation se trouvent à la fois dans la *Loi sur la protection du consommateur* et dans le *Code civil du Québec*. Il n'y aurait pas vraiment de difficulté si elles se recoupaient. Les différences entre les deux autorisent pourtant à se demander si le droit contractuel de la consommation au Québec est dualiste. L'imbricatio vient de la première partie de l'article 1384 C.c.Q. qui mentionne que « le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur ». Une précision a été ajoutée afin d'établir un lien entre la *Loi sur la protection du consommateur* et le nouveau Code. La nature de ce lien est depuis lors controversée. En effet, pour les uns, il s'agissait d'une mention formelle sans aucune incidence normative. Une position que d'autres ne partagent pas¹³³⁶. On peut estimer que seule la définition de la *Loi sur la protection du consommateur* renvoie à un contrat de consommation de sorte que toutes les règles prévues au Code de 1994 ne sont pas visées. Dans une toute autre perspective, il serait possible d'admettre que tous les contrats soumis à un régime de protection accrue au sein du *Code civil du Québec*, notamment le bail résidentiel ou le contrat d'assurance, peuvent être considérés comme faisant partie du droit contractuel de la consommation de manière large. Dans l'un ou l'autre cas, les conséquences ne sont pas les mêmes et entraînent, sur le droit de la protection du contractant faible, un flou assez fâcheux. De notre point de vue, une façon de sortir de ce débat serait de rappeler l'objectif de toutes les dispositions tournées vers la protection de la partie vulnérable. Dans les faits, le consommateur du Code civil n'est pas

¹³³⁵ *Id.*

¹³³⁶ Voir Pierre-Claude LAFOND, « Contours et ramifications de la « nouvelle », définition du contrat de consommation du *Code civil du Québec* », (1996) 56 *R. du B.* 569.

différent de celui de la *Loi sur la protection du consommateur*. Aussi, en attendant une éventuelle modification de l'une ou l'autre loi, il serait préférable d'envisager non pas uniquement le droit contractuel de la consommation, mais le droit de la protection de la partie vulnérable dont il ne serait qu'un aspect. Un régime que l'on retrouverait dans le *Code civil du Québec* et dans la *Loi sur la protection du consommateur*. Par ailleurs, il n'est pas superflu de rappeler que le droit commun des contrats a connu un souffle nouveau sous la pression du droit contractuel de la consommation, mais également en remettant à juste titre au-devant de la scène le contrat d'adhésion¹³³⁷. Le professeur Moore soutient à cet effet que « le Code civil amorce peut-être un changement de paradigme au sujet de la protection des contractants vulnérables qui, à terme, remplacera peut-être, en partie à tout le moins, la protection du consommateur. Il s'agit de la reconnaissance du contrat d'adhésion »¹³³⁸. Indiquons immédiatement que cette dernière n'a été suivie que de quelques règles ayant un effet somme toute négligeable, qui ne peut, tant s'en faut, à elles seules traduire l'importance d'une telle catégorie¹³³⁹. S'en tenir à ces dispositions ne serait pas seulement irréaliste, mais réduirait le contrat d'adhésion à n'être qu'une exception à côté de l'accord de volonté, là où il s'agit d'en faire enfin le paradigme dans le cadre de la protection du contractant vulnérable. Au demeurant, la qualité de consommateur justifie la protection accordée à celui-ci, mais elle n'épuise assurément pas la notion de vulnérabilité du contractant.

Une protection parcellaire. En droit civil québécois, des pans entiers du droit des contrats mettant aux prises des parties en position de déséquilibre ne sont pas traités par le droit contractuel de la consommation alors même que le droit civil n'offre qu'une protection limitée. Parmi de nombreuses hypothèses, citons, à titre d'exemple, les contrats de vente d'immeubles entre particuliers ou certains services fournis par des professionnels. Claude Masse notait à leur propos qu'il s'agit des domaines dans lesquels « la vulnérabilité des contractants est tout aussi

¹³³⁷ Voir pour le Québec, même si le lien avec la bonne foi est toujours présent, Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 5. Pour le constat des transformations du droit commun en France, Denis MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation - Nouvelles frontières ? », dans *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais Auloy*, *supra*, note 1035, p. 697

¹³³⁸ Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 17.

¹³³⁹ D'autant que les principes de base n'ont pas changé au sein du Code. Comme le précise Pierre-Claude Lafond, « si on peut être tenté d'affirmer que le nouveau Code civil reconnaît la situation particulièrement sensible du consommateur et instaure désormais une nouvelle moralité contractuelle aux stimulants, sur les orientations générales et les fondements, le principe directeur de la liberté contractuelle conserve toute sa puissance et sa préséance en droit civil québécois ». Voir « Caveat venditor! Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », *supra*, note 1068, 21.

présente lorsqu'elle n'est pas flagrante »¹³⁴⁰. D'ailleurs, la difficulté est aggravée par la multitude de lois pouvant être concernées. Le déploiement de l'ordre public de protection à travers ces législations spéciales ne favorise pas une bonne compréhension de la protection du contractant vulnérable. Bien au contraire, on se retrouve avec une *Loi sur la protection du consommateur* quasiment autonome par rapport au droit civil et il en est de même pour plusieurs autres contrats spéciaux. Cet éclatement du droit de la protection des parties vulnérables a été considéré comme une forme de régression du droit¹³⁴¹. On serait tenté de proposer ici un élargissement du droit de la consommation, mais jusqu'à quel point ce droit peut-il être étiré? Ne faut-il pas, à la suite de la reconnaissance du contrat d'adhésion, opter pour un véritable régime juridique de protection à l'intérieur même du *Code civil du Québec*? Qu'en est-il des rapports contractuels déséquilibrés qui ne peuvent être qualifiés d'opérations de consommation? Nous pensons spécialement aux relations inégales entre professionnels. Ceux-ci ont souvent été assimilés par principe à des rapports égaux, la réalité donne à penser que tel n'est pas forcément le cas. Le droit de la consommation, en codifiant des contrats spéciaux, même une sphère élargie, offre une protection limitée et ciblée. Or, l'existence d'un droit de la protection du contractant vulnérable ne saurait être ainsi restreinte, si l'on admet qu'il a vocation à assurer la sauvegarde des intérêts de tous les contractants en situation de faiblesse. Sa mise en place aurait pour effet d'évacuer une bonne partie du débat sur l'assimilation du droit de la consommation et du droit civil, puisque l'existence d'un régime de protection sur le plan contractuel serait une réponse adéquate¹³⁴². Au surplus, le

¹³⁴⁰ Voir Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 48. D'ailleurs, un colloque a été récemment organisé sur le thème de la protection du consommateur immobilier. Une question importante lorsqu'on connaît l'importance d'une telle transaction dans la vie des individus et les nombreuses personnes qui interviennent au cours du processus d'achat. À quelques exceptions près, c'est dans le *Code civil du Québec* qu'il faut rechercher les règles applicables et destinées à protéger le consommateur immobilier. Certes, il y en a quelques-unes, mais sa protection est assurée principalement par les principes généraux des contrats dont l'approche individualiste ne facilite pas toujours la bonne compréhension par le consommateur immobilier du sens et de la portée de son engagement. Ajoutons que lorsque l'opération immobilière implique la signature d'une hypothèque, le notaire joue ici un rôle important. On peut penser que la présence d'un professionnel du droit, sur lequel repose un devoir de conseil au moment de la signature des actes, peut aider à améliorer la qualité de l'engagement du consommateur immobilier. Cependant, dans la pratique, il arrive que certains opèrent d'une manière tellement expéditive qu'on peut bien se demander si le notaire exerce réellement ce devoir, compte tenu de l'importance de l'acte et souvent de la densité des documents, et si le consommateur immobilier en retire vraiment quelque chose!

¹³⁴¹ Voir Bruno OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », dans *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, LGDJ, 1990, p. 317.

¹³⁴² Un droit de la consommation est-il possible dans ce contexte? Il n'y a pas lieu de répondre par la négative. Il est vrai que cela pourrait contribuer à la dispersion du droit de la consommation. Cependant, il y a bien d'autres choses que du droit contractuel dans le droit de la consommation qui est un droit multidisciplinaire, qui vise plus largement « le rapport de consommation » que le seul « contrat de consommation ». Voir Cristina NITU, *L'autonomie du droit de la consommation*, supra, note 933, p. 54 et s.

droit contractuel de la consommation intervient certes sur de nombreux points, quelques points sérieux de la protection du contractant n'y sont pourtant pas codifiés. C'est le cas de l'imprévision.

La non-prise en compte de la théorie de l'imprévision par la *Loi sur la protection du consommateur*. L'une des mesures protectrices que la législation sur la protection du consommateur n'a pas osé remanier est bien la reconnaissance de la théorie de l'imprévision. Toutefois, il faut préciser qu'il existe nombre de mécanismes qui, dans leurs effets, peuvent s'y apparenter. Il en va ainsi de l'article 107 de la Lpc qui offre au consommateur la possibilité de saisir le juge en cas de défaut de paiement afin d'obtenir une modification des modalités de remboursement. L'attitude du législateur reste très réservée, même dans le cadre de la protection du consommateur. Peut-on penser que la notion d'attente légitime du consommateur puisse être étendue au point d'intégrer les hypothèses équivalentes à l'imprévision? Il est aujourd'hui difficile d'y répondre. Comme le devoir de conseil, la théorie de l'imprévision semble encore comme étant trop protectrice, même dans le cadre d'une législation consumériste contemporaine, dont le côté excessivement procédural occulte la qualité de sujets de droit des acteurs qui y sont impliqués¹³⁴³.

D Les risques de perte par les contractants du statut de sujet de droit

L'imposition pure et simple d'un statut légal. L'une des réactions les plus radicales au volontarisme contractuel consiste à penser le droit, et donc la protection du contractant vulnérable, en excluant toute référence à la morale, autrement dit sous un prisme social non moral¹³⁴⁴. L'apport positif d'une vision socio-économique du contrat est net de ce point de vue. Ainsi, « si la sociologie juridique a pu enrichir à notre époque l'étude du phénomène contractuel sans tomber dans les excès d'un néo-positivisme, c'est en explicitant ces constatations et en adaptant les enseignements que l'on retire de la réglementation contemporaine de la

¹³⁴³ Précisons que même s'il n'allait pas jusqu'à affirmer le principe de l'imprévision, en 2011, le Projet de loi n°24 *visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*, prévoyait un certain nombre de dispositions qui devaient modifier la *Loi sur la protection du consommateur* en vue d'une plus grande protection du consommateur. Certaines ont été retenues et d'autres non. La recommandation portant sur la prise en compte de la force majeure afin de libérer le consommateur de son obligation n'a pas été reprise. Il préconisait également d'autres mesures telles que l'adoption d'un principe du prêt responsable, d'une obligation de conseil. Le sort dudit projet est depuis incertain, puisqu'il a été abandonné par la suite.

¹³⁴⁴ Notons que la différence avec la morale ne révèle pas forcément ici de ce qui est amoral, c'est-à-dire qui viole les principes moraux, mais davantage d'une vision qui s'opère en dehors de la sphère de la morale sans forcément aboutir à la violation des principes qui en sont issus.

convention »¹³⁴⁵. De plus, les règles applicables en matière de protection du consommateur relèvent en grande partie d'une législation d'ordre public qui s'impose aux contractants. Sauf que, dans ce contexte, contracter se réduit en grande partie, pour les parties, à se soumettre à un statut légal impératif et préconstitué¹³⁴⁶. Toute chose qui présente le risque d'aboutir à un « mécanisme qui provoque l'attribution aux individus d'un statut composé de droits et obligations et dans la création et le fonctionnement duquel la volonté n'est qu'une liberté d'adhérer au cadre préconstitué par la loi, aux statuts qu'elle établit »¹³⁴⁷. Dans un sens strictement formaliste ou fonctionnaliste¹³⁴⁸, l'idée de justice perd toute substance puisque le contrat est restreint à une relation de pure forme, c'est-à-dire à sa dimension exclusivement technique. Une loi intervient dans ce contexte comme un ensemble de dispositions techniques sans aucun *substratum* faisant de la justice contractuelle une question inutile. Non que ce soit là une conséquence accidentelle, mais l'effet immédiat d'un choix législatif qui exclut toute idée de justice contractuelle¹³⁴⁹. En opérant de la sorte, la protection de la partie vulnérable est réduite à une dimension positiviste et formelle. Comme l'exprime un auteur, « la loi aménage les conditions préalables et les règles d'exercice d'un jeu de rôles socioéconomiques au sein duquel le commerçant aspirera à faire des profits proprement, loyalement et à visage découvert, tandis que le consommateur s'efforcera de faire rouler l'économie sans se faire rouler »¹³⁵⁰. Il y a là une sorte de fatalisme : d'une part, le consommateur est protégé de l'extérieur, bon gré mal gré, à partir d'une représentation plus ou moins parfaite de l'opération de consommation et de celle du consommateur moyen, et, d'autre part, un défaut de prise en compte de la liberté contractuelle. L'absence de recherche de la justice contractuelle est telle que les règles protectrices du consommateur prétendent reproduire ce que

¹³⁴⁵ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, p. 16.

¹³⁴⁶ Voir François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, *supra*, note 753, p. 42. Une idée qui découle d'ailleurs de la théorie de Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*, Paris, Alcan, 1912. L'auteur estimait que ces contrats, réglementés dans leur quasi-totalité par la loi, appartiennent à la catégorie de l'acte-condition (p. 114). Voir aussi *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Éditions de Broccard, 1927.

¹³⁴⁷ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, 21. L'auteur mentionne également que c'est à une telle situation qu'aboutit la théorie développée par Léon Duguit au début du siècle en réponse au volontarisme individualiste. Mentionnons aussi que des auteurs comme Georges Rouhette ont été tentés de définir le contrat en adoptant uniquement une approche positiviste. Voir *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *supra*, note 119, p. 626-639.

¹³⁴⁸ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, 19.

¹³⁴⁹ Le professeur Belley précise justement que : « l'incommensurabilité des deux philosophies du contrat (technique dans la Lpc, morale dans le C.c.Q.) s'oppose logiquement à toute influence, explicite ou subtile. Une telle influence ne pourrait advenir que par la méconnaissance de l'abîme qui les sépare. ». Voir Jean-Guy BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 125 note de bas de page n°9.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 143.

seraient les rôles joués par les parties dans les faits, et ce, dans une perspective scientifique et objective. Le but du législateur « étant de mettre en scène un jeu à la fois efficace et sécuritaire, le législateur a scénarisé les interactions des acteurs, distribué les rôles et les responsabilités, prescrit ce qui doit être dit et fait par chacun des participants aux diverses étapes du déroulement de l'activité de consommation »¹³⁵¹. En somme, le consommateur est réduit au rôle d'acteur passif puisque les parties doivent se contenter de respecter au minimum les règles mises en place dans une perspective purement objectiviste.

La dérive objectiviste de la protection du contractant vulnérable. Sur le plan sociologique, le contrat de consommation est d'abord l'instrument d'un type de société fondée elle-même sur la consommation de masse. Il en découle logiquement que la liberté contractuelle n'y joue aucun rôle puisque « le droit de la consommation est devenu un droit du marché dont la logique, même appliquée à la matière contractuelle, s'est éloignée du droit des contrats fixé dans le Code civil »¹³⁵². Cela étant, faut-il en déduire que la liberté individuelle est, par le fait même, totalement inopérante? Pour répondre à cette question, il faudrait tenter de cerner la véritable nature du lien entre la vision socio-économique du contrat et la liberté contractuelle. En réalité, ce que nous apprend le réalisme sociologique est plus subtil. Il y a appert que, dans le versant formel de l'analyse réaliste du contrat, la liberté contractuelle n'est ni un obstacle ni un objectif¹³⁵³. Étant donné le rôle somme toute dérisoire qui lui reste, elle n'est ni pertinente ni intéressante pour la compréhension du contrat sur les plans social et collectif. Par conséquent, il n'y a pas de raison de poser d'emblée un rapport contradictoire entre la volonté et la vision socio-économique du contrat. Cette dernière n'implique en rien l'inexistence de la volonté des contractants. Le fait est qu'y faire référence n'y ajoute rien non plus. Le rapport avec la liberté individuelle relève donc de la neutralité. Que le contrat soit un fait social envisagé dans une perspective procédurale ne préjuge en aucun cas du rejet de la liberté contractuelle puisqu'en fait, elle ne dit rien du rôle que devrait jouer la liberté des parties. C'est à partir du contexte économique et social dans lequel le contrat s'insère que les règles protectrices du contractant vulnérable sont dégagées. La question est alors de savoir quel impact ce même constat pourrait avoir dans la recherche d'un

¹³⁵¹ *Id.*

¹³⁵² Une remarque faite dans le cadre du droit français, mais qui peut être transposée en droit québécois. Voir Philippe STOFFEL-MUNCK, « La codification du droit de la consommation », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, *supra*, note 133, p. 1273.

¹³⁵³ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, 21.

engagement réel de la part des deux parties. Or, une telle préoccupation n'est pas celle dont se soucie la *Loi sur la protection du consommateur*¹³⁵⁴. Néanmoins, prendre acte de ce que le contrat s'insère dans un environnement socio-économique qui le surplombe et le dépasse ne peut exclure d'office le fait qu'il est et demeure une opération d'échange et de communication entre deux ou plusieurs personnes. Le contrat n'est pas seulement une chose, il est aussi un lien! Alors, comment opérer la réconciliation au sein du contrat entre l'objet et le sujet, entre le contrat à titre de bien et le lien interpersonnel qui lui est inhérent? La problématique de la protection de la partie vulnérable relance les discussions relatives à l'interaction entre objectivation et subjectivation dans le contrat et, plus largement, dans les actes juridiques¹³⁵⁵. Tout le défi consiste à redonner un sens juridique à la relation contractuelle. Ce qui ne saurait se faire sans une redéfinition de la place de la volonté, même passablement limitée des parties¹³⁵⁶. À cet égard, la difficulté n'est d'ailleurs pas d'abord technique, mais idéologique. Sur la différence entre le *Code civil du Québec* et la *Loi sur la protection du consommateur*, Jean-Guy Belley souligne que :

Le contrat de consommation participe d'une culture et d'une pensée de type technique. Il se conçoit comme une manière concrète d'agir au sein d'un système général d'action et comme un programme de contrôle des opérations internes pour garantir l'atteinte de résultats choisis. Le contrat du Code civil participe, quant à lui, d'une culture de type humaniste. Il se conçoit comme l'acte de volition juridique d'une personne humaine définie par ses aspirations à la liberté et à la responsabilité. La théorie juridique classique du contrat participe de l'idéalisme philosophique de la première modernité. La théorie du

¹³⁵⁴ Cependant, la technicité du positivisme ne doit pas tromper quant à sa neutralité au plan des valeurs. Ce serait alors faire du droit l'instrument de défense de certains intérêts sans le dire ouvertement. Ce serait aussi méconnaître le fait que le droit positif est le résultat d'un choix entre plusieurs idéaux. Le droit n'a d'essence, mais il opère dans un milieu socio-économique et politique dominé par le conflit d'intérêts entre lesquels il est sans cesse appelé à choisir. Le contenu légal étant toujours une option pouvant changer compte tenu des intérêts lésés. La prétention à la neutralité du positivisme ne serait alors que la consécration des droits et intérêts des plus forts au détriment des faibles. François EWALD note qu'« il appartient au juriste d'appliquer le droit positif, et de l'appliquer d'autant plus rigoureusement que sa positivité est le principe de son objectivité. La loi doit rester la loi. Mais il n'a pas à être dupe des conditions de sa production, des rapports de forces qu'elle traduit, des positions de dominations qu'elle perpétue. Il lui revient d'être attentif aux aspirations des dominés, d'envisager la loi dans sa constitutive relativité, de régler son jugement sur le principe d'équilibre et, par une sage interprétation de son texte, de faire en sorte qu'elle agisse dans un sens qui couvre le jeu des transactions nécessaires ». Voir *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 507.

¹³⁵⁵ Voir quelques études, Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1970; Thierry REVET, « Objectivation et subjectivation », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 69.

¹³⁵⁶ Voir à cet égard la position de François EWALD, « la liberté n'est pas un pouvoir d'absolue autodétermination. Être libre ne signifie pas être indépendant ou indéterminé. La liberté est un pouvoir sans doute réel, quoique limité, de résister et de réagir aux influences que nous subissons ». Voir *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 166.

contrat qui sous-tend la *Loi sur la protection du consommateur* trouve plutôt son inspiration dans l'idéalisme technocratique de la seconde modernité¹³⁵⁷.

Un clivage de valeurs qui n'est pas sans déboucher sur la perte de la qualité de sujet de droit de la part des contractants.

La perte de la qualité de sujet de droit. La protection du contractant vulnérable qui en résulte débouche pourtant sur un choix dirigiste qui n'est pas sans présenter des dangers. En effet, une partie de la doctrine estime que la vocation des mécanismes de protection du consommateur débouche sur l'apparition d'un « nouveau sujet de droit »¹³⁵⁸. Il ne faut pourtant pas se leurrer sur la dimension fonctionnaliste et formelle de la protection du contractant dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur*. Elle brille par la rationalisation qui en découle. Cependant, cela ne peut que nuire à la qualité de sujet de droit et d'acteurs juridiques que sont et demeurent les parties, même dans un contexte de société de consommation. Or, les contractants y sont réduits à n'être que des « acteurs exerçant concrètement un rôle économique et social plutôt qu'à titre de personnes juridique abstraitement titulaires de droits et d'obligations »¹³⁵⁹. À ce propos, on peut craindre l'émergence d'une « régulation aveugle ». Bjarne Melkevik explique, à propos de la notion de vulnérabilité :

[qu'à] y regarder de plus près, nous ne pouvons qu'être éblouis par la dynamique qui anime le système économique moderne, mais c'est pour aussitôt faire le constat que l'humanisme économique classique semble totalement disparu comme signe distinctif. L'essentiel du système économique contemporain n'est pas tant aujourd'hui l'accumulation du capital que le fait que cette accumulation se réalise grâce à des formes de régulation aveugle, par des rajustements systémiques, qui, malgré leur efficacité rationnelle bien réelle à certains égards, échappent par essence à la prise de conscience et à la volonté¹³⁶⁰. (Nos ajouts)

Une telle forme de régulation réduit le contrat à n'être qu'un simple objet de consommation. Mais alors, on peut se demander si une loi telle que la *Loi sur la protection du consommateur*, bien que fortement technique, peut avoir été adoptée sans qu'il soit possible de déceler chez le législateur une quelconque vision de la justice. La question se pose d'autant plus que le désir de

¹³⁵⁷ Voir Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 145.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 69.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 143.

¹³⁶⁰ Voir Bjarne MELKEVIK, « Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit », dans *Considérations juridico-philosophiques*, supra, note 18, p. 23.

rétablir l'équilibre contractuel y est incontestablement manifeste¹³⁶¹. En outre, comment expliquer que dans une société de consommation le recours à la moralité contractuelle ou à la bonne foi connaisse un tel succès?¹³⁶² Dans la mesure où le droit de la consommation réduit le contrat à n'être qu'un bien, au risque de réifier les parties, faut-il oublier que, le recours à la moralité contractuelle rappelle le lien contractuel existant, peu ou prou, dans le contrat?¹³⁶³ Ces questions en cachent une autre plus fondamentale : que reste-t-il du sujet de droit que la modernité juridique nous aura apporté?¹³⁶⁴ Elle peut susciter l'étonnement lorsqu'on sait toutes les critiques dont le volontarisme contractuel a fait l'objet. Quelques précisions s'imposent sur le sens de notre question. Elle n'implique pas un retour au dogme de l'autonomie de la volonté, tant s'en faut. Néanmoins, la remise en cause du volontarisme doit-elle forcément déboucher sur un autre extrême et aboutir à l'abandon complet de la place et de l'importance des libertés que le volontarisme aura léguées au droit? Pour combattre le déséquilibre contractuel, faut-il abandonner toute perspective individuelle, tout rôle de la volonté? Ne faut-il pas plutôt chercher à remettre celle-ci à sa juste place, qui n'est pas obligatoirement celle de l'exclusion totale?¹³⁶⁵ Est-il possible de traiter le contrat comme un bien tout en préservant la place de la volonté? Ceci paraît difficile dans la logique du droit de consommation qui n'est pas sans présenter quelques reflets des préceptes individualistes.

Les relents individualistes du droit de la consommation. En fait, la critique consumériste n'est pas sans présenter des relents individualistes. En effet, elle repose sur la défense des intérêts légitimes du consommateur et il apparaît aussi que les revendications qui en découlent se posent

¹³⁶¹ Pour preuve de nombreuses dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*, notamment celles portant sur la lésion à l'article 8 ou 9, de même que les articles portant sur les clauses de prix ou sur les clauses pénales ou encore de limitation de responsabilité.

¹³⁶² Voir à ce propos, les remarques d'André BÉLANGER et Joelle MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *supra*, note 207, 37-75.

¹³⁶³ Pour le phénomène de réification en général, voir Alain DUREL, *L'empire des choses : quatre pour la fin des temps*, Paris, L'Harmattan, 2004. Pour ce qui est du contrat d'assurance en particulier, voir l'étude d'André BÉLANGER, « Le contrat d'assurance et la réification des parties », *supra*, note 994, 325.

¹³⁶⁴ Il convient de noter que cette modernité juridique reste à parfaire. Voir dans ce sens, Bjarne MELKEVIK, « Un regard moderniste sur le « droit naturel » ou comment rejoindre la modernité juridique », dans *Considérations juridico-philosophiques*, *supra*, note 104, p. 63-82.

¹³⁶⁵ Notons que même si l'argument n'apparaît pas de manière toujours explicite, c'est en filigrane que cette crainte justifie la position des partisans d'une approche intégrée du droit de la consommation au droit civil. En admettant la particularité de ce dernier, tout en lui refusant une autonomie complète, il s'agit en fait de tenter de réconcilier les deux versants de la vulnérabilité du contractant. Ce qui est loin d'être évident. Voir Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 5-25; Thierry BOURGOIGNIE, « Pour une approche globale et intégrée de la protection du consommateur surendetté », dans *Endettement des consommateurs : chronique d'une catastrophe annoncée*, *supra*, note 1265, p. 111-128. Nous y reviendrons dans le titre II.

largement en s'opposant aux intérêts des commerçants ou à ceux des professionnels. Le droit de la consommation devenant alors un droit des classes, celui des consommateurs par opposition aux commerçants¹³⁶⁶. Comme le volontarisme individualiste, l'approche consumériste repose sur les conflits d'intérêts entre des groupes d'intérêts différents. Raison de plus pour s'interroger sur le rejet de l'idée de justice contractuelle sur laquelle ce droit débouche.

Un rejet dangereux de l'idée de justice contractuelle. Faut-il conclure, pour comprendre la particularité du droit de la protection de la partie faible, que toute idée de justice contractuelle est à rejeter parce qu'impossible et inutile à formuler? Ne faut-il pas plutôt chercher les éléments permettant de saisir le substrat qui pourrait en découler?¹³⁶⁷ En effet, là où le volontarisme avait tout donné à l'individu, sans suffisamment tenir compte de son hétéronomie et de l'inégalité des forces en présence, on ne saurait remettre tout le contrat entre les mains d'un tiers, notamment l'État, qui en définirait le contenu légal et l'imposerait de l'extérieur aux parties¹³⁶⁸. De plus, comment laisser l'État assurer un tel rôle sachant qu'une bonne part de la vulnérabilité du contractant tire directement son origine du développement d'une économie promue et encouragée par celui-ci? Et que ce faisant, c'est avec l'aide de l'État que le contrat a été réduit à la seule maximisation du profit, à la recherche de l'efficacité économique, avec le désintéressement pour la prise en compte réelle des intérêts légitimes de la partie vulnérable que cela suppose¹³⁶⁹. Au surplus, l'État se trouve souvent dans la position de la partie forte, dont il peut lui-même être tenté d'abuser¹³⁷⁰. Si tel était le cas, tout se passerait comme si l'on accusait le fonctionnement de l'État d'être en grande partie responsable de la vulnérabilité des individus, parmi lesquels les contractants, de la perte de leur qualité de sujet de droit, et que l'on confiait, dans le même temps,

¹³⁶⁶ De ce point de vue, tant la moralisation du contrat que le droit procédural de protection du consommateur reposent sur l'opposition d'intérêts entre les parties avec au final une approche qui envisage d'abord le contrat comme un instrument économique. La bonne foi tend à moraliser l'économie, en y introduisant de la morale, tandis que les processus et les acteurs intervenant dans le droit de la consommation évincent toute morale au profit de règles techniques strictes. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'idée que le contrat demeure un lien contractuel entre deux personnes est passablement occultée. En tout état de cause, les moyens de protection mis en place de part et d'autre ne permettent pas de favoriser ce lien interindividuel.

¹³⁶⁷ Voir la préface de la thèse Nicole CHARDIN, *Le contrat de consommation et l'autonomie de la volonté*, *supra*, note 16.

¹³⁶⁸ Ce d'autant plus que, dans certaines conventions, dites règlementées, la partie dominante n'est autre que l'État ou l'un de ses démembrés. Et de manière plus générale, Bjarne Melkevik a bien montré que parmi les trois principaux acteurs à l'origine de l'hétéronomie de l'individu se trouve en tête l'État. Voir « Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit », dans *Considérations juridico-philosophiques*, *supra*, note 18, p. 18 et s.

¹³⁶⁹ Voir Ghislain TABI TABI, « La remise en cause du volontarisme contemporain », *supra*, note 7, 577.

¹³⁷⁰ Voir *supra*, Chapitre II du Titre précédent.

à l'État, le pouvoir et la responsabilité de rétablir l'équilibre au sein du contrat. Il y a là un paradoxe qui n'est pas mince¹³⁷¹. Devant de telles contradictions, remettre le contrat entre les mains de l'État s'opèrerait au détriment de la volonté des parties, de la compréhension du contrat et de la protection de la partie en position de vulnérabilité. Ce qui serait un recul considérable, car malgré les vifs reproches dont il est l'objet, le volontarisme aura eu un apport réel dont il faut reconnaître le mérite : il a permis de prendre conscience, à la différence du droit romain, de la part importante de volonté qu'il y a nécessairement dans tout contrat. Ce qui constitue une contribution majeure de ce courant à la bonne intelligence du contrat. Aussi, le rejet d'une vision dogmatique de la morale libérale et individualiste qui teinte le volontariste contractuel entraîne-t-il nécessairement l'impossibilité de déceler du contrat toute autre substance? Ne faut-il pas envisager la recherche d'un autre fondement à la justice contractuelle permettant d'intégrer la part de la volonté qui y est présente? La question doit à tout le moins être posée. La réponse ne peut-elle pas être trouvée — si tant est qu'il puisse y en avoir une - dans la généralisation de la recherche de l'équilibre contractuel? C'est du moins ce que d'aucuns soutiennent.

¹³⁷¹ *Id.* L'auteur décrit les différences sources de l'hétéronomie des individus parmi lesquels l'intervention et le rôle de l'État. Alors, l'État peut-il être tout à la fois la cause de l'hétéronomie des individus et chargé de la diminuer voire de la faire disparaître?

Conclusion du chapitre II

Tout au long de ce chapitre, nous avons analysé la protection du contractant vulnérable dans le cadre d'une approche technico-formelle en réponse aux critiques adressées à la vision idéaliste et volontariste dont la contemporanéité se traduit par la moralité contractuelle. Le caractère formel de la procédure de protection mise en place par le droit de la consommation ne se limite qu'à réguler les règles du jeu afin de ne pas sacrifier le sort du consommateur sans se préoccuper de rétablir une véritable relation entre les parties. Le droit contractuel de la consommation est actuellement loin d'une telle préoccupation, le contrat étant d'abord envisagé comme l'instrument de l'économie et de l'industrie capitaliste dont il faut sécuriser le processus. En revanche, elle débouche sur l'abandon de la qualité de sujet de droit des parties. Toute chose qui n'est pas sans susciter des inquiétudes.

Conclusion du titre I

À l'issue de ce titre, le contrat est apparu comme un fait social pouvant donner lieu à une réglementation formelle et technique. Mais celle-ci s'avère insuffisante à rendre compte de toute la complexité de la vulnérabilité du contractant. Le défi à relever est de taille, car cela exige une position idéologique assez singulière afin d'éviter de tomber à la fois dans les travers de la moralité contractuelle et dans ceux d'une approche purement procédurale. Ne faut-il pas plus sagement orienter le contrat vers la relation qui lui est sous-jacente, c'est-à-dire vers le lien entre les deux parties? C'est dans cette optique que l'on peut faire appel à un autre versant de la notion de relation. C'est du moins ce que proposent les partisans des courants contractuels dits solidaristes, résultant eux-mêmes de l'influence des doctrines sociales. Il est vrai que l'idée de solidarité est complexe et ambiguë, et ce, en partie parce qu'elle procède de sources diverses. Nous l'utiliserons quand même dans la mesure où elle fournit une réponse objective originale à la protection de la partie vulnérable. C'est sur cette théorie que nous allons maintenant nous attarder.

Titre II La notion de relation à l'origine de la vision solidariste de la protection de la partie vulnérable

La nature profonde de la notion de relation dans la perspective réaliste. Étatiser le contrat n'aurait pas été mieux que le refaire aveuglément reposer sur les postulats du dogme de l'autonomie de la volonté. Face à ce constat, comment ne plus voir dans le contrat une relation, non plus de pure forme, mais un rapport interindividuel qui implique l'exigence d'équivalence et d'équilibre comme autant d'objectifs même du droit des contrats¹³⁷². L'enjeu n'est pas négligeable et repose sur la question de savoir comment assurer la protection du contractant faible dans une optique réaliste, avec ce que cela implique d'interventionnisme, sans refaire du contrat la chose d'un tiers ou de l'État, sans tomber dans les pièges du paternalisme ou sans sacrifier complètement la liberté des parties? Pour y arriver, il faudrait garder à l'esprit que le sens profond du « réalisme ne se révèle que lorsqu'on abandonne la vision formaliste de la relation pour ne plus la traiter comme un " universel logique" à la façon des kelséniens, mais comme ayant

¹³⁷² Il n'y a là rien de bien révolutionnaire, si on se rappelle que le jusnaturalisme classique faisait dans le réalisme contractuel et du contrat le lieu de l'équilibre. Sauf que la différence se situe au niveau du fondement puisque pour le solidarisme, ce réalisme repose d'abord sur l'idée que le contrat est un fait social. Voir Jean-Marc TRIGEAUD, «La convention », *supra*, note 95, 20. Comme nous l'avions mentionné, nous ne reviendrons pas sur le débat jusnaturalisme et droit positif. Tout ce que nous voulons faire apparaître, ce sont les liens possibles. Mais nous nous situons nous-mêmes en dessous de ce débat. Par ailleurs, le solidarisme contractuel part d'abord de l'idée que le contrat est un fait social. De ce point de vue, il se dissocie nettement du droit naturel classique puisqu'il cherche à l'intérieur même de la société sa règle de justice.

une densité ontologique, ressortant d'une expérience "en situation" »¹³⁷³. Dans cette hypothèse, « les parties à la convention sont envisagées non comme sujets abstraits ou comme agents sociaux, mais comme personnes concrètes "en relation" »¹³⁷⁴. Toute chose qui fait renaître l'idée de justice contractuelle, puisque « l'intervention de facteurs relationnels extrinsèques de rattachement n'a nullement compromis l'irréductibilité d'un substrat, d'un "upokeimenon" subjectif de la convention »¹³⁷⁵. Devant le déséquilibre qui caractérise les contractants et en vue de conserver ce substrat irréductible, auquel appartient le lien contractuel, ne faut-il pas par surcroît abandonner définitivement la logique d'opposition d'intérêts entre les parties? C'est dans cette perspective que se situe le solidarisme contractuel dans lequel l'idée de contrat est un mode d'expression factuelle du lien social. Une relation qui définit le contrat comme un acte de solidarité et le lieu du dialogue entre les parties. Tant sa conclusion que son exécution sont soumises aux nécessités sociales et ayant pour but l'utilité sociale. Le contrat est un fait social non pas seulement parce qu'il subit l'influence extérieure, mais aussi dans la mesure où cela en fait un instrument de solidarité sociale. Il l'est en outre parce qu'il est le lieu d'expression privilégié de la relation de solidarité entre les individus. Le solidarisme contractuel parie sur la fécondité de l'idée de solidarité. Celle-ci est basée non plus sur la sécurité des transactions et la rationalisation du processus contractuel, mais davantage sur le renforcement du lien entre les contractants. Le contrat n'intervient pas « seulement comme une transaction économique; il est aussi une relation sociale »¹³⁷⁶. Par opposition à l'individualisme contractuel, le solidarisme repose sur la communauté d'intérêts pouvant exister entre les parties. Ce modèle de contrat est présent dans

¹³⁷³ *Ibid.*, p. 19.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, p. 19.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, p.16.

¹³⁷⁶ Bien que la remarque ait été utilisée dans un autre contexte, l'accent est mis ici sur le lien entre les contractants qui s'insère dans une sphère plus large. Voir Jean-Guy BELLEY, « Deux journées dans la vie du droit : Georges GURVITCH et Ian MacNeil », dans François Chazel, Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 110.

la doctrine française contemporaine du droit des contrats¹³⁷⁷. Il a depuis quelque temps connu une petite incursion chez les auteurs au Québec¹³⁷⁸.

La notion de relation sous le prisme solidariste. La vision solidariste s'inscrit en rupture théorique avec le courant dominant en matière de contrat et situe la recherche de l'équilibre contractuel dans le cadre de nouveaux principes et instruments de protection de la partie vulnérable. Une divergence qui se veut radicale dans le sens étymologique, de *radicalix*, et renvoie à ce qui est fondamental. Toute chose dont on peut rendre compte tant au niveau théorique qu'à travers la mise en œuvre des principes et mécanismes de protection qui en découlent. Dans un premier chapitre, nous nous intéresserons à la valeur que le solidarisme contractuel accorde à la recherche de l'équilibre contractuel. Une approche de la relation contractuelle dont il faut faire ressortir les postulats, la place et l'apport en la matière aujourd'hui. Dans un deuxième chapitre, nous verrons que le solidarisme contractuel ne se réduit pas à la reprise d'un discours socio-philosophique adapté au contrat. Il peut prendre une forme positive susceptible d'inspirer les dispositions légales et la jurisprudence en vue d'une meilleure protection des intérêts de la partie vulnérable.

¹³⁷⁷ En dehors des études désormais classiques de Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *supra*, note 82, p. 441-472; Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-Éditions Juris-Classer, 1999, p. 60. Auteurs que l'on peut présenter comme les orfèvres du solidarisme contractuel. Cependant, la doctrine est utilisée dans de nombreuses études. Voir, sans que cela prétende à l'exhaustivité, Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, LGDJ, 2006; David BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, Paris, LGDJ, 2005, p. 325-337; Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *supra*, note 5, p. 113-127; Luc GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, Paris, LGDJ, 2004, p. 110-115; Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris, Dalloz, 2004, p. 820-822.

¹³⁷⁸ Pour rejeter son versant fraternaliste, voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, *supra*, note 49, p. 185 et s. Voir une tentative de théorisation au Québec, Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54.

Chap. I La valeur du contrôle de l'équilibre contractuel dans la vision solidariste

La réalité du solidarisme contractuel. Analysant la place faite au solidarisme contractuel dans la formation du contrat, Éric Savaux prend immédiatement position : « le solidarisme contractuel existe »¹³⁷⁹, martèle-t-il. Ce dernier précise, à l'égard du solidarisme contractuel, et la remarque vaut pour le courant solidariste en général, qu'« il est ici, parmi nous, présent dans l'esprit de tous : ceux qui le soutiennent, ceux qui le combattent et ceux qui, sans doute plus nombreux, doutent »¹³⁸⁰. Une certitude et un enthousiasme qui ne sont évidemment pas partagés. Concernant les adeptes, ils n'ont plus besoin d'être convertis, peut-être leur position doit-elle

¹³⁷⁹ Voir « Solidarisme contractuel et formation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 44.

¹³⁸⁰ *Id.*

simplement être confortée et enrichie, mais aussi nuancée. Les détracteurs de la doctrine seront, quant à eux, difficilement convaincus. Il n'empêche que la qualité et la solidité des réserves émises par ces derniers permettent de juger du sérieux et de la fécondité du solidarisme en matière contractuelle¹³⁸¹. Ce sont les hésitants, ceux qui ne connaissent pas assez et qui ne s'intéressent pas ou peu à cette théorie, qu'il faudrait peut-être convaincre. Pour ce faire, le même auteur propose une démarche qui se veut progressive. « De quoi s'agit-il en effet?, se demande-t-il. D'une doctrine juridique qui emprunte à la philosophie et à la sociologie. Pour la cerner avec précision, il faudrait suivre la pente qui va du solidarisme au solidarisme juridique, puis au solidarisme contractuel »¹³⁸². C'est la voie que nous entendons emprunter dans ce chapitre pour saisir la vision solidariste.

L'approche du solidarisme contractuel. Avant d'envisager le solidarisme contractuel en tant que grille de pensée du droit des contrats, il convient d'abord de s'attarder sur les assises théoriques et philosophiques sans lesquelles il se présente tel un discours orphelin, dénoué de toute racine (Sect. I). Ensuite, nous analyserons sa réception en droit des contrats, plus spécialement en guise de réponse aux défis posés par les inégalités contractuelles. En fait, il nous paraît difficile d'évaluer le solidarisme contractuel sans un travail préalable portant sur ses racines profondes. Étant entendu que des mutations se sont opérées entre le début du 20^e siècle, à l'époque de sa genèse, et le solidarisme contractuel contemporain (Sect. II). Enfin, nous tenterons de procéder à l'identification du solidarisme contractuel dans la sphère juridique de protection du contractant vulnérable en vue de mettre en lumière son originalité. Pour ce faire, nous procéderons à la confrontation entre cette doctrine et d'autres théories ou concepts juridiques qui interviennent en la matière et avec lesquels elle pourrait être confondue (Sect. III). Autant de points d'analyse qui nous permettront d'évaluer à leur juste valeur les bases théoriques du contrôle de l'équilibre contractuel qu'offre le solidarisme contractuel et donc les différents aspects qui en assurent la légitimité.

¹³⁸¹ Et de l'aveu même des partisans du solidarisme contractuel contemporains, les termes utilisés par les opposants n'ont pas été tendres : « indigence ou insipidité intellectuelle, sentimentalisme naïf, doctrine de faussaire, collectivisme doucereux... ». Voir Christophe JAMIN, « Le procès du solidarisme : brève réplique », dans *Le solidarisme contractuel*, dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 159.

¹³⁸² Voir « Solidarisme contractuel et formation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 44.

Sect. I Les racines théoriques du solidarisme contractuel

Avant de s'attarder sur la genèse du courant solidariste au début du 20^e siècle (para II), il faudrait se poser la question de savoir si le solidarisme contractuel qui en a découlé tire véritablement ses racines de ce courant (para I).

Para I Le solidarisme contractuel, une théorie juridique aux assises théoriques et philosophiques inutiles et introuvables?

Une théorie sans racines philosophiques? Dans la thèse qu'elle consacre au solidarisme contractuel, Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier tente de démontrer que cette doctrine n'est qu'un principe juridique autonome à la fois de la bonne foi et de la philosophie sociale solidariste. S'ils entretiennent des points de contact, notamment par le terme « solidarisme » qui leur est commun, ou par les effets qui pourraient éventuellement déteindre sur le contrat, là s'arrêterait, selon l'auteure, le lien avec la doctrine développée par les juristes et le courant de pensée sociale¹³⁸³. Elle ne voit d'ailleurs pas, dans cette séparation, une connotation négative. Elle prévient dans ce sens que :

Bien entendu, cette comparaison sommaire entre le solidarisme contractuel et le solidarisme social appliqué au contrat n'a pas pour finalité de critiquer ce dernier et plus globalement la conception sociale du droit. Elle vise seulement à mettre en exergue l'autonomie par rapport à ce dernier du solidarisme contractuel afin de mieux cerner l'orientation de l'étude de celui-ci. Avec le solidarisme contractuel, il s'agit donc de penser le contrat autrement que sous l'angle de la philosophie individualiste, et sans se référer à la philosophie sociale solidariste¹³⁸⁴.

Cette affirmation suscite quelques réserves. Elle traduit la position de ceux qui doutent de la réalité du solidarisme contractuel en tant que doctrine reposant sur des bases théoriques solides. Cette remarque, qui est d'ordre général, a trait au lien entre la philosophie libérale individualiste et les différents courants de pensée qui s'opposent à elle. En effet, comment affirmer que le solidarisme contractuel s'oppose à l'individualisme libéral sans chercher à établir ses rapports avec le courant philosophique et idéologique dont il se prévaut? Le fait est que les juristes n'ont pas pris l'habitude de justifier leur prise de position ni de fournir les sources théoriques qui les

¹³⁸³ *Le solidarisme contractuel, supra*, note 1422, p. 16 et s.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, p. 17-18.

inspirent¹³⁸⁵. La tendance est alors forte de réduire le solidarisme contractuel à n'être qu'un simple instrument juridique. Un autre élément à noter est que la reconnaissance du solidarisme contractuel repose principalement dans sa prétention à inscrire le contrat dans le cadre d'une rationalité radicalement nouvelle. Une chose est de constater les origines et les sources multiples des doctrines sociales et solidaristes, qui présentent donc une complexité certaine, une autre est d'en déduire que dans son versant contractuel, il n'est pas nécessaire de tenter de déceler les relations réelles existant avec ces doctrines. Ignorer les ponts entre la philosophie sociale solidariste et le solidarisme contractuel, et ce, essentiellement parce qu'elles ne sont pas aisées à établir, ne consiste en rien de moins que couper les racines de ce dernier et en compromettre sérieusement la légitimité.

La dimension strictement sociale de la doctrine solidariste. Pour en arriver à lui méconnaître toute assise théorique, Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier part du constat selon lequel, chez Demogue, la solidarité n'a qu'une « dimension strictement sociale »¹³⁸⁶. Elle en conclut qu'on ne peut la saisir sur le plan juridique et encore moins en droit des contrats¹³⁸⁷. Marc Mignot, quant à lui, arrive à la même conclusion, mais par un cheminement quelque peu différent. Il estime que c'est la définition même de la solidarité qui n'est pas compatible avec les objectifs du solidarisme contractuel. La solidarité appartiendrait au domaine du don, de la gratuité, et à ce titre, ne concerne réellement que les personnes ayant des liens personnels, intimes, à l'instar des relations familiales, amicales ou de bénévolat¹³⁸⁸. En outre, l'idée de solidarité ne peut fonder une justice contractuelle commutative dont le but est de rétablir l'équilibre au sein du contrat, puisqu'elle relève essentiellement du déséquilibre¹³⁸⁹. Cela exclurait alors le recours à la solidarité dans la

¹³⁸⁵ Christophe JAMIN fait aussi ce constat en matière de solidarisme contractuel, mais il s'agit là d'une considération générale. Voir « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 161. En réalité, estime l'auteur « il est néanmoins possible de les percevoir dans leurs œuvres parce que, loin d'être purement techniques, elles sont toujours tributaires d'un certain climat intellectuel, bien que leurs auteurs s'ingénient le plus souvent à gommer tout élément politique ou idéologique de leurs discours », (p. 161-162).

¹³⁸⁶ Voir *Le solidarisme contractuel*, supra, note 149, p. 9.

¹³⁸⁷ *Ibid.*

¹³⁸⁸ En tout cas, c'est dans ce type de relations que la solidarité a davantage tendance à se déployer. L'auteur rappelle la distinction opérée en sociologie entre la socialité primaire et secondaire, le contrat appartenant à la seconde. Or, la solidarité est d'abord de l'ordre de la socialité primaire, bien qu'on puisse la retrouver dans la socialité secondaire, mais alors ce n'est que dans des cas très spécifiques, comme les systèmes distributifs (maladie, vieillesse, maternité ou travail), auxquels n'appartiendrait pas le contrat. Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier, ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », (2004) 4 *R.R.J.* 2168.

¹³⁸⁹ *Id.*

relation de type marchand qui ne peut « être un acte solidaire quand l'essentiel des règles qui s'y appliquent tend à mettre en œuvre la justice commutative et que cette justice est exactement l'inverse de la solidarité »¹³⁹⁰. Une position qui n'est pas sans révéler une certaine approche du contrat. L'auteur soutient à cet effet que la solidarité au sein du solidarisme contractuel, qui renvoie d'abord à l'interdépendance, ne tient pas suffisamment compte de la dimension identitaire et psychologique de cette dernière. À cet égard, il note :

Il y a bien longtemps que le contrat n'est plus une alliance totale entre les êtres, mais un simple rapport objectivé d'intérêts. Le contrat repose plutôt sur l'altérité que sur l'identité, car chaque contractant est intéressé par la différence de l'autre et cherche à obtenir de lui ce qu'il n'a pas. Ensuite, contrairement à ce qu'affirme la doctrine solidariste en confondant solidarité et interdépendance, la solidarité ne peut être universelle, car l'identité se dissipe au fur et à mesure que le groupe de référence augmente. La solidarité n'est universelle que si elle est confondue avec l'interdépendance, mais alors il n'est plus question de solidarité humaine, mais d'un simple fait dépourvu de la dimension psychologique requise dans le phénomène solidaire. Le solidarisme use et abuse de la polysémie du mot solidarité, en l'employant systématiquement dans le sens *abusif* d'interdépendance¹³⁹¹.

Un usage de notion de solidarité qui crée un réel flou qu'il faut délier de celui du solidarisme.

La négation du lien entre solidarisme et contrat. Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier tente de réduire le solidarisme contractuel à n'être qu'un outil supplémentaire dans le paysage juridique de la protection de la partie vulnérable dans un contexte dominé par l'individualisme contractuel. Marc Mignot, quant à lui, exclut le recours à l'idée même de solidarité et la pertinence du solidarisme contractuel qui pourrait en découler. Dans les deux cas, la conséquence est similaire : le solidarisme contractuel n'a pas de racines philosophiques sur lesquelles il pourrait sérieusement reposer afin de prétendre refonder le contrat et, partant, assurer la protection des contractants vulnérables. Chez les deux auteurs, le contrat ne relève pas du lien social. Marc Mignot constate à ce propos que :

Si l'échange n'est solidaire que s'il est déséquilibré, l'échange marchand est nécessairement anti-solidaire. Plus généralement, les caractères de l'échange marchand en font un acte éloigné des considérations solidaristes. S'il faut concéder que le titre gratuit est effectivement une manifestation d'altruisme, "le titre onéreux est l'expression, la mise en œuvre de l'égoïsme juridique". L'échange marchand n'a aucune fonction socialisatrice. Il n'a pas la durée et la

¹³⁹⁰ *Ibid.*, 2188.

¹³⁹¹ *Ibid.*, 2170.

profondeur nécessaires pour créer du lien social. Les intérêts qui rapprochent momentanément les contractants sont superficiels et changeants et ne font que cacher une profonde divergence entre eux¹³⁹².

Or, pour en assurer la reconnaissance sur le plan juridique, il faudrait, et ce, même de manière imparfaite, essayer de faire ressortir les origines sociales, certes multiples, de la doctrine solidariste du contrat. Cependant, une telle entreprise n'est pas sans présenter des risques, et nombreuses sont les raisons qui expliquent que certains juristes préfèrent s'en tenir à la dimension strictement juridique des concepts avec lesquels ils doivent procéder. Un rappel des racines sociales du solidarisme contractuel que ses adeptes ne manquent pas de mettre en exergue et qui demeure pertinent en vue non pas seulement de mieux assoir la doctrine, mais également d'en légitimer l'existence.

L'attitude malaisée des juristes vis-à-vis de l'étude des justifications théoriques du droit. La position d'Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier traduit le malaise noté quelques fois chez les juristes face à l'étude des justifications et des fondements théoriques des règles de droit. Celles-ci ne trouvent pas toujours leur réponse dans le droit positif ou dans la doctrine avec laquelle le juriste est habitué à travailler. Par conséquent, la tâche n'est pas simple lorsque vient le temps de procéder à un tel examen, parce qu'alors, le juriste doit se faire un peu philosophe ou un peu sociologue, bref, toucher à des disciplines avec lesquelles il n'est pas forcément à l'aise, et pour lesquelles il ne dispose pas toujours des compétences ou des connaissances requises. Le défi est donc réel. Cependant, choisir de ne pas le relever, c'est risquer de perdre de vue un aspect important favorisant une bonne compréhension du solidarisme contractuel. Nul besoin d'établir les racines du solidarisme contractuel avec précision, surtout lorsqu'il s'agit d'un travail opéré après coup avec les risques que cela comporte, mais il importe de fournir davantage que des « points de contact » à une pensée qui présente une complexité réelle.

La complexité de la pensée solidariste. En réalité, la difficulté à établir des ponts solides entre le solidarisme contractuel et son versant philosophique ne repose pas seulement sur les capacités à effectuer un tel travail. Il faudrait surtout prendre acte des transformations que subit une doctrine au contact d'une situation donnée ou d'une autre discipline. À cet égard, le solidarisme

¹³⁹² Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier, ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2188.

contractuel en constitue un excellent exemple. Si les doctrines sociales ont pénétré le droit, à l'issue de cette pénétration, des transformations se sont opérées, de sorte que la philosophie sociale ne peut demeurer identique au contact de la logique juridique, de son *modus operandi* et de ses catégories. Les principales raisons pour lesquelles il n'est pas facile de procéder avec précision à l'identification des racines philosophiques du solidarisme contractuel sont de deux ordres : interne au droit et inhérente à la multiplicité des origines des doctrines sociales solidaristes. Ajoutons à cela que l'influence des doctrines sociales sur le droit, et spécialement sur le contrat, ne s'est pas faite de manière linéaire et à une époque précise. Elle s'est plutôt opérée par à-coups, en fonction des auteurs et selon les époques. C'est seulement après coup que le travail pédagogique d'identification peut se mettre en place¹³⁹³. En outre, la pensée sociale solidariste est complexe, voire contradictoire, sans compter que le contexte économique, social et politique influence forcément la forme et le sens que prend la doctrine sociale solidariste à un moment donné¹³⁹⁴. Par conséquent, le risque de contradiction au sein même de cette doctrine est grand. Toute chose qui explique que son appréhension en matière contractuelle ne soit pas une tâche simple, et ce, d'autant plus qu'il est appelé à se renouveler.

La nécessité d'un renouvellement des bases théoriques du solidarisme. Les doutes concernant la filiation du solidarisme contractuel et sa pertinence proviennent en grande partie des arguments développés par ceux qui combattent la doctrine. Parmi les nombreux éléments avancés pour nier tout intérêt au solidarisme contractuel, les uns touchent principalement à la source philosophique à laquelle il puise ses racines et les autres visent plus directement l'aspect doctrinal. Étant donné que sur le plan théorique, les bases sur lesquelles le solidarisme contractuel reposait au moment de sa genèse ne valent plus de nos jours, la doctrine en ressort d'autant plus fragilisée. Elle l'est d'autant plus qu'il existe une multiplicité de discours solidaristes.

La multitude des formes du solidarisme contractuel. Une autre raison majeure pour laquelle l'identification des racines philosophiques du solidarisme contractuel demeure ardue provient de

¹³⁹³ François EWALD voit dans le développement de l'assurance, l'une des origines de l'idée de solidarité. Il soutient que: « L'idée de solidarité, qui fournira l'une des grandes doctrines sociales de la fin du XIX^e siècle, a sans doute des origines multiples. L'une d'entre elles est à rechercher dans le type d'objectivation qu'implique la technologie même de l'assurance ». Voir *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 185.

¹³⁹⁴ Voir la présentation introductive de Jacques CHEVALIER, *La solidarité, un sentiment républicain?*, Paris, PUF, 1992, p. 5 et s.

la multitude des formes qu'il prend. Ainsi est-il possible de penser que la fraternité à laquelle certains auteurs l'assimilent s'abreuve aux mêmes sources que la coopération? Même si les auteurs essaient aujourd'hui d'identifier ce qui devrait être le solidarisme contractuel de ce qui ne l'est pas, il semble que la confusion continue de régner et mine l'identification des racines de celui-ci. Dès lors, établir ce qui relève du pilier philosophique commun au-delà des variantes est un travail essentiel et difficile. Nombre de juristes qui se prévalent du solidarisme contractuel contemporain ou qui présentent leur étude comme pouvant être saisie sous l'angle solidariste, n'éprouvent pas toujours le besoin de bien faire connaître à leurs lecteurs les origines philosophiques de cette doctrine¹³⁹⁵. Il est vrai qu'une telle exigence n'est pas toujours nécessaire, notamment dans le cadre d'une analyse strictement positiviste des règles du contrat. Cependant, il arrive paradoxalement qu'un auteur fasse la description même inconsciente de règles relevant de considérations purement individualistes. Malgré la polysémie de la notion de solidarité, elle demeure, semble-t-il, une notion d'actualité pouvant servir de grille d'analyse au discours de la protection des catégories vulnérables. Tant du point de vue méthodologique que stratégique, le renouveau du solidarisme contractuel justifie amplement le rappel des socles théorique sur lesquels il a pris naissance et s'est construit.

Para II La naissance du courant solidariste au début du 20^e siècle

Les acteurs du solidarisme social et de l'idée de solidarité. Quatre principales figures sont habituellement associées à la doctrine sociale solidariste : Alfred Fouillée¹³⁹⁶, Léon Bourgeois¹³⁹⁷,

¹³⁹⁵ Voir Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 9.

¹³⁹⁶ Pour le versant philosophique, voir *Les Éléments sociologiques de la morale*, Paris, Alcan, 1928 (la première édition de cet ouvrage remonte à 1885). Le philosophe va ensuite renier partiellement les idées solidaristes. Voir Louis MOREAU de BELLAING, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?* *supra*, note 1394, p. 88.

¹³⁹⁷ Si Léon Bourgeois est un des fondateurs de la doctrine solidariste, c'est aussi à titre de juriste qu'il va donner une grande connotation juridique à cette doctrine. Voir Léon BOURGEOIS, *La solidarité. Essai d'une philosophie de la solidarité*, Écoles des hautes études sociales, Paris, Alcan, 1902 (réédition). À la différence des autres fondateurs de la doctrine, il s'est attelé à lui donner le plus possible une dimension pratique, et ce, au regard de sa qualité d'homme

Eugène De Roberty¹³⁹⁸ et Célestin Bouglé¹³⁹⁹. Sans prétendre faire une étude exhaustive du contenu de chacune de leurs pensées originelles, il convient d'en rappeler les principaux éléments. La doctrine solidariste est d'abord une critique de la notion désuète de charité. Elle est aussi une remise en cause du collectivisme qui débouche sur une forme de despotisme étatique. Elle conteste la validité du modèle libéral individualiste qui aboutit lui-même à l'oppression des forts et des propriétaires de capitaux¹⁴⁰⁰. Cette philosophie politique repose sur des concepts-clés faisant intervenir différentes notions, notamment la solidarité, la dette sociale, le quasi-contrat et l'État. L'idée de solidarité, terme inventé par Pierre Leroux¹⁴⁰¹, est certainement l'aspect le plus important de ce courant¹⁴⁰². Cet auteur y voit le ressort de l'appartenance des individus à une même humanité et la base de leur association. Une notion que l'on retrouve chez le fondateur de la sociologie française, Émile Durkheim¹⁴⁰³. Pour ce qui est de la dette, Léon Bourgeois estime que l'homme apparaît dans une association qui le précède et à l'égard de laquelle il est endetté. Même si l'exacte proportion dans laquelle chacun est appelé à contribuer reste floue, il n'en reste pas moins que la liberté des hommes reste grevée par « ce qu'on peut appeler sa part dans la contribution pour le progrès »¹⁴⁰⁴. Quant à la notion de quasi-contrat, elle sert de fiction pour justifier à la fois l'existence de la dette et la nécessité pour chacun de l'assumer. Étant interdépendants, « les hommes se trouvent dans une situation de quasi-contractants, obligés les

politique pendant la III^e République. Voir Jean-François NIORT, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », (1994) 3 R.R.J. 786.

¹³⁹⁸ Voir *Constitution de l'éthique*, Paris, Alcan, 1900.

¹³⁹⁹ Pour un autre versant philosophique, *Solidarisme*, Paris, Alcan, 1907. Léon Bourgeois et Célestin Bouglé font référence, sur le plan philosophique, à Alfred Fouillée et se réclament eux-mêmes explicitement d'un économiste comme Charles GIDE auteur de *Principes d'économie politique* (1884-1932), Paris, Éditions L'Harmattan, 2000; *Histoire des doctrines économiques* (1909), Paris, Dalloz-L'Harmattan, 2002; *Coopération et économie sociale* (1886-1904), Paris, Éditions L'Harmattan, 2002.

¹⁴⁰⁰ Voir Pierre DUBOIS, *Le solidarisme*, Thèse, Université de Lille II 1985; Louis MOREAU de BELLAING, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?*, *supra*, note 1394, p. 88-90.

¹⁴⁰¹ Voir Armelle LE BRAS-CHOPARD, « Métamorphoses d'une notion : la solidarité chez Pierre Leroux », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?*, *supra*, note 1394, p. 55; Pierre MAZET, « Le courant solidariste », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 14.

¹⁴⁰² Il est vrai qu'il n'est pas cité parmi les fondateurs du solidarisme, mais il est à la base de l'idée de solidarité qui a ensuite eu des impacts dans différentes sphères : politique, juridique, économique ou sociologique. Voir Louis MOREAU DE BELLAING, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?*, *supra*, note 1394, p. 78.

¹⁴⁰³ Il opère une distinction entre la solidarité mécanique et organique. La première est caractéristique des sociétés traditionnelles et qu'on retrouve dans le cadre des liens de proximité comme la famille. La deuxième relève de la division du travail dans les sociétés modernes. Cependant, à la base de la solidarité organique se trouve la solidarité mécanique. Voir *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1991, (il s'agit de sa thèse de doctorat soutenue en 1893).

¹⁴⁰⁴ *La solidarité. Essai d'une philosophie de la solidarité*, Écoles des hautes études sociales, 1901-1902, Paris, Alcan, 1902, p. 130.

uns envers les autres en raison de l'interdépendance des faits économiques et sociaux, en raison de la volonté qu'ils auraient eue s'il y avait eu contrat »¹⁴⁰⁵. À partir de là se dégage une approche de l'idée de justice qui légitime l'existence d'obligations découlant à la fois de la dette et du quasi-contrat¹⁴⁰⁶. Il ne faut pas s'y tromper, malgré les nombreuses références à des notions juridiques dans cette doctrine solidariste et sa prétention au réalisme sociologique. Il s'agit en fait d'une utopie qui repose sur le constat selon lequel :

Les nécessités de l'existence, l'interdépendance des faits économiques et sociaux s'imposent à ceux-ci, sans qu'ils aient préalablement discuté les conditions du rapport d'obligations qui doit intervenir entre eux. L'on retrouve une infinité de causes que la volonté autonome n'a pas créées, mais qui provoquent des obligations que celle-ci doit assumer. Il est alors nécessaire qu'en faveur de la protection des intérêts tant individuels que collectifs des membres d'une communauté donnée, les obligations auxquelles ils doivent satisfaire soient analysées sous le prisme d'un contrat rétroactivement consenti. L'approche consiste à détecter ce que la volonté aurait voulu si elle avait eu la possibilité de discuter des termes du rapport obligationnel. La présomption selon laquelle les volontés libres et égales auraient exprimé leur consentement, est regardée comme étant le seul fondement du droit ou de leur engagement. C'est dans ce sens que l'on parle de contrat¹⁴⁰⁷.

Cette idée de contrat rétroactif n'est rien d'autre qu'une création puisque, dans les faits, elle n'a pas existé. Il n'en reste pas moins vrai qu'au sein du solidarisme, la notion de justice résulte de la solidarité et de la coopération sociales entre les individus. Il est à la fois une critique de l'individualisme libéral et un refus du socialisme collectiviste. Ce qui n'implique pas une intervention étatique systématique. L'État y joue un rôle et est censé arbitrer ledit quasi-contrat et en assurer le respect. Néanmoins, il importe de relativiser et d'éviter toute prépondérance de la fonction étatique¹⁴⁰⁸. Sur ce point, par opposition à la notion de prérogatives de la puissance publique développée par Maurice Hauriou, Léon Duguit, qui se rapproche du courant solidariste, défend plutôt l'idée que « les gouvernants sont des individus comme les autres, pris comme les

¹⁴⁰⁵ Voir *La solidarité. Essai d'une philosophie de la solidarité*, Écoles des hautes études sociales, 1901-1902, Paris, Alcan, 1902, p. 109. Notons au passage que le solidarisme est une critique de la théorie du contrat social de J. J. Rousseau justement parce que, même si les termes peuvent induire en erreur, il n'y a pas, de l'opinion des solidaristes, assez de social dans ce contrat, qui est davantage une figure politique que sociale. En outre, il repose plus sur l'aspect volontariste que sur l'idée d'association qui est à la base du solidarisme. Les notions juridiques de quasi-contrat et de dette que l'on retrouve également chez Alfred Fouillée, *Les Éléments sociologiques de la morale*, Paris, Alcan, 1905, p. 308.

¹⁴⁰⁶ Voir Pierre DUBOIS, *Le solidarisme*, thèse Université de Lille II, 1985, p. 58.

¹⁴⁰⁷ Voir pour le résumé de cette utopie rapprochée du rapport d'obligation contractuelle, voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 3.

¹⁴⁰⁸ Telle est la position d'Alfred Fouillée qui prétend qu'il faut tenter de concilier « la plus grande individualité de chaque membre et la plus grande solidarité de tous les membres ». Voir *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1910, p. 247-248.

autres dans les liens de la solidarité sociale et soumis comme tous les membres de la société à la règle de droit fondée sur la solidarité »¹⁴⁰⁹. Aussi, « à la différence des conceptions socialistes, il n'est pas question de mieux organiser la société, d'instaurer une meilleure égalité, mais simplement de faire prendre conscience à chaque individu de ce qu'il doit du fait de son inscription sociale »¹⁴¹⁰. Le solidarisme se révèle à la fois un principe de répartition sociale des charges et des devoirs qui n'autorise pas pour autant que l'État soit partout présent et un type de justice qui repose non pas sur les caractéristiques individuelles, mais dans le désir de solidariser les individus. Comme le défend Léon Bourgeois, il s'inscrit dans une optique scientifique et pratique qui exclut toute référence à des notions métaphysiques et idéalistes¹⁴¹¹. Toute chose qui en fait une forme particulière de socialisation.

La solidarité, une forme de socialisation. La solidarité est surtout une forme de socialisation¹⁴¹². Il est vrai que ce terme n'est pas lui-même facile à comprendre et suscite de nombreuses équivoques. Il est au cœur de la légitimation de l'action de l'État, tout en essayant de conserver une part de liberté individuelle. Dès le début du XX^e siècle, Jacques Chamont tente de résoudre le dilemme :

Mais n'y a-t-il pas une contradiction à voir dans cette libération de l'individu, dans ce développement du droit individuel, une forme de socialisation? Est-ce que l'opposition ne résulte pas des mots eux-mêmes individualisés socialisés? Nous ne voyons dans cette opposition qu'une dangereuse confusion. Elle nous amène à concevoir l'individu et l'État comme des forces antagonistes, l'une ne pouvant s'exercer et se développer qu'au détriment de l'autre. Sans doute,

¹⁴⁰⁹ Voir Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. 1, 1^{ère} éd., Paris, Fontemoing, 1911, p. 116.

¹⁴¹⁰ Voir « Le courant solidariste », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 18.

¹⁴¹¹ Voir *La solidarité*, 1^{ère} éd., Paris, Armand Colin et Cie Éditeurs, 1896, p. 31 et s. Pierre Leroux présentait sa notion de solidarité comme un principe d'organisation reposant sur des bases scientifiques par opposition à une vision qui tendait alors à la réduire à un sentiment, à la charité ou à un devoir. C'est cette approche de la solidarité qui favorise la définition des moyens permettant d'assurer la concrétisation du discours philosophique. Voir Pierre LEROUX, *De l'Humanité, de son principe et de son avenir*, 2^e éd., Paris, Perrotin, 1845, p. 173, cité Armelle LE BRAS-CHOPARD, « Métamorphoses d'une notion : la solidarité chez Pierre Leroux », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?*, *supra*, note 1394, p. 64. Pour Léon Bourgeois, le solidarisme découle d'abord de la science. Même certains auteurs solidaristes voient aussi dans le contrat d'association entre les individus un fondement à la fois moral et scientifique. Voir Eugène De ROBERTY, *Constitution de l'éthique*, Paris, Alcan, 1900. On retrouve aussi chez Fouillée un solidarisme à forte connotation morale comme fondement des droits qui en résulterait. Voir *Les Éléments sociologiques de la morale*, Paris, Alcan, 1928.

¹⁴¹² La question de la protection du contractant vulnérable faisant partie intégrante de cette socialisation du droit. Voir Jean-Pascal CHAZAL, « La protection de la partie faible chez Josserand ou la tentative de maintenir le compromis républicain », Paper presented at the *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Université de Lyon, March 21-22, 2014, p. 2, consulté en ligne 1^{er} mars 2015. Voir http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf

la socialisation implique l'intervention de la société règlementant, humanisant les rapports individuels, s'efforçant de faire reconnaître à chacun sa part de droit. Mais réprimer des abus, rétablir l'égalité, ce n'est pas porter atteinte au droit individuel. Restreindre le droit du mari ou du père; c'est sauvegarder le droit de la femme ou de l'enfant. On peut soutenir - et c'est la thèse de Jaurès, - que le socialisme, l'organisation du travail n'avait rien d'inconciliable avec la liberté. Seulement, sous le régime du libéralisme économique, la liberté n'existe pleine et entière que pour un petit nombre de privilégiés¹⁴¹³.

Cela dit, la doctrine solidariste ne constitue pas moins une vision utopique avec ce que cela implique de constructions intellectuelles et de représentations.

Les fictions de la doctrine solidariste. Une présentation du solidarisme comme celle qui précède ne va pas sans susciter des critiques. Déjà, à la même époque, cette doctrine est attaquée dans ses principes mêmes¹⁴¹⁴. En effet, Eugène d'Eichtal avait déjà remis en cause le recours à l'idée de quasi-contrat reliée à celle de l'existence d'une association antérieure, préexistant à l'individu. Si ce dernier point est acceptable, comment peut-on alors y voir l'existence d'un contrat préalable librement consenti? Qu'il puisse y avoir de la solidarité entre les individus, soit! Toutefois, comment fonder cette dernière sur un quasi-contrat dont on peut difficilement démontrer l'existence¹⁴¹⁵? Le recours à la figure du quasi-contrat est, pour le moins, loin de convaincre et il est tout à fait laborieux de fonder la solidarité en supposant l'existence d'un consentement tacite ou rétroactif. Ce qui mine la scientificité dont se réclament les fondateurs de la théorie puisqu'elle repose sur des fictions. Les réserves émises contre le courant solidariste ne s'arrêtent pas à ce constat. Il est de manière plus péjorative présenté comme « un entre-deux, un ni ni : ni le collectivisme des socialistes ni le libéralisme des "économistes " »¹⁴¹⁶. De ce point de vue, ses créateurs auraient manqué de courage, puisque :

¹⁴¹³ Voir Jacques CHARMONT, « La socialisation du droit (leçon d'introduction d'un cours de droit civil), (1903) *Revue de métaphysique et de morale* 385.

¹⁴¹⁴ Pierre Mazet rappelle les réserves émises par Eugène Eichtal en 1903 qui estime que la théorie est viciée au départ, au sein même de ses bases. Voir « Le courant solidariste », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 18. Eugène EICHTAL, *La solidarité sociale, ses nouvelles formules*, Paris, Alphonse Picard et fils éditeurs, 1903.

¹⁴¹⁵ Voir *La solidarité sociale, ses nouvelles formules*, supra, note 1414, p. 9 et s. On retrouve déjà la même critique chez Fouillée qui croit non seulement qu'il ne faut pas diluer l'individu dans le social mais aussi qu'il ne faut pas non plus faire un usage excessif de l'idée de quasi-contrat. Ces réserves émises par Fouillée n'étaient peut-être pas inutiles puisque la première disparition du solidarisme sera en grande partie due à une forte intervention de l'État au détriment de l'individu et la difficulté à mettre en œuvre l'idée d'association des fondateurs du solidarisme sans brimer de front la liberté individuelle. Voir les commentaires de Louis MOREAU de BELLAING, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?*, supra, note 1394, p. 92 et s.

¹⁴¹⁶ Voir Philippe RÉMY, « La genèse du solidarisme », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 6.

Bouglé taille sur mesure une sorte de compromis au moyen de ce qu'il faut bien appeler un collage intellectuel : un morceau de néocriticisme et un bout de sociologie durkheimienne pour marier une philosophie du sujet avec la solidarité organique et la division du travail [...] la « rectification de l'individualisme » par l'« idée sociale » d'un côté; la « libéralisation du socialisme » de l'autre; la défense de la propriété privée, mais aussi la justification de l'interventionnisme étatique [...] le livre de Bouglé est constamment fait de la réduction de ces antithèses préalablement ramollies et adoucies¹⁴¹⁷.

Cette voie médiane entre des théories antagonistes apparaît tel le refus d'un véritable positionnement afin d'éviter, en fin de compte, toute attitude tranchée pouvant choquer¹⁴¹⁸. De l'avis de Philippe Rémy, malgré l'ambition innovatrice de ses fondateurs, la naissance du solidarisme ne relève pas d'un programme pensé et organisé, « ce sont assez largement des œuvres de circonstance »¹⁴¹⁹. D'ailleurs, les idées sur lesquelles il repose ne souffrent-elles pas d'obsolescence?

Le solidarisme, une vision sociale obsolète? Les liens avec les doctrines sociales solidaristes tiennent de la nécessité d'assumer les positions politiques et philosophiques qui s'ensuivent afin d'en dégager des applications et des réponses aux problèmes contemporains. Or, pour Philippe Rémy, certes, le véritable problème est de « penser le droit dans une société d'individus », pour autant, il soutient que le solidarisme des auteurs du 20^e siècle ne permet pas de le faire. Il mentionne à juste titre qu'il lui :

paraît très artificiel – ou très ambigu – de chercher à ressusciter une doctrine qui eut son heure de gloire dans les années 1880-1930. Cela signifie qu'on en accepte l'aspect politique (le radicalisme façon III^e république) et que les prémisses de la philosophie juridique (la critique du guiste des droits subjectifs réduits à leur « fonction sociale » et des droits de l'homme comme « conception métaphysique » en voie de disparition)?¹⁴²⁰

Les auteurs ne sauraient donc y rechercher les racines doctrinales du solidarisme contractuel puisqu'elles sont surannées. Ce courant de pensée repose sur une vision de la société « datée »¹⁴²¹, appartenant au passé et qui renvoie à des idées que personne n'oserait plus aujourd'hui

¹⁴¹⁷ *Id.*

¹⁴¹⁸ Voir Nicole et André-Jean ARNAUD, « Une doctrine de l'État tranquillisant : le solidarisme juridique », (1976) 21 *A.P.D.* 150. Précisons ici que si le solidarisme ne semble pas avoir bonne presse, c'est aussi en partie parce qu'elle se présente comme un arrangement entre différentes philosophies, compromis dénoncé autant par les unes que les autres. Voir Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 34.

¹⁴¹⁹ Voir « La genèse du solidarisme », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 5.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, p. 9.

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 5.

défendre¹⁴²². Envisager de fonder la protection du contractant sur l'idée de solidarité relève d'une forme d'anachronisme, mais également telle une vieille doctrine molle et peu audacieuse. Elle n'aurait d'ailleurs été inventée que pour légitimer la protection de la classe ouvrière en France au début du 20^e siècle. Cette troisième voie à laquelle le solidarisme prétend ne constitue alors que l'une « de ces vaines tentatives de concilier les contraires, la manière dont les bourgeois de la Belle Époque auraient cherché à se sauver du péril ouvrier »¹⁴²³. Cela étant, nul besoin d'endosser toutes ces idées politiques du début du 20^e siècle pour être à même de traiter du solidarisme contemporain et de son éventuelle influence sur le droit des contrats. Il appert plutôt que le solidarisme, qui a survécu aux idées de Léon Bourgeois, a subi depuis de profondes transformations qui pourraient justifier son intérêt pour notre temps.

L'intérêt actuel de l'idée de solidarité. Selon Jacques Donzelot, l'idée de solidarité participe de nos jours de *l'invention du social*. En ce sens, la solidarité ne laisse enfermer dans aucune idéologique. L'auteur affirme à cet effet que :

Le social apparaît comme une invention nécessaire pour rendre gouvernable une société ayant opté pour un régime démocratique. Toute son histoire se présente comme la recherche d'une voie qui évite tant les fourches caudines de la Révolution que celles de la tradition, afin d'apporter une solution spécifiquement républicaine à la question de l'organisation de la vie des hommes en société, par-delà les sommations doctrinaires du libéralisme et du socialisme¹⁴²⁴.

De l'opinion de Pierre Mayet, « certes on ne fait plus référence à la doctrine et à sa construction intellectuelle, mais on a conservé la représentation du lien social qu'elle a véhiculée. Le solidarisme a muté plus qu'il n'a réellement disparu »¹⁴²⁵. Cette mutation l'a réduit au rang de « référence rituelle, servant à légitimer les politiques sociales »¹⁴²⁶ et dont on peut douter de l'efficacité réelle et pratique. En fait, le solidarisme n'est pas mort avec ses panégyristes d'origine,

¹⁴²² *Ibid.*, p. 9 et 10.

¹⁴²³ François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 358.

¹⁴²⁴ Voir *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Le Seuil, 1994, p. 13 et 14. Ce nouveau discours sur le solidarisme n'est d'ailleurs pas sans opérer le continuum avec les précurseurs du solidarisme, tels Léon Bourgeois, Maurice Houriou ou Duguit. En outre, l'idée d'un solidarisme qui transcende les différences et prend acte des échecs est toujours présent chez les auteurs contemporains. C'est ainsi que sous la plume de Donzelot et sur le plan politique, la solidarité est présentée comme étant « ce principe de gouvernement qui permet de convertir les exigences et les craintes contradictoires engendrées par la proclamation de la République en une croyance commune au progrès » (p. 13).

¹⁴²⁵ Voir « Le courant solidariste », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 24.

¹⁴²⁶ Voir Jacques CHEVALIER, « La résurgence du thème de la solidarité », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?*, *supra*, note 1394, p. 1.

car c'est l'idée de solidarité qui est appelée à un renouvellement constant. D'ailleurs, de toutes les critiques formulées à l'encontre des théories solidaristes, ce n'est pas tant l'idée de solidarité ou le principe de la solidarisation des intérêts qui est remise en cause, que les concepts sur lesquels elle repose¹⁴²⁷. Par conséquent, la solidarité demeure une notion dont la fécondité ne peut être en soi mise en doute¹⁴²⁸. Aussi, la possibilité de faire appel à cette idée en vue de penser la protection des catégories d'individus lésées demeure tout à fait intéressante, et ce sans prétendre y fondre totalement le fait contractuel¹⁴²⁹. Il s'agit, sur le plan social ou national, d'une idée toujours à reconstruire afin d'en tirer les moyens de lutter contre l'exclusion. À ce titre, il n'y a pas lieu de parler de disparition. Il est vrai que les liens avec ses origines intellectuelles initiales sont restreints, mais ne peut-on pas croire que l'essentiel a été conservé, à savoir l'importance du lien social toujours à revoir? La solidarité et ses influences sont appelées à une incessante transformation¹⁴³⁰ dans l'organisation du rapport individu-société¹⁴³¹.

¹⁴²⁷ Voir Pierre MAZET, « Le courant solidariste », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 19.

¹⁴²⁸ D'ailleurs, une auteure souligne à juste titre que : « le solidarisme marque la volonté que l'on pourrait qualifier de politique de prêter davantage attention à la partie faible. Elle pourrait être explorée davantage, dans la mesure où la solidarité ne s'est pas arrêtée à Léon Bourgeois et a connu des développements majeurs depuis, et notamment, au XX^e siècle ». Voir Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, supra, note 1181, p. 83 et s. Voir aussi Alain SUPPIOT, « Les mésaventures de la solidarité civile », (1999) *Dr. Soc.* 64.

¹⁴²⁹ Voir Philippe STEINER, « Le fait social économique chez Durkheim », (1992) 33-4 *Revue française de sociologie*, 649.

¹⁴³⁰ Voir Pierre MAZET, « Le courant solidariste », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 24; Voir les commentaires de Louis MOREAU DE BELLAING, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?*, supra, note 1394, p. 92 et s. Cet auteur explique comment le solidarisme connaîtra une première disparition dans les années 30. Il réapparaîtra ensuite dans les années d'après-guerre 40 et 45. Il disparaîtra de nouveau pour être réactivé dans les années 80. À chaque fois, le sens qu'il revêt n'est pas forcément le même, mais manifeste la nécessité de repenser et de reconstruire le lien social chaque fois qu'il apparaît déchiré par diverses formes de domination. Ce qui s'opère par le renouvellement de l'idée de solidarité. On peut noter cette remise en avant de la pensée solidariste chez de nombreux auteurs des années 80, notamment dans les sciences sociales, Pascal DUBOIS, *Le Solidarisme*, Thèse, Université de Lille, 1985; Jacques DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, supra, note 1424, 1984; Jean DUVIGNAUD, *La solidarité Liens de sang et liens de raison*, Paris, Fayard, 1986. Et en ce qui concerne la philosophie du droit, François EWALD, *L'État providence*, supra, note 31. On note aussi un regain des idées solidaristes aujourd'hui encore, voir Serge PAUGAM, *Repenser la solidarité : l'apport des sciences sociales*, Paris, PUF, 2007.

¹⁴³¹ De l'idée de solidarité chez son créateur Pierre Leroux, il apparaît déjà que « la solidarité permet [...] de résoudre le dilemme individualiste et socialiste autoritaire en organisant la communication entre l'individuel et le collectif. Elle réalise l'équilibre toujours précaire entre le sentiment d'appartenance à l'humanité, fondé sur l'égalité des hommes et l'épanouissement de l'individu dans sa singularité et sa différence. Qui ne tient compte que de cette appartenance à l'humanité cherche à rendre les individus semblables et égaux, tous identiques et uniformes pour faire « coller » au besoin par la force la réalité au principe égalitaire. C'est l'État qui fait respecter cette rigoureuse et artificielle identité, au détriment des originalités traitées de déviances, conduisant ainsi au despotisme et au totalitarisme. Qui exalte en revanche la particularité, la différence de chacun, en coupant le lien nécessaire avec autrui, conduit, à l'écrasement des plus faibles par les plus forts, l'autre ne servant plus que d'instrument et non plus de fin comme l'exige l'impératif catégorique kantien ». Voir Armelle LE BRAS-CHOPARD, « Métamorphoses d'une notion : la solidarité chez Pierre Leroux », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?* supra, note 1394, p. 69.

Le renouveau de l'idée de solidarité et la doctrine sociale. À la solidarité traditionnelle du début du XIX^e siècle ont été substituées de nouvelles formes de solidarités dont il n'est pas toujours aisé de rendre compte. Ainsi, « ce qu'on met désormais sous le vocable de solidarité, c'est avant tout la lutte contre les exclusions de toute nature : "de nouvelles solidarités" sont devenues nécessaires parce qu'on assiste à un "élargissement de l'exclusion [...]" »¹⁴³². L'idée de solidarité resurgit sous de nouveaux visages et est, à cet égard, loin de constituer un concept désuet. Même réduit à n'être qu'une « référence rituelle », il n'est pas exclu de voir « ses potentialités brusquement réactivées et se transformer en moteur de changement »¹⁴³³. Aussi, le terme solidarité ne doit-il pas être assimilé à une doctrine sociale, « il s'agit plutôt d'une sorte de fonds commun, de référence obligée, à la fois scientifique et idéologique, qui a donné lieu à une infinité de variations – économiques, sociologiques, juridiques, et politiques »¹⁴³⁴. Sans qu'il soit nécessaire d'assimiler le solidarisme contractuel à la philosophie sociale solidariste du début du 19^e siècle ou avec une de celles qui a cours de nos jours, celle-ci est la principale source à laquelle s'abreuvent les défenseurs du solidarisme contractuel contemporain. En effet, « il ne s'agit plus aujourd'hui de la forme originelle du solidarisme qui, comme l'a dit Philippe Rémy, est datée, mais d'une figure nouvelle, développée en considération du contexte économique moderne. Pour l'essentiel, l'inspiration reste cependant la même »¹⁴³⁵. Le solidarisme contractuel ne peut pas être assimilé au solidarisme. Cependant, le premier est bien l'un des aspects de la mutation du second au contact du droit, spécialement en matière contractuelle.

Sect. II Le recours au solidarisme contractuel pour contrer les inégalités entre les parties

Le versant contractuel du courant solidariste a pris naissance au début du 20^e siècle (para I). Il a connu une période creuse avant d'être remis au goût du jour dans une sorte de renouveau (para II). À toutes les étapes de son histoire, le solidarisme contractuel a connu de nombreuses critiques dont il convient de prendre la juste mesure (para III).

¹⁴³² Voir Jacques CHEVALIER, « La résurgence du thème de la solidarité », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?*, *supra*, note 1394, p. 131.

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 135.

¹⁴³⁴ François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 358. Il est vrai que l'auteur fait ici allusion à la protection de la classe ouvrière. Mais l'appel à l'idée de solidarité aujourd'hui ne s'y réduit plus, mais la mention conserve toute son actualité.

¹⁴³⁵ Voir Éric SAVAUX, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 44.

Para I Le solidarisme contractuel au début du 20^e siècle

La genèse du solidarisme contractuel. Le développement des idées solidaristes n'a pas laissé les juristes indifférents, et ce, dès le départ¹⁴³⁶. Ils seront nombreux à s'emparer des idées développées par les théoriciens de la doctrine sociale solidariste. C'est sur fond de critique de l'individualisme contractuel faite par de nombreux juristes français au début du XIX^e siècle que le solidarisme va intervenir. Des juristes en droit des contrats vont aussitôt tenter de tirer profit de cette « synthèse solidariste » afin de rompre la logique d'opposition d'intérêts qui domine dans les contrats :

En effet, alors que domine quasi hégémoniquement durant la plus grande partie du XIX^e siècle la thèse individualiste, se développe assez tôt une réaction intellectuelle principalement née dans le camp de la sociologie. Cette réaction entraînera dans son sillage maints développements, de nombreuses œuvres, dont certaines iront jusqu'à nier tout individualisme juridique. Entre deux extrêmes se constituera une « synthèse solidariste », formulant une philosophie de la solidarité sociale [...] l'objectif sera ici de moins chercher à opposer qu'à concilier le droit individuel et le droit social¹⁴³⁷.

Une tentative de conciliation à laquelle adhère un bon nombre de juristes français associés à ce mouvement. Ainsi, Saleilles, avec la notion de contrat d'adhésion, met de l'avant l'inadéquation de la définition civile du contrat¹⁴³⁸. L'auteur rappelle que, contrairement à ce qu'on enseignait jusqu'alors, « le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs pour la satisfaction des intérêts communs réciproques »¹⁴³⁹. Il est déjà influencé par l'idée de solidarité qu'il place au centre du contrat. L'opération contractuelle doit être entendue, dit-il, « d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué »¹⁴⁴⁰. On retrouve la même diatribe

¹⁴³⁶ Léon Bourgeois peut être considéré comme le fondateur du versant juridique du solidarisme. Par ailleurs, si le solidarisme contractuel renvoie au droit des juristes privatistes, son influence en droit public est indéniable, notamment chez des auteurs tels que de Duguit ou Hauriou que nous avons mentionnés dans nos précédents commentaires.

¹⁴³⁷ Voir Jean-François NIORT, « La naissance du droit social en France. Une problématique de la liberté et de la solidarité », (1993-1994) *Cahiers Diké* UQAM 18.

¹⁴³⁸ Il joue un rôle important dans l'opportunité de renouveler les règles d'interprétation du contrat. Voir Nicolas MATHEY, « Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », dans *Le Code civil : 1804-2004, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 211.

¹⁴³⁹ Voir *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1902, p. 229.

¹⁴⁴⁰ *Id.*

dans la célèbre thèse d'Emmanuel Gounot¹⁴⁴¹. Ce dernier entreprend la critique du droit des contrats afin de montrer l'inadéquation avec l'individualisme juridique face à des relations contractuelles qui apparaissent dans les faits comme étant déséquilibrées¹⁴⁴². C'est à partir des critiques formulées contre un individualisme contractuel exacerbé que le solidarisme contractuel va se déployer comme une alternative crédible¹⁴⁴³. Au sein de la doctrine, la tendance est de réduire l'œuvre solidariste de René Demogue à l'assimilation qu'il opère entre la société et le contrat, sa contribution est beaucoup plus riche¹⁴⁴⁴.

Le solidarisme chez Demogue, brèves précisions. Pour justifier l'exclusion du lien entre solidarisme contractuel et solidarisme social, Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier explique que dans la perspective de René Demogue, l'approche de la solidarité n'est pas de nature juridique, mais strictement sociale¹⁴⁴⁵. Partant de ce constat, elle estime qu'il est impossible de bien saisir le rôle de la volonté et l'intérêt de chacune des parties. Tout lien entre le solidarisme contractuel au sens de Demogue et le principe juridique de solidarisme est donc impensable. Même si une telle conclusion est possible, rien n'interdit de procéder à une analyse différente des écrits de René Demogue. Il est vrai que René Demogue conteste la primauté et l'exclusivité accordées à la volonté et à la liberté¹⁴⁴⁶; il est attesté qu'il donne une réelle importance à la dimension sociale

¹⁴⁴¹ Et déjà l'idée que le contrat ne saurait être réduit au : « lieu du choix désordonné de deux égoïsmes » mais devrait être envisagé sur « un principe d'union et de solidarité ». Voir *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, supra, note 58, p. 23.

¹⁴⁴² Il faut dire que pour ce faire, Emmanuel Gounot a d'abord procédé à la construction du dogme de l'autonomie de la volonté. Voir Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, supra, note 243, p. 95. Cet argument ne saurait être présenté comme une critique, car si on peut croire qu'à l'époque le Code de Napoléon n'avait pas été conçu sur des principes individualistes, il a en tout cas, de même que le droit civil québécois, évolué dans ce sens. Voir Alfons BÜRGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », supra, note 212. Emmanuel Gounot n'est pas lui-même totalement inconscient de la construction qu'il opère, puisqu'il reconnaît non seulement que le phénomène qu'il décrit n'est pas aussi intelligible, ni même conscient chez les juristes qu'il critique et qu'il y a eu dans son travail une part de construction intellectuelle voire d'exagération. Toutefois, il s'est vu obligé de procéder ainsi pour la clarté de son analyse et de la critique qu'il souhaitait opérer. Voir *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, supra, note 119, spéc. p. 80-84.

¹⁴⁴³ L'idée de solidarité renvoie déjà l'interdépendance entre les individus. Elle n'est pas totalement étrangère aux dispositions du Code civil à l'époque et remonte même à bien plus loin que cela. Ainsi en va-t-il de l'obligation solidaire prévue par le Code civil ou de l'obligation *in solidum* créée par la jurisprudence. Voir Luc GRYNBAUM, « La notion de solidarisme contractuel », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 27-30.

¹⁴⁴⁴ Voir Christophe JAMIN, « Demogue et son temps, et de morale, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », (2006) 56 *R.I.E.J.* 380 et s.

¹⁴⁴⁵ Voir *Le solidarisme contractuel*, supra, note 1377, p. 9 et 17.

¹⁴⁴⁶ Voir René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai sur critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Éditions La mémoire du droit, 2001, p. 158.

du contrat¹⁴⁴⁷. Toute chose qui lui permet de conclure à une redistribution des avantages et pertes du contrat. Mais de là à nier tout lien juridique entre sa conception du solidarisme et la dimension juridique du contrat, il y a un pas qu'il ne faudrait peut-être pas rapidement franchir. En fait, les choses sont un peu plus complexes dans la mesure où l'auteur ne souhaite pas tant écarter la liberté que contester l'exclusivité accordée à celle-ci¹⁴⁴⁸. C'est de cette façon qu'il faut saisir l'importance accordée à la coopération et à la collaboration qui ressort du lien de solidarité existant entre les parties au contrat¹⁴⁴⁹. Chez Demogue, le contrat s'inscrit totalement dans la recherche d'une harmonie sociale plus large¹⁴⁵⁰. On ne rappelle pas assez l'importance que René Demogue accorde à l'idée de solidarité dans sa conception sociale des rapports interindividuels dont le lien contractuel n'est qu'une des manifestations. À cet égard, il soutient que « l'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure »¹⁴⁵¹. Une position qui révèle l'influence de la coopération sociale. Celle-ci est applicable au contrat dont « les buts ne peuvent pas toujours être atteints par la voie rectiligne que les contractants avaient conçue. La voie à suivre pour atteindre le plus essentiel du but se transformera en volonté des parties, par la décision du juge »¹⁴⁵². Pour René Demogue, c'est bien cette dimension sociale du droit qui fait défaut et qui n'est pas suffisamment prise en compte parce qu'elle est supplantée par le dogme de l'autonomie de la volonté¹⁴⁵³. On a oublié, selon René Demogue, d'ajouter dans la définition de l'acte juridique la dimension sociale de celui-ci. Pourtant, « il est celui où le but social poursuivi concorde avec une volonté individuelle »¹⁴⁵⁴. L'auteur reprend l'idée que le contrat est avant tout un fait social, aspect sur lequel, selon lui, les juristes ne mettent pas assez l'accent. L'originalité de l'apport du solidarisme contractuel repose alors sur la substitution de l'opposition d'intérêts entre les parties, par l'idée de collaboration et de coopération¹⁴⁵⁵. Cette dernière apparaît comme l'un des principaux moyens d'établir une

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 169.

¹⁴⁴⁸ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 9.

¹⁴⁴⁹ Voir les analyses d'Isabelle DHAINAUT, « Demogue et le droit des contrats », (2006) 56 *R.I.E.J.* 113-114.

¹⁴⁵⁰ Voir Duncan KENNEDY et Marie-Claire BELLEAU, « La place de Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », (2006) 56 *R.I.E.J.* 163-199. Pour ces auteurs, René Demogue n'a pas une approche hypostasiée de l'individu, mais il le considère comme étant à la fois titulaire de droits et obligé.

¹⁴⁵¹ Voir *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931, p. 19.

¹⁴⁵² *Ibid.*, p. 9.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, p. 27.

¹⁴⁵⁴ *Id.*

¹⁴⁵⁵ Sous cet angle, René Demogue transfère en matière contractuelle l'idée solidariste selon laquelle il faudrait opposer à l'oppression ou à la guerre que se livrent les différents acteurs sociaux, une logique de collaboration et de coopération. On retrouve très nettement cet aspect chez Pierre Leroux, celui-là même qui a inventé la solidarité. Voir

véritable relation entre les parties. C'est essentiellement dans ce sens qu'il faut entendre la position de l'auteur mentionnée à plusieurs reprises : « les contractants forment une sorte de microcosme où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun »¹⁴⁵⁶. Faire une lecture des écrits de Demogue visant à couper tout lien avec la doctrine sociale dans laquelle il insère le contrat n'est pas sans entraîner quelques effets paradoxaux.

Les dérives autonomistes d'un solidarisme contractuel hypostasié. Le problème fondamental du rejet ou de la critique des liens entre solidarisme social et solidarisme contractuel ne se situe pas uniquement au niveau ci-dessus mentionné. Lorsqu'on en supprime les assises théoriques ou philosophiques, aussi surprenant que cela puisse paraître, la découverte d'un principe de solidarité au sein des contrats risque alors de s'opérer à partir d'une perspective individualiste et libérale. D'ailleurs, le glissement n'est pas toujours totalement conscient. C'est pourtant précisément l'impression qui jaillit de la manière dont procède Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier. L'auteure part d'une conception du contrat qui se rapproche des courants individualistes et libéraux,¹⁴⁵⁷ pour en arriver à tirer des conséquences sur le plan solidariste, un solidarisme qu'elle a au préalable dépouillé de ses fondements épistémologiques, théoriques et philosophiques! On peut ne pas être d'accord avec les principes dont s'inspire le solidarisme contractuel;¹⁴⁵⁸ on pourrait même mettre en doute l'efficacité de ses fondements philosophiques, mais en ignorer l'existence peut aboutir à des résultats pour le moins aberrants. Tenter de tirer l'existence du solidarisme en matière contractuelle dans ce contexte ne peut aboutir qu'à le déformer¹⁴⁵⁹. Or,

Armelle LE-BRAS-CHOPARD, « Métamorphoses d'une notion : la solidarité chez Pierre Leroux », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain?*, *supra*, note 1394, p. 68.

¹⁴⁵⁶ La remarque de Bonnacasse est éclairante à ce propos : il affirme que « tandis que les uns, *MM. Capitant, Colin, Planiol*, faisant usage de l'abstraction et de la généralisation, aboutissent à des définitions très simples et ressortissant à la pure technique juridique, les autres, tel René Demogue, mélangent constamment la science et le technique, se refusent à méconnaître la complexité de la vie sociale sous le couvert de l'abstraction et de la généralisation et se rallient par la suite à des définitions beaucoup plus complexes que les premiers ». Voir *Supplément du traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. 2, Paris, Sirey, 1925, n°3111, p. 356, cité par Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 8.; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Arthur Rousseau, 1931, p. 9 et 16 et s.

¹⁴⁵⁷ L'auteure fait référence à Henri LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », dans *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, LGDJ, 1999, p. 643.

¹⁴⁵⁸ Voir Marc MIGNOT « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2153-2197.

¹⁴⁵⁹ Si la perspective de Marc Mignot semble plus cohérente puisqu'il conteste le lien entre solidarité et solidarisme contractuel au profit d'une approche individualiste du contrat, il aboutit au même résultat puisqu'il semble vider de tout contenu et de toute pertinence le solidarisme contractuel comme vision alternative du contrat. Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la

malgré les critiques et les limites, le solidarisme contractuel repose sur une vision du contrat qui se présente comme une alternative radicale et fondamentale à l'individualisme juridique. Dans le cas contraire, vaine est son étude! On ne peut lui nier ses bases philosophiques et prétendre le retrouver au sein des règles positives du droit des contrats, sans le fondre dans l'approche dominante en droit des contrats, et sans aboutir à des prises de position des plus contradictoires. La tentation est d'autant plus grande que cette doctrine n'est pas homogène.

Le solidarisme contractuel, une doctrine hétérogène. À l'époque, l'homogénéité qu'on pouvait être tenté de voir au sein de la doctrine solidariste n'était qu'apparente. En fait, il y avait déjà à cette période presque autant de doctrines sociales solidaristes qu'il y avait d'auteurs¹⁴⁶⁰ et le versant juridique n'échappait pas à une telle observation¹⁴⁶¹. Les critiques ne manquent pas à l'encontre des juristes qui s'inspirent de ce courant afin de favoriser ou de justifier de nouvelles mesures de protection des contractants ou ceux dont les écrits traduisent son influence. Il en va ainsi du Doyen Ripert qui s'en prend violemment à Josserand dont la théorie de l'abus de droit débouche selon lui sur la négation des droits des individus au profit d'une trop grande immixtion de l'État¹⁴⁶². Toujours sur le front de l'interventionnisme étatique légitimé dans le cadre

solidarité? », *supra*, note 1388, 2190 et s. Notons cependant que l'auteur critique plus subtilement la courte vue et le sens restreint donné par les partisans du solidarisme à la notion de solidarité qui pourrait contenir davantage de virtualités.

¹⁴⁶⁰ L'argument n'a pas la portée qu'on pourrait être tenté de lui donner. On ne saurait en tirer une quelconque disqualification des liens du solidarisme contractuel avec ses racines sociales. Si le social est difficile d'appréhension, ce n'est pas la raison pour laquelle il n'aurait lieu d'établir des liens avec le solidarisme contractuel. En outre, on pourrait facilement le retourner contre les thèses libérales et individualistes, qui sont loin de former un tout aisément compréhensible et que l'on pourrait résumer en une simple formule. En ce qui concerne l'approche libérale et individualiste du droit, en matière contractuelle, même ceux qui sont habituellement présentés comme les principaux défenseurs de cette pensée, notamment Charles Beudant, Marcel Planiol et Emile Acolas, ont peut-être, en réalité, des positions moins tranchées qu'on ne le croit. Dans le cas de Josserand, voir Jean-Pascal CHAZAL, « La protection de la partie faible chez Josserand ou la tentative de maintenir le compromis républicain », *Paper presented at the Un ordre juridique nouveau? Dialogues avec Louis Josserand*, *supra*, note 1412. Au sein du droit contemporain des contrats, il aurait, en matière de justice contractuelle, dans du courant libéral dominant, des auteurs qui adoptent une posture médiane que l'on a qualifiée de « volontarisme social », notamment Jacques Flour, Jean-Louis Aubert ou Éric Savaux. Voir Jean-Pascal CHAZAL, « La justice contractuelle », *supra*, note 33, p. 744.

¹⁴⁶¹ De l'avis de Philippe RÉMY, la version civiliste du solidarisme contractuel est plutôt « adoucie » en comparaison avec celle des publicistes ou des tenants du droit social. Et au sein de chacune de ces catégories, il faudrait encore procéder à des distinctions. Ainsi, la position de Saleilles paraît plus soutenue scientifiquement que celle de Demogue, par exemple, qui semble plus positiviste. Voir « La genèse du solidarisme », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 7 et s.

¹⁴⁶² Pourtant à bien des égards et avec du recul, il semble que la critique était excessive, car en fait, de l'avis de Jean-Pascal Chazal, si effectivement l'évolution de la doctrine de Josserand donne à penser qu'il a intégré la protection du contractant faible et que celle-ci joue un rôle important dans sa théorie de l'abus, il n'en demeure pas moins qu'il n'y a pas chez l'auteur de rupture de nature épistémologique ou paradigmatique. Voir « La protection de la partie faible chez Josserand ou la tentative de maintenir le compromis républicain », document non publié, disponible en ligne en date

du 21 janvier 2014, <http://master.sciences-po.fr/droit/sites/master.sciences->

solidariste par les rapports inégalitaires entre les parties, Émile Acolas y voit une grosse et funeste hérésie ¹⁴⁶³. Quant au doyen Carbonnier, il a vu dans l'œuvre de Demogue une sorte d'anachronisme dont il s'est souvent moqué par la boutade bien connue selon laquelle « on s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage »¹⁴⁶⁴. Il semble bien que cette satire qu'a subie le solidarisme contractuel du début du XX^e siècle ait contribué à l'abandon dans la doctrine, des idées développées par René Demogue, du moins, pendant quelques décennies, car à la fin des années 90, le solidarisme contractuel est à nouveau revenu au-devant de la scène en France.

Para II Le renouveau du solidarisme contractuel

Le solidarisme contractuel contemporain. Le solidarisme contractuel contemporain se présente comme une alternative au dogme de l'autonomie de la volonté. Il ne prétend pas exclure le rôle de la volonté dans les contrats, mais ose plutôt une distinction entre les relations contractuelles égalitaires qui pourraient justifier que l'on parte du principe de l'autonomie de leur volonté et les rapports inégalitaires qui justifient une intervention extérieure afin d'établir l'équilibre contractuel. La sauvegarde des intérêts légitimes du contractant vulnérable est donc au cœur du solidarisme contractuel et constitue aux yeux de ses partisans une raison suffisante justifiant l'intervention d'un tiers au contrat. Pour Christophe Jamin, « le projet du solidarisme contractuel serait donc politique depuis ses origines. Il consisterait toujours à injecter de la justice distributive en droit des contrats, afin de préserver la cohésion sociale dans un système libéral »¹⁴⁶⁵. Le

po.fr.droit/files/users/annesolenne.deroux/LA%20PROTECTION%20DE%20LA%20PARTIE%20FAIBLE%20DANS%20LA%20DOCTRINE%20DE%20JOSSERAND.pdf.

¹⁴⁶³ Il se demande s'il serait « possible, en commençant par admettre cette grosse et funeste hérésie, l'omnipotence du législateur, de faire intervenir la loi dans la formation des contrats, et de lui faire prendre en mains, des majeurs, la cause du plus faible contrat le plus fort? ». Pour lui, il faut laisser de côté « la pensée de guérir l'infirmité inhérente à tous les contrats ». Voir *Les contrats et les obligations contractuelles*, 3^e éd., Paris, Delagrave, 1891, p. 8 cité par Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 13.

¹⁴⁶⁴ Voir *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 227.

¹⁴⁶⁵ Voir Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 25. Si la majorité des auteurs solidaristes font état de l'importance de la justice distributive dans le cadre de la protection du contractant faible et donc comme étant un aspect de la justice contractuelle, d'autres estiment, quant à eux, que ces deux formes de justices ne renvoient pas à la même réalité, voire s'opposent. C'est ainsi que Michelle Cumyn affirme que : « la justice distributive ne nous semble pas faire partie de la justice contractuelle, dans la mesure où elle ne

solidarisme contractuel contemporain n'est cependant pas celui du début du 20^e siècle. Il en est l'héritier. Ainsi :

Aurait déserté de notre imaginaire collectif la critique que les juristes des premières années du XX^e siècle adressaient à l'alliance entre une philosophie politique de l'abstraction et une conception volontariste et individualiste du contrat, dont ils pensaient qu'elle aliénait purement et simplement une fraction de la population. Autrement dit, tout se passe comme si nous avions gommé de nos mémoires l'enseignement profondément réaliste qu'ils nous avaient pourtant légué, quand ils refusaient de voir dans le contrat la seule mise en œuvre de l'autonomie individuelle au profit de plus brutaux rapports de pouvoir¹⁴⁶⁶.

La doctrine solidariste n'est pas simple pour autant; elle comporte une multiplicité de visages sur lesquels il convient de s'arrêter.

Le solidarisme contractuel dit « moral ». Au sein du courant solidariste, il existe plusieurs variantes qui ont été regroupées dans la doctrine en deux versants : social¹⁴⁶⁷ et moral¹⁴⁶⁸. Le solidarisme moral est souvent assimilé à l'idée de fraternité. Une telle relation à la morale ressort principalement de l'article de Denis Mazeaud, intitulé : « loyauté solidarité fraternité » à travers lequel ce dernier avait cru déceler « la nouvelle devise du contrat »¹⁴⁶⁹. Celle-ci est censée introduire dans le contrat plus de « civisme contractuel »¹⁴⁷⁰ entre les parties. Chez Catherine Thibierge Guelfucci, le solidarisme contractuel se définit comme la recherche qualitative de l'équilibre et de l'égalité contractuelle reliée à une « exigence de solidarité, voire de fraternité »¹⁴⁷¹. La même idée se retrouve dans les écrits de François Diesse qui établissent un lien entre le solidarisme contractuel et l'existence entre les parties d'un *effectio contractus* ou d'un

concerne pas la justice des rapports entre les parties, mais plutôt l'attribution à un groupe de certains avantages, dans l'intérêt social ». Voir *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, *supra*, note 299, p. 243. Il nous semble que la réalité soit plus floue en ce sens que la justice contractuelle se traduit aussi dans les règles ou principes contractuels qui pourraient être considérés comme relevant de la justice distributive. Cette dernière ne se réduit pas à la justice contractuelle.

¹⁴⁶⁶ Voir *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 22.

¹⁴⁶⁷ Voir Philippe STOFFEL-MUNCK, note D. 2002. 1979; Cyril GRIMALDI qualifie celui-ci de « pessimiste ». Voir *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Thèse Paris II, 2005, n°477, p. 315.

¹⁴⁶⁸ *Id.*

¹⁴⁶⁹ Voir « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, *supra*, note 1469, p. 603.

¹⁴⁷⁰ Voir Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, *supra*, note 1469, p. 612; « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 58; *Les dix commandements du droit des contrats*, Montréal, Éditions Thémis, 2006. On retrouve dans ce dernier petit ouvrage un ensemble de principes qui pourraient être justifiés par la doctrine solidariste et devant désormais faire partie intégrante des nouveaux de la théorie générale du contrat.

¹⁴⁷¹ Voir « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *supra*, note 55, 376.

*jus fraternalis*¹⁴⁷². Le rapport avec la fraternité semble encore plus prononcé dans l'interprétation qu'en fait Alain Sériaux, lorsqu'il explique que :

La bonne foi [...] c'est, répétons-le, la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère. [...] L'irruption du devoir de bonne foi dans les relations contractuelles opère ainsi un bouleversement radical. Le contrat n'est pas, ne peut pas être un simple point d'équilibre mettant un terme à une négociation conflictuelle entre deux personnes qui s'entendent parce qu'elles ne peuvent pas faire autrement. Il devient un haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre. C'est heureux¹⁴⁷³.

Un rapport avec la fraternité qui n'est pas sans créer une réelle confusion¹⁴⁷⁴. Mais il semble qu'il ne faudrait pas les assimiler. La fraternité, dit-on, relève du sentiment, des relations appartenant à l'ordre familial ou amical. Ne pouvant faire l'objet d'une obligation juridique, elle ne doit pas être mise en relation avec le solidarisme contractuel. En outre, la bonne foi a souvent été présentée comme étant « le vecteur du solidarisme contractuel »¹⁴⁷⁵. Elle constituerait le principal outil permettant de justifier adéquatement les différents changements ne pouvant mieux se comprendre que dans la mesure où le contrat est soumis aux valeurs solidaristes. De l'avis de nombreux autres auteurs qui se sont penchés sur la question, la forte connotation morale ainsi donnée au solidarisme ne permet pas d'en saisir toute la richesse¹⁴⁷⁶, notamment lorsqu'elle tend à donner une trop grande importance à la bonne foi¹⁴⁷⁷. En tout état de cause, c'est celle qui rapproche le plus la doctrine de la moralité contractuelle ambiante, qui ne constitue en fin de

¹⁴⁷² Voir « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *supra*, note 921, 276.

¹⁴⁷³ Voir *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, PUF, 1998, n° 55, p. 229.

¹⁴⁷⁴ Il est vrai que l'on retrouve dans la doctrine solidariste des liens avec la fraternité, dont Fouillée avait à son époque établi les « règles pratiques ». Voir Dominique COCHART, « La solidarité, un sentiment politique? », Marc MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2153-2197. Cependant, aujourd'hui, cette confusion d'autant plus surprenante que plusieurs analyses portant sur l'idée de solidarité s'attèlent à montrer que la notion s'est construite afin de remplacer la fraternité qui avait une connotation trop religieuse et trop péjorative. Il est donc étonnant qu'elle resurgisse en matière contractuelle. Or, si la fraternité relevait de la miséricorde et de la pitié que l'on pouvait ressentir pour l'autre, elle avait pour effet de rabaisser cette dernière à un rang inférieur. Tout l'inverse de la solidarité qui prétend reposer sur un lien d'interdépendance et définir ainsi un schème de redistribution des droits et devoirs entre les citoyens. Voir François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 166 et s.

¹⁴⁷⁵ Voir Denis MAZEAUD, « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 62.

¹⁴⁷⁶ Denis MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2013, p. 908. La question peut être envisagée de manière plus large, notamment en ce qui concerne les liens entre le solidarisme contractuel et la bonne foi. Nous y reviendrons de manière plus détaillée dans la 3^e section de ce chapitre en étudiant la place du solidarisme contractuel au sein de l'univers des règles et principes de protection de la partie faible.

¹⁴⁷⁷ C'est ce qui ressort de la remarque de Philippe LETOURNEAU qui remarque que : « la bonne foi a été magnifiée et mise au pinacle peut-être à mesure que dans les faits elle disparaissait peu ou prou; c'est en effet pendant cette même période que l'amoralisme a commencé à dominer le monde des affaires ». Voir *Encyclopédie*, v. bonne foi, n°31.

compte que le visage à travers lequel l'individualisme contractuel contemporain se manifeste¹⁴⁷⁸. Pour une doctrine qui se veut résolument en rupture avec ce dernier, les risques de confusion qui pourraient en découler sont grands, dans la mesure où l'apport de la doctrine serait par ce fait même totalement dilué. Outre cette forme morale, le solidarisme contractuel apparaîtrait aussi un jour plus « social ».

Le versant prétendument « social » du solidarisme contractuel. Dans la doctrine, une autre face du solidarisme contractuel a été identifiée et qualifiée de « sociale »¹⁴⁷⁹. C'est Christophe Jamin qui est considéré comme étant le représentant actuel et le plus emblématique de cet aspect du courant¹⁴⁸⁰. À la différence de la dimension « morale » ci-dessus invoquée, l'approche dite sociale, moins sentimentale que la première, serait davantage en lien avec l'idée même de solidarité. Christophe Jamin ne soutient-il pas que le solidarisme contractuel « repose sur le constat lucide [...] de profonde inégalité des classes, qui ne permettent pas à tous les individus – pourtant réputés semblables – d'exercer les droits dont ils sont virtuellement les titulaires »¹⁴⁸¹? Non sans opérer des liens avec la théorie du don issus des travaux de Marcel Mauss, Christophe Jamin estime qu'à l'instar du don, le contrat instaure entre les parties une relation qui n'est pas seulement de l'ordre de la volonté, mais également du lien social¹⁴⁸². C'est que Christophe Jamin soutient dans le même sens que « l'objectif du solidarisme contractuel n'est peut-être pas de céder à cet utilitarisme ambiant qui me semble avoir envahi la doctrine contemporaine en lui faisant oublier que le contrat, à l'image du don, est tout autant l'expression d'un lien social qu'il sert à mettre en scène que le support technique des échanges économiques »¹⁴⁸³. Cet aspect du

¹⁴⁷⁸ Voir nos développements *supra*, Titre I de la première partie de la présente étude.

¹⁴⁷⁹ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », dans *Mélanges Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 257-263.

¹⁴⁸⁰ On peut considérer qu'il s'agit de l'héritage d'Emmanuel Gounot pour qui « tout système, quel qu'il soit de responsabilité "objective" implique nécessairement qu'on peut être obligé en dehors de sa volonté, en vertu simplement de lois naturelles de l'humaine interdépendance et des exigences de la coopération » (p. 71). Plus loin, il ajoute que « si au lieu d'avoir toujours les yeux fixés sur l'homme en soi, sans cesse identique à lui-même, on considérait un peu plus les hommes concrets, si on les voyait tels qu'ils sont, très diversement armés dans la lutte pour l'existence, profondément inégaux en savoirs, en besoins, en sécurité à l'égard de l'avenir, et plongés dans les mille liens des solidarités plus ou moins étroites qui les enserrant de toutes parts, peut-être alors cesserait-on de croire tous les individus également libres et donc justes dans tous les contrats » (p.77).

¹⁴⁸¹ Voir « Le procès du solidarisme : Brève réplique », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 160.

¹⁴⁸² Voir Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *supra*, note 82, p. 443 et s.

¹⁴⁸³ Voir *Ibid.*, 471.

solidarisme se pose en s'opposant radicalement à l'individualisme juridique et à l'utilitarisme ambiants.

L'abandon de l'individualisme contractuel. Pour les solidaristes, dans le contexte de déséquilibre contractuel contemporain, il convient d'abandonner la logique d'opposition d'intérêts qui gouverne les relations équilibrées, pour opter pour un principe d'union et de coopération qui permettrait d'éviter qu'un contractant ne profite de la vulnérabilité de son vis-à-vis. Ce principe, qui prend sa source dans le volontarisme, découle de l'idée de solidarité, qui caractérise la société tout entière et qui pourrait être appliquée au contrat. Il ne s'agit pas tant d'inventer l'idée que de la redécouvrir et tenter de montrer qu'elle est déjà présente au sein de la théorie générale et pourrait permettre de mieux saisir certaines évolutions du droit et de la pratique des contrats, de même que le rôle du juge. En outre, l'idée de solidarité permet à la fois de légitimer et d'orienter la forme que prend l'interventionnisme protecteur¹⁴⁸⁴. Ces objectifs montrent que le solidarisme contractuel ne peut pas véritablement être réduit aux deux sous-catégories identifiées dans la doctrine puisqu'il s'agit d'une classification effectuée après coup.

Une classification *a posteriori*. Cette classification sommaire est évidemment contestée par les thuriféraires du solidarisme contractuel. D'ailleurs, Denis Mazeaud, considéré comme celui qui a mis de l'avant son aspect moral, récuse une telle catégorisation qui, de son opinion, ne constitue qu'une typologie *a posteriori* établie par la doctrine, mais en rien représentative de la réalité¹⁴⁸⁵. Si la scission opérée entre le solidarisme moral et social semble relever d'un certain arbitraire, il convient de profiter de cette occasion pour faire une précision importante. Malgré l'impression que l'on peut avoir et la critique des notions morales à forte tendance métaphysique mise en œuvre dans la protection individualiste de la partie vulnérable, il existe bien un lien de nature morale entre le courant solidariste et la sauvegarde des intérêts du contractant. En effet, le rapport entre ce dernier et la morale n'est pas de l'ordre de l'exclusion. La réalité est que, loin de récuser toute idée morale, le solidarisme contractuel repose plutôt sur une nouvelle forme de morale qui ne met pas en œuvre des notions qui prétendent rendre compte de ce que serait la nature de l'individu, mais il s'agit d'une morale qui prétend découler des faits. Cette morale

¹⁴⁸⁴ Voir Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 13.

¹⁴⁸⁵ Voir « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 908-909.

résulte de la nature complexe de la relation qui s'établit entre les parties, à la fois acte de volonté et fait social : une morale qui repose donc sur l'idée de solidarité, par opposition à celle issue de la liberté et de la responsabilité. Cette précision faite, c'est peut-être parce que l'opposition entre solidarisme moral et social ne permet pas de saisir l'originalité de la doctrine que d'autres auteurs suggèrent de définir le solidarisme contractuel à partir d'un point de vue qui ne rentre pas dans cette segmentation et qui en assurerait une meilleure compréhension. Il en va ainsi de la conciliation d'intérêts chez Anne-Sylvie Courdier–Cuisinier.

La conciliation d'intérêts et la prise en charge par une partie de l'intérêt contractuel de l'autre d'Anne-Sylvie Courdier–Cuisinier. Anne-Sylvie Courdier–Cuisinier est l'une des auteures ayant effectué l'un des premiers travaux de synthèse d'envergure sur le thème du solidarisme contractuel. Elle envisage, dans une optique de droit positif, de rechercher et d'établir au sein du droit français, le principe juridique du solidarisme contractuel¹⁴⁸⁶. Elle le définit à partir de l'existence d'un lien de solidarité entre les parties, qui relève de la conciliation d'intérêts et de la prise en charge de l'intérêt de la partie faible par celle étant dans une position plus avantageuse¹⁴⁸⁷. Son analyse ne se situe pas sur le plan idéologique ou épistémologique, mais d'abord positif. Or, la justification de la protection du contractant faible dans la perspective solidariste s'oppose à l'approche individualiste, sans que les moyens de protection soient directement en cause, ou plutôt, dans le cadre de la justice contractuelle, c'est sous ce prisme que ces moyens doivent être envisagés. Les mécanismes présentés par l'auteure sont bien ceux qui sont habituellement mis de l'avant par la doctrine solidariste. Pourtant, il n'est pas évident de situer l'étude de l'auteure. Plus troublant encore, elle part de la définition du contrat comme acte de prévision¹⁴⁸⁸. Un choix qui s'harmonise davantage avec une position volontariste et

¹⁴⁸⁶ Il s'agit de la première thèse de doctorat entière consacrée au solidarisme contractuel contemporain. Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 17 et s.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 37-51.

¹⁴⁸⁸ Pour examiner la notion d'intérêt entre les parties, Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER part de la définition du contrat d'Hervé LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », dans *Mélanges en hommage à François Terré*, *supra*, note 1457, p. 656. Or, la position de ce dernier est clairement volontariste et individualiste. Si c'est bien à ce niveau qu'il faut se situer pour saisir les justifications de la protection de la partie faible, le travail de l'auteure ne s'y prête pas. Elle part de l'idée que le solidarisme contractuel est un principe juridique dont il faut identifier la présence dans le droit positif. Or, à y regarder de plus près, il est aussi et surtout une manière d'envisager les relations contractuelles, une vision du contrat qui induit des principes qui sont plus ou moins présents dans le droit positif. Ce qui n'est pas tout à fait pareil. L'identification d'un point de vue épistémologique s'opère aussi par rapport à l'approche de l'objet. De sorte que le même principe peut découler de deux approches différentes tout en n'ayant pas forcément le même sens, ni la même étendue. Nous y reviendrons à propos des liens entre la bonne foi et le solidarisme contractuel dans le chapitre consacré à la théorie solidariste.

individualiste du contrat. Ce qui est pour le moins problématique lorsqu'on prétend rechercher le sens du lien de solidarité qui unit les parties. Même si la démarche se veut de pur droit positif, il y a là, sur le plan épistémologique, une incohérence. D'ailleurs, la critique ne s'y trompe pas, car « l'isolement qu'elle crée entre le solidarisme social qui relève du principe de l'ontologie, et le solidarisme contractuel qui a pour base le principe démonstratif, prive inexplicablement d'origine cette doctrine contractuelle. Le principe démonstratif n'existe pas par lui-même »¹⁴⁸⁹. Or, dans ce cas, le même auteur renchérit en concluant que « la position de Courdier n'inspire pas de manière décisive le rejet d'un autre statut qui peut être reconnu au solidarisme contractuel : celui de paradigme »¹⁴⁹⁰. Cette méthode nuit en effet profondément à l'analyse. Il est important de pouvoir déterminer la nature, le degré et l'étendue du lien de solidarité dans le contrat afin d'identifier le solidarisme contractuel. Et il est bien difficile de le faire sans mettre au cœur de l'analyse ce qui constitue pourtant le point focal de l'approche solidariste : l'inégalité entre les parties et l'insuffisance de la vision dominante du contrat à légitimer des mesures de protection aux plans épistémologiques et de la justification. Le danger est alors de tomber dans le piège d'un solidarisme contractuel de pure forme.

Un solidarisme contractuel de pure forme. Le solidarisme contractuel, tout comme l'individualisme volontariste, n'intervient pas dans la compréhension du phénomène contractuel à titre de moyens, mais des justifications du contrat à partir desquelles les instruments et les mécanismes juridiques de protection sont définis. Or, Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier adopte une position différente lorsqu'elle affirme que : « c'est à partir du contrat lui-même tel qu'il est envisagé par notre droit, que nous avons mis en lumière l'existence du lien de solidarité entre les parties et la nécessité d'envisager le contenu contractuel comme l'expression de la conciliation des intérêts respectifs des parties »¹⁴⁹¹. Ce faisant, le risque est alors de faire du solidarisme contractuel un outil ou un moyen servant finalement une vision volontariste du contrat. Une telle position ne permet alors pas de saisir la spécificité, non seulement du lien de solidarité, mais également du solidarisme puisqu'on peut en faire un principe juridique parmi d'autres¹⁴⁹². On se

¹⁴⁸⁹ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, supra, note 54, p. 13.

¹⁴⁹⁰ *Id.*

¹⁴⁹¹ Voir *Le solidarisme contractuel*, supra, note 1377, p. 253.

¹⁴⁹² Une position de l'auteure qui participe de la confusion entre les moyens et les buts. C'est à travers l'idée de solidarité que la doctrine qui en découle pense garantir les intérêts du contractant vulnérable. Il ne s'agit pas d'un moyen ou d'une manière de protéger, mais de la finalité que doit poursuivre la protection.

serait plutôt attendu à ce que le lien de solidarité inhérent au contrat découle, non pas du contrat tel qu'il apparaît en droit, puisqu'on peut en faire plusieurs lectures, mais plutôt de l'approche tirée de la perception solidariste. Par ailleurs, certes, le simple respect du cocontractant, la prise en compte des intérêts de chacune des parties ou la conciliation des droits et libertés sont insuffisants à assurer une protection adéquate de la partie vulnérable¹⁴⁹³. Toutefois, accueillir le principe de la totale prise en charge de ce dernier équivaut à un tout autre extrême¹⁴⁹⁴. C'est du moins la critique principale que fait Ghislain Tabi Tabi à la thèse d'Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier et prétend, quant à lui, que le solidarisme contractuel doit d'abord assurer la lisibilité du contrat.

La notion de lisibilité de Ghislain Tabi Tabi. Au Québec, le solidarisme contractuel a fait l'objet d'une étude importante. Dans le cadre de sa thèse de doctorat, Ghislain Tabi Tabi a procédé à l'analyse des nouveaux instruments de gestion du processus contractuel à partir des enseignements qu'il était possible de tirer du solidarisme contractuel. Le solidarisme contractuel ne semble pas avoir eu un véritable écho en droit québécois des contrats. Il n'empêche que quelques travaux récents¹⁴⁹⁵ lui ont été consacrés¹⁴⁹⁶. Il arrive que des auteurs en fassent allusion, même si c'est quelques fois pour en exclure l'utilisation¹⁴⁹⁷. Ghislain Tabi Tabi propose quant à lui une nouvelle théorie générale des obligations basée sur les inégalités, bien que la nature du lien de solidarité ne soit pas directement envisagée chez l'auteur, et ne l'est que de manière téléologique. Pour lui, l'idée de solidarité favoriserait la lisibilité du contrat, c'est-à-dire le caractère intelligible du contrat pour la partie en position de vulnérabilité. Un contrat lisible n'étant pas simplement celui que les parties peuvent lire ou avoir accès au contenu matériel¹⁴⁹⁸. De manière plus profonde et plus réaliste, il renvoie à la capacité réelle des contractants de saisir le sens et la signification de leur engagement contractuel, faisant du contrat un acte de liberté et de communication¹⁴⁹⁹. Ce qui n'implique pas seulement que les informations leur soient formellement accessibles, mais que des principes et obligations soient énoncés afin qu'il y ait une

¹⁴⁹³ Voir Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 25 et s.

¹⁴⁹⁴ Voir Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 70-72.

¹⁴⁹⁵ De manière plus indirecte, voir Ghislain TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *supra*, note 6, 577-622.

¹⁴⁹⁶ Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54.

¹⁴⁹⁷ Voir Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 5-25.

¹⁴⁹⁸ Ainsi que l'exige, par exemple, l'article 1436 du *Code civil du Québec* sur les clauses illisibles.

¹⁴⁹⁹ On retrouve une idée similaire chez Pierre-Claude LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, *supra*, note 133, p. 485. L'auteur y dénonce une double illusion : celle de la liberté et de l'efficacité de l'information.

transmission efficace de ces informations ou renseignements. Lors de la formation ou de l'exécution du contrat, les deux parties doivent connaître à la fois le contenu, le sens et la portée de leurs obligations et prestations réciproques. Cette lisibilité est une façon de lutter contre le déséquilibre tant individuel que collectif qui caractérise la relation contractuelle. Une vision qui ne préjuge pas d'une meilleure intégration des racines sociales du solidarisme contractuel.

L'insuffisante prise en compte des racines sociales du solidarisme contractuel. L'approche du solidarisme contractuel à partir de la notion de lisibilité réciproque du contrat ne fait pas suffisamment ressortir le fait que le solidarisme contractuel est une application, une influence de la doctrine solidariste en général. Il est difficile, dans cette perspective, de partager l'opinion de l'auteur lorsqu'il soutient que le solidarisme social et le solidarisme contractuel diffèrent dans la mesure où ils ne dérivent pas de la même source¹⁵⁰⁰. En fait, le rapport entre les deux ne nous apparaît pas de cette nature. Le premier est la racine philosophique profonde, tandis que le second relève des effets pratiques, des influences, des impacts et des applications. Bref, il s'agit alors des marques que le premier peut avoir sur les différents domaines de la vie en société dont il peut justifier les transformations¹⁵⁰¹. La différence ne se situe donc pas au niveau des sources, mais des couleurs que le solidarisme prend au contact des domaines qu'il influence, à l'instar de la matière contractuelle. En somme, la théorie solidariste ne forme pas un ensemble homogène, tant s'en faut. Il en existe plusieurs visions et sous-catégories qui, bien qu'elles puisent en profondeur à la même fontaine idéologique et tablent sur l'existence d'un lien de solidarité et sur la conciliation d'intérêts entre les parties, ne mettent pas toujours en branle les mêmes moyens. C'est d'ailleurs l'un des aspects sur lesquels cette théorie a fait l'objet de critiques sévères et sur lesquelles nous allons nous attarder pour en saisir le sens et la portée.

Para III La mesure des critiques à l'égard du solidarisme contractuel contemporain

Une vision angélique de la relation contractuelle. Le solidarisme contractuel a souvent été présenté comme l'alternative la plus intéressante à l'individualisme libéral en termes de

¹⁵⁰⁰ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, supra, note 54, p. 92 et s.

¹⁵⁰¹ C'est aussi en ce sens que l'on peut dire que l'idée de solidarité est un « mode d'organisation » des rapports sociaux. Voir Armelle LE BRAS-CHOPARD, « Métamorphoses d'une notion : la solidarité chez Pierre Leroux », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité. Un sentiment républicain?*, supra, note 1394, p. 64 et s.

renouvellement des fondements de la relation contractuelle¹⁵⁰². Toutefois, pas moins que leurs prédécesseurs du début du XX^e siècle, les promoteurs du solidarisme de la fin du même siècle, ont été l'objet de critiques les plus virulentes et des réticences farouches au sein de la doctrine française en matière de contrat. Nombreux sont ceux qui estiment non seulement que depuis plusieurs décennies, le juge ou le législateur ont été très actifs en matière contractuelle, mais qu'en plus, le recours au solidarisme contractuel risque de déboucher sur « un interventionnisme désordonné »¹⁵⁰³. Parmi de nombreuses positions hostiles, cette doctrine est accusée d'offrir une vision angélique et irréaliste de l'individu¹⁵⁰⁴, notamment la notion de fraternité¹⁵⁰⁵. Elle a aussi été présentée comme étant une source d'imprévisibilité et d'insécurité supplémentaire en lien avec la recherche de l'équilibre contractuel, son principal champ de bataille. Elle apparaît en ce sens plus « conquérante et dangereuse que la bonne foi qui n'opère en toute logique, qu'à la marge, en cas d'abus ou d'excès »¹⁵⁰⁶. Une critique qui repose sur la crainte qu'il en résulte une trop grande immixtion du juge dans le jeu contractuel¹⁵⁰⁷. Aussi, « la traduction directe la plus immédiatement opérationnelle de l'exigence d'équilibre contractuel résiderait certainement dans la consécration jurisprudentielle ou légale d'un principe d'équivalence ou de proportionnalité entre les engagements réciproques »¹⁵⁰⁸. Pour Laurent Aynès, le solidarisme contractuel ne fait que « tordre la notion même de contrat en prétendant en faire un instrument de solidarité sociale¹⁵⁰⁹ ». Ses défenseurs ne brillent pas non plus par la clarté de leur analyse,

¹⁵⁰² Voir Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, supra*, note 1181, p. 83 et s. L'auteure estime que le solidarisme est la voie doctrinale la plus féconde actuellement en matière de droit des contrats (p. 79). Même si dans la doctrine au Québec, on ne peut pas à proprement parler de courant solidariste, à l'exception de quelques rares auteurs, les constats sur lesquels repose le solidarisme contractuel, en l'occurrence l'inadéquation de l'individualisme contractuel avec la position vulnérable d'une partie, à la base de cette doctrine, sont tout à fait pertinentes dans le contexte québécois. Argument en partie repris par le professeur Jean-Guy Belley dans l'analyse critique de la décision rendue par la Cour d'appel dans *Provigo distribution inc. c. Supermarché A.R.G.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.) lors d'une conférence organisée par le Chaire Jean-Louis Baudoin à la faculté de droit de l'Université de Montréal, le 19 mars 2015, à paraître très prochainement.

¹⁵⁰³ Philippe RÉMY, « La genèse du solidarisme », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité, supra*, note 149, p. 11.

¹⁵⁰⁴ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », dans *Mélanges Paul Didier, supra*, note 1479, p. 247 et s.

¹⁵⁰⁵ Voir les critiques de nombreux auteurs en droit français : Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. IV, Paris, PUF, 2000, n°114; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Les obligations, supra*, note 753, spéc. n°42. Vision d'autant plus incompatible avec l'approche économique, ainsi que le note Posner, « L'altruisme n'est pas un trait qui promeut la survivance dans un marché compétitif ». Voir Alain STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », (1992) 37 *A.P.D.* 150.

¹⁵⁰⁶ Voir Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, LGDJ, 2009, p. 306.

¹⁵⁰⁷ Voir FRANÇOIS Terré et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 2013, p. 178 et 181.

¹⁵⁰⁸ Voir Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique, supra*, note 1506, p. 306.

¹⁵⁰⁹ Voir « L'imprévision en droit privé », (2005) *Revue de la jurisprudence commerciale* 400.

puisque leur discours ne ciblerait pas assez les catégories de contrats qui pourraient être éventuellement concernées par les principes découlant dudit solidarisme¹⁵¹⁰. Il a été précisé à juste titre qu'il y avait dans les positions de Christophe Jamin un mélange des genres qui n'était pas toujours de nature à assurer une bonne compréhension de sa démarche. Il lui a été reproché d'intervenir « dans un curieux ballet fait de marches et de contremarches, mis l'accent tour à tour sur "le contrat qui doit s'exécuter sur une certaine durée", sur le "contrat relationnel", "les contrats hybrides" ou encore l'idée que le solidarisme serait "l'expression d'un droit des classes moyennes" »¹⁵¹¹. Plusieurs propositions ont été faites dans ce sens en vue de montrer la pertinence de la nécessité de préciser le domaine de la doctrine solidariste. Marc Mignot suggère de faire la distinction entre les contrats d'intérêts opposés et d'intérêts communs afin de scinder les hypothèses dans lesquelles on peut déceler un lien de solidarité et celles dans lesquelles il n'y en aurait pas¹⁵¹². Dans le même ordre d'idées, Yves Lequette a rappelé le *distinguo* proposé par Paul Didier entre contrat organisation et contrat échange¹⁵¹³. En plus des atermoiements portant sur les délimitations de la doctrine solidariste, c'est surtout sur le terrain de l'opposition entre le dogmatisme juridique et le réalisme juridique que les solidaristes, et spécialement Christophe Jamin, ont été attaqués¹⁵¹⁴. Quoiqu'en disent ces détracteurs, le solidarisme contractuel se présente comme une nouvelle façon de problématiser la sécurité juridique.

La spécificité du fondement solidariste du contrôle du comportement des parties. À ce niveau, il convient de rappeler que la différence entre le solidarisme contractuel et la moralité

¹⁵¹⁰ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 259.

¹⁵¹¹ Voir François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, *supra*, note 753, p. 51.

¹⁵¹² Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2172-2179.

¹⁵¹³ Voir « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 260-263. Il faut alors considérer le contrat-échange comme celui qui met en exergue des contractants ayant des intérêts essentiellement opposés. Dans ce contexte, toute communauté d'intérêts étant alors inimaginable. Le contrat-organisation est quant à lui celui qui peut faire naître ou donner lieu à une rencontre des intérêts entre les parties. Les deux contractants impliqués ayant intérêt à mettre en commun les profits et les pertes inhérents à leur convention. Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2173-2175.

¹⁵¹⁴ Voir Yves LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 879. Il s'agit ici de la deuxième réponse de la doctrine française. L'article de Christophe JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », (2010) 52 *Droits* 137 et s., la première ayant été publiée par Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTHIER et François TERRÉ, « Antithèse de l' "entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine) », (1997) *D. Chr.* 229. Les auteurs dénoncent surtout le piège de la facilité qui consiste à recourir aux sciences sociales pour comprendre et expliquer le droit alors même que la matière est d'abord et principalement juridique, entendue ici comme une technique faite d'un ensemble de dogmes et de préceptes à connaître et à maîtriser. Si le droit ne s'y limite pas, la technique y est présentée comme étant le tenant et l'aboutissant.

contractuelle n'est pas tant le contrôle du comportement des parties qui résulte du second, que le fondement de ce contrôle. Le solidarisme contractuel engendre et justifie de la part des contractants des conduites, des agissements, des comportements positifs et des attitudes actives. Toute chose qui, dans bien des cas, fait apparaître cette doctrine comme étant fort exigeante. Ici encore, il convient d'écartier toute méprise. Ce n'est pas tant que le solidarisme contractuel dans sa logique interne soit source d'insécurité et d'imprévisibilité, tant s'en faut. En fait, c'est qu'une telle conclusion résulte de la position de celui qui envisage le solidarisme contractuel à partir d'une position individualiste ou libérale. La réalité n'est pas qu'il soit vecteur d'insécurité, mais qu'il induit une nouvelle exigence de sécurité qui ne se comprend que dans les principes et les moyens à travers lesquels la relation entre les parties est considérée. Comme le rappelle Denis Mazeaud, « contrairement à la rengaine qu'entonnent trop souvent ses détracteurs, le solidarisme contractuel ne rime pas avec insécurité et imprévisibilité contractuelle. Il engendre simplement un droit moins rigide, plus flexible, moins désincarné, plus humain »¹⁵¹⁵. Il y va d'une approche de la sécurité qui relève en réalité « d'un droit social des contrats »¹⁵¹⁶. Ici plus qu'ailleurs, il convient de garder en tête le caractère secondaire des moyens de protection et de l'argument selon lequel tant l'individualisme contractuel que l'utilitarisme peuvent justifier les mécanismes mis de l'avant par le solidarisme contractuel. Ce qui importe c'est peut-être moins leur originalité que la couleur ou le regard que le solidarisme permet de jeter sur eux en termes de moyens de protection de la partie vulnérable. C'est par ailleurs à ce niveau aussi que le solidarisme contractuel s'éloigne véritablement du sentimentalisme dont il est souvent taxé.

Au-delà du sentimentalisme. Même si, dans sa dimension théorique, la vision du contrat, marquée par l'importance du lien social qui le sous-tend, peut paraître « chaleureuse »¹⁵¹⁷ ou trop sympathique, la recherche de l'équilibre contractuel s'y traduit par de nombreuses règles plutôt rigides. L'accusation de sentimentalisme est réfutée par les partisans. Christophe Jamin ne comprend pas que l'on en est arrivé à « transformer tout défenseur d'un surplus de loyauté contractuelle en un juriste sentimental et dévaluer du même coup le mouvement doctrinal inspiré

¹⁵¹⁵ Voir « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 5 9.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 59.

¹⁵¹⁷ L'expression est de Jacques Chevalier qui remarque, à propos de la notion de solidarité, que : « partant de la vision chaleureuse d'un lien social fondé sur l'"affection" et la "sympathie", on glisse à la froide logique calculatrice d'une exacte compensation des droits et des devoirs ». Voir la présentation introductive du livre intitulé *La solidarité, un sentiment républicain?*, *supra*, note 1394, p. 6.

des idées solidaristes. Alors même que le sentiment n'avait rien à voir à l'affaire »¹⁵¹⁸ écrit-il. En fait, l'invocation de la fraternité, de la prise en charge ou encore de la charité peuvent effectivement laisser croire en surface à l'idée que la solidarité dans le contrat n'est que sentiment¹⁵¹⁹. Si tel devait être le cas, il ne s'y réduit pas. Cette critique peut même sembler surprenante pour celui qui constate à quel point le désir de procéder à l'égalisation des parties et au rééquilibrage du contrat peut déboucher sur une froide opération de calcul. Sans prétendre reprendre toutes les réserves à l'égard du solidarisme, nous allons nous pencher sur celles qui portent d'une part sur les fondements et les rapports à l'idée de justice contractuelle, et celles plus générales sur la fécondité de la théorie solidariste en matière contractuelle¹⁵²⁰.

Antinomie présumée entre solidarisme contractuel et justice contractuelle. L'étude de Marc Mignot sur les rapports entre la solidarité et le solidarisme contractuel est une critique subtile de ce dernier. L'auteur conclut qu'il n'existe pas de lien entre l'idée de solidarité telle qu'elle apparaît chez les solidaristes et la notion de justice commutative¹⁵²¹. Cette vision porte davantage sur l'aspect politique du rapport. L'analyse de cet auteur montre que l'idée de solidarité, qui implique d'abord la gratuité et le don, ne peut être assimilée ni à l'union d'intérêts ni à l'interdépendance¹⁵²². Pour Marc Mignot, le problème des solidaristes, en tentant de transposer

¹⁵¹⁸ Voir *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 16. De manière générale, le solidarisme juridique a fait l'objet de vives critiques; il a notamment été qualifié de doctrine « tranquillisante » par Nicole et André-Jean ARNAUD, « Une doctrine tranquillisante : le solidarisme juridique », (1976) 21 *A.P.D.* 131-151. Si les thuriféraires du solidarisme contractuel reconnaissent une part de vérité dans cette critique, c'est encore qu'ils peuvent y voir un aspect positif, et assument sa dimension bourgeoise. Ainsi, Christophe JAMIN estime que même si les juristes marxistes y voient une doctrine tranquillisante, cela ne diminue pas moins les mérites et le bien-fondé de l'existence de la doctrine. Il soutient en ce sens que : « Tous ont néanmoins compris qu'en matière contractuelle, le discours individualiste et volontariste le plus classique est devenu intenable dans une société industrielle marquée par des rapports de domination tels qu'ils contrarient de front la philosophie politique de l'abstraction fondatrice du régime républicain ». Et si « le solidarisme contractuel n'est ni sentimental, ni révolutionnaire, admet-il, il relève d'une anthropologie fort différente de la fraternité : sa vocation, qui est en même temps un pari, consiste à mettre de l'huile dans les rouages du système capitaliste, afin que le lien social ne soit pas rompu ni ruiné par les fondements de la démocratie bourgeoise ». Voir *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 16.

¹⁵¹⁹ Denis MAZEAUD se défend d'un tel dérapage, voir « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 915 et s.

¹⁵²⁰ Nous nous attarderons sur la dimension positive du solidarisme contractuel, comme vecteur de l'équilibre contractuel dans le chapitre suivant.

¹⁵²¹ Pour justifier l'antinomie entre justice et solidarité, Marc Mignot fait appel à la théorie du don développée depuis les travaux de Marcel Mauss sur le don dans les sociétés primitives. Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2180 et s.

¹⁵²² *Ibid.*, 2158. Pour réfuter le lien possible entre le don et l'idée de solidarité, l'auteur réfère aux travaux de Mauss, dont nous nous sommes nous-mêmes inspirés, après avoir fructueusement travaillé avec d'autres afin de montrer toute la complexité de la notion. Voir André BÉLANGER et Joelle MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *supra*, note 207, 37-75.

la logique de solidarité dans le contrat, résulte de la confusion qu'ils opèrent entre justice distributive et justice commutative. S'il admet l'influence de la solidarité sur le contrat, celle-ci n'est pas d'ordre commutatif, mais social. Il soutient que :

La réglementation sociale du contrat, visant à établir ou à rétablir en son sein la justice commutative, par-delà l'inégalité économique des contractants, est une manifestation de solidarité sociale, en ce qu'elle vise à rendre aux plus faibles ce qui leur revient. Mais pour autant, cette intervention sociale ne fait pas rentrer la solidarité dans le contrat. Il faut bien distinguer l'intervention sociale qui porte sur le contrat et qui peut être fondée sur la justice distributive et la solidarité, du contenu du contrat qui n'est pas fondé sur la solidarité, mais sur la justice commutative. En d'autres termes, il faut séparer l'effet vertical de la réglementation, de la dimension horizontale du contrat¹⁵²³.

Il résulte du propos de l'auteur que la justice contractuelle, c'est-à-dire la quête de l'équilibre au sein du contrat, recherchée ou favorisée dans la vision solidariste, s'oppose en tout point à l'idée de solidarité qui suppose l'existence d'un déséquilibre. Ce lien entre la justice contractuelle et la solidarité que les partisans du solidarisme contractuel opèrent un peu vite, de l'avis de l'auteur, ne serait pas avéré. Au mieux, sur un plan pratique, les instruments de collaboration visés par le solidarisme contractuel se rapprochent davantage de la théorie utilitariste, de sorte qu'elle n'apporte rien de plus¹⁵²⁴. Pour autant, l'idée de solidarité n'est pas si simple.

L'idée de solidarité, au-delà de la fonction économique du contrat. La profondeur de l'analyse de Marc Mignot appelle quelques précisions. En effet, il est vrai que l'idée de solidarité n'est ni simple ni univoque et que l'usage contemporain que l'on en fait ne permet pas toujours de s'y retrouver¹⁵²⁵. De plus, il n'est pas non plus tout à fait évident que sa mise en œuvre par le solidarisme contractuel brille toujours par sa clarté. Il y a des aspects de la solidarité qui ne se retrouvent pas dans le contrat, cela exclut-il d'office la possibilité d'y opérer des liens même si ceux-ci ne sont pas parfaitement en adéquation avec la philosophie de laquelle il tire ses racines? Il s'agit d'une idée de solidarité, même partielle et imparfaite. Cela n'exclut pas pour autant la pertinence de la fécondité du solidarisme contractuel en matière de protection du contractant vulnérable, surtout dans la mesure où il est susceptible d'en inscrire la compréhension dans une

¹⁵²³ Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2190.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, 2191. L'auteur montre que les obligations de collaboration, d'information et de conseil ne peuvent être adéquatement compris que dans une perspective utilitariste qu'elles soient envisagées dans le cadre des contrats-organisation ou des contrats-échange même si, dans l'un ou l'autre cas, elles n'ont pas toujours le même sens ni la même portée (spéc. p. 2191-2197).

¹⁵²⁵ *Ibid.*, 2158.

perspective nouvelle. Et si elle ne se réduisait qu'à rappeler l'importance de « la relation humaine plus que l'aspect matériel de ce qui est échangé »¹⁵²⁶, cela aurait déjà l'avantage d'ouvrir le contrat à une dimension plus large que simplement économique. À cet égard, et ce, même de manière fragmentaire, l'idée de solidarité contribuerait à jeter une lumière originale sur le contrat. Il ne s'agit donc pas de prétendre que tout est solidaire dans l'échange contractuel, mais d'envisager son apport possible lorsque celui-ci se caractérise par son déséquilibre. La contribution du solidarisme contractuel se veut peut-être plus modeste et tend à faire apparaître l'intérêt, même minime, de l'idée de solidarité au sein de la protection du contractant vulnérable, laquelle ne peut être réduite à un étirement jusqu'à la déformation des mécanismes issus de l'individualisme juridique? Et puis, faut-il avec Marc Mignot en arriver à exclure toute la doctrine solidariste? Il est possible d'admettre qu'il y a dans le contrat une part de justice commutative et une autre part de justice distributive. Dans la mesure où les deux sont souvent traitées en cloison étanche, des liaisons entre elles sont-elles néanmoins possibles? Comment dès lors saisir le rapport entre justice distributive et justice commutative? La seconde est-elle uniquement un ersatz de la deuxième? Ne peut-on pas voir le contrat comme étant le lieu où justice commutative et justice distributive s'intègrent? À cet égard, ne peut-on pas penser que le solidarisme contractuel relève à la fois de la justice distributive et commutative et qu'il n'y a pas lieu dans la recherche de l'équilibre contractuel d'opposer systématiquement les deux? Autant de questions qui débouchent sur les particularités du lien entre solidarisme contractuel et justice contractuelle.

¹⁵²⁶ L'argument est tiré de la position de Marc Mignot qui, pour réfuter toute dimension solidaire à l'échange contractuel, explique que : « L'échange solidaire se caractérise par une indétermination de son objet et par une ouverture sur l'avenir. Avec l'échange solidaire, ce qui compte est la relation humaine plus que l'aspect matériel de ce qui est échangé. De ce point de vue, l'échange marchand est exactement l'inverse de l'échange solidaire. L'échange marchand est un acte fermé, égoïste et centré sur son objet. Les prestations réciproques échangées sont prédéterminées et s'inscrivent souvent dans l'immédiateté». Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2188. Signalons au passage que l'auteur ignore ainsi de nombreuses catégories de contrats qui s'inscrivent dans la durée. Faut-il rappeler la distinction opérée par Macneil entre la spontanéité qui caractérise les relations contractuelles du type de la transaction et l'inscription dans la durée et l'ouverture au changement de celles qui sont de type relationnel. Voir Ian R. MACNEIL, « Contracts adjustment of long term economic relations under classical, neo-classical and relational contract law », (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 864. D'ailleurs, qu'ils soient solidaristes ou non, en plus du contrat d'adhésion, les relations contractuelles visées renvoient aux nouveaux contrats développés dans en réseaux, dans la distribution et supposent en général un rapport à moyen ou long terme. Toute chose qui fait apparaître de nouvelles formes de vulnérabilité et de dépendance et instaure un assujettissement qui s'inscrit sur la durée. Voir Denis MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 919.

Les particularités du lien entre solidarisme et justice contractuelle. Sans nier le risque de favoriser la partie vulnérable au détriment de la partie forte qui peut découler de l'idée de solidarité, « il ne faut toutefois pas conclure que la solidarité soit sans aucun rapport avec la justice. La justice distributive, à l'exclusion de la justice commutative, permet de réaliser la solidarité »¹⁵²⁷. Or, « le but de la justice distributive est justement d'établir la justice commutative »¹⁵²⁸. Le danger étant alors de réduire la seconde à n'être qu'un sous-produit de la première¹⁵²⁹. En réalité, les deux ne sont pas aussi disjointes puisque la justice distributive, qui intègre l'idée de la solidarité, a aussi pour fonction d'« assurer l'équilibre économique du contrat »¹⁵³⁰. De ce seul point de vue, et dans la mesure où elle n'est pas totalement dissociée de la recherche de l'équilibre contractuel, l'idée de solidarité, telle qu'elle se dévoile chez les partisans du solidarisme contractuel, n'est pas aussi éloignée de la justice commutative qu'on pourrait le croire.

L'intégration de la justice distributive dans la recherche de la justice contractuelle. Certains mécanismes de protection du contractant que l'on peut classer dans la catégorie de la justice distributive opèrent sur le plan commutatif. Dans son étude sur les sanctions liées à la justice contractuelle, Michelle Cumyn remarque que certaines règles agissent directement sur le contenu du contrat, ce qui est notamment le cas des loyers ou du contrôle du prix¹⁵³¹. L'auteure estime que ces règles relèvent de la justice distributive tout en démontrant qu'elles interviennent aussi

¹⁵²⁷ Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2190.

¹⁵²⁸ *Ibid.*,

¹⁵²⁹ Sur le plan des théories de la justice, c'est d'ailleurs l'impression générale que l'on peut avoir lorsqu'on s'attarde sur les différentes études de ces dernières années. On peut alors constater que la justice, envisagée collectivement, s'entend d'abord dans son acception distributive, si ce n'est uniquement. La justice commutative, qui pourtant semble être d'égale importance chez Aristote, est reléguée au second rang. Voir John RAWLS, *Théorie de la justice*, traduit de l'anglais (États-Unis) par Catherine Audard, Paris, Points DL, 2009; Luc BOLTANSKI et Laurent THÉVENOT, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991; Amartya SEN, *L'idée de justice*, traduit de l'anglais par Paul Chemla, avec la collaboration d'Éloi Laurent, Paris, Flammarion, 2010; Michel FORSÉ et Maxime PARODI, *Une théorie empirique de la justice sociale*, Paris, Hermann, 2010. Faut-il en déduire que la justice commutative joue en second rôle? Chez Aristote, faut-il le rappeler, l'injustice relève tant de l'inégalité que de l'illégalité. Voir *Éthique à Nicomaque*, traduction, notes et bibliographie par Richard Bodéüs, Paris, Flammarion, 2008, p. 10. L'un pouvant découler de l'autre, mais les deux étant toujours étroitement liés comme la liberté et la loi.

¹⁵³⁰ Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2190. Nous verrons dans le chapitre suivant que le solidarisme contractuel, dans sa positivité de *lege lata* ou de *lege feranda*, n'intervient pas seulement au niveau de l'équilibre économique, mais également normatif du contrat. Les deux étant considérés séparément davantage pour des questions de présentation et de compréhension. Il nous semble clair que le premier n'a de sens que dans la mesure où il est la traduction du second.

¹⁵³¹ Voir « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 14-15.

sur le plan commutatif. Dans le cas du droit du travail, par exemple, développé sous l'influence toujours plus grande de la logique distributive, il ne fait aucun doute que les règles applicables au contrat de travail soient presque entièrement de nature distributive, corps de règles considéré en grande partie comme étant tout entier d'ordre public¹⁵³². En outre, la distinction opérée au sein de la notion d'ordre public ne suffit plus pour comprendre les différences entre justice distributive et commutative. En effet, les règles appartenant à l'ordre public peuvent aujourd'hui appartenir à l'une ou l'autre catégorie. L'ordre public de protection ou de direction peut en aboutir, au niveau du contrat, à assurer à la fois une fonction distributive et commutative¹⁵³³. Autre exemple qui pourrait être intéressant : le droit de la consommation qui fait l'objet d'une double approche. Pour Ghislain Tabi Tabi, le développement de ce corps de règles traduit l'influence de la justice distributive sur le droit des contrats¹⁵³⁴. De son côté, dans une étude sur la prise en compte par le législateur de la qualité du contractant, Cyril Noblot montre que le droit de la consommation a pour fondement non pas la justice distributive, mais commutative¹⁵³⁵. L'analyse est faite dans un contexte français qui comporte à bien des égards de nombreuses différences avec le droit québécois. Certaines définitions ne sont pas tout à fait similaires, notamment en ce qui concerne le contrat de consommation et les acteurs qui sont visés¹⁵³⁶. Ceci dit, les objectifs peuvent être

¹⁵³² Voir Thierry REVET, « L'ordre public dans les relations de travail », dans *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 43. L'auteur se demande d'ailleurs si cet ordre public n'est pas sur le déclin au profit de règles qu'on pourrait rapprocher de la justice commutative.

¹⁵³³ Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité », *supra*, note 52, 1-87.

¹⁵³⁴ L'auteur y voit l'une des principales manifestations de la justice distributive après le droit du travail. *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 131. L'auteur estime que le solidarisme contractuel relève d'une plus grande influence de la justice distributive dans les contrats, non pas qu'elle n'y intervient pas, mais que là où le droit opère encore de manière cloisonnée, il convient peut-être de faire reposer le droit de la protection des personnes vulnérables sur cette idée de justice distributive. Si l'auteur n'exclut pas la justice commutative et envisage les deux, il n'analyse pas clairement le rapport entre les deux. C'est pourtant à ce niveau que se situe une partie de la difficulté.

¹⁵³⁵ L'auteur apporte de nombreux arguments pour réfuter la thèse distributive, même si c'est elle qui, à première vue, est souvent mise de l'avant. Voir *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, *supra*, note 254, p. 407 et s.

¹⁵³⁶ En droit québécois, le contrat de consommation met l'accent sur le statut et les objectifs du consommateur de même que son cocontractant. Voir les articles 1 e) et 2 de la Lpc. En droit français, le concept de consommateur n'est pas simple à appréhender non plus. Le terme "consommateur" fait l'objet de diverses définitions. Il en est ainsi dans la Convention de Bruxelles de 1968, la Convention de Rome de 1980, la Directive sur les clauses abusives dans les contrats de consommation et la Directive sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Il est généralement défini comme toute personne physique qui, en dehors du cadre de son commerce, de ses affaires ou de sa profession, passe un contrat avec un fournisseur lui-même dans l'exercice de son activité professionnelle ou commerciale. Certaines législations nationales élargissent cependant la catégorie des consommateurs pour l'étendre au profane, ce qui inclut le professionnel lorsqu'il agit en dehors de ses compétences professionnelles. Sans parler de ce que cette définition a donné lieu à une jurisprudence abondante et fluctuante. Si la directive du 5 avril 1993 penche pour une définition restrictive du consommateur envisagé comme personne physique n'agissant pas dans le cadre d'une activité professionnelle (art.2, b), la loi française vise non seulement le consommateur, mais aussi le "non

rapprochés et tendent à fournir au consommateur une protection par l'édition de règles spéciales prenant en compte les caractéristiques propres à l'acte de consommer. Pourquoi en arrive-t-on à y voir tantôt les manifestations de la justice distributive, tantôt celles de la justice commutative, si ce n'est en grande partie parce que là où l'on voudrait les disjoindre, ces deux types de justice devraient être intégrés? Le fait est qu'il y a à la fois de la justice distributive et de la justice commutative au sein du contrat. L'une ou l'autre pouvant adéquatement justifier l'existence de certains moyens de protection accordés par le législateur au contractant vulnérable. La difficulté du rapport entre justice commutative et distributive ne provient-elle pas de ce que, telles que présentées, elles ne seraient jamais appelées à se rencontrer? Par opposition à cette démarche verticale, ne conviendrait-il pas de voir les valeurs au sein du contrat dans une perspective triangulaire favorisant l'existence de points de rencontre entre justice distributive, justice commutative et utilité du contrat? Quant à l'idée de solidarité, elle ne saurait s'épuiser dans l'une ou l'autre. Le solidarisme contractuel contribuerait à saisir l'idée qu'il est toujours limité de tenter de réduire le contrat à l'un de ses fondements et de les considérer à la fois de manière progressive et intégrée. Cela dit, on est alors surpris de constater qu'on ne retrouve pas chez les partisans du solidarisme contractuel une définition satisfaisante du contrat.

L'absence de définition réelle du contrat au sein du courant solidariste. Nombreux sont les auteurs qui réfutent l'idée de solidarité dans les contrats et la dimension commutative de celle-ci. Une position qui s'explique en partie parce que la définition du contrat offerte par les solidaristes n'est pas toujours de nature à en faciliter la compréhension. En effet, si la définition volontariste du contrat a fait l'objet de plusieurs objections, celles qui se veulent aussi radicales que le solidarisme contractuel n'offrent pas nécessairement des alternatives, et lorsqu'il y en a, elles ne sont pas non plus exemptes de terribles défauts. Les auteurs se limitent quelques fois, de ce point de vue, à la critique pure et simple¹⁵³⁷. Lorsque certains s'essayent à une définition, elle

professionnel". La Cour de Cassation a adopté une définition extensive du consommateur en considérant qu'une personne morale pouvait bénéficier de la protection dès lors qu'il était relativement au contenu du contrat " dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur". Voir Cass. 1^{re} civ., 28 avril 1987, D. 1988.1 n. Delecbeque, JCP 1987.II.20892 n. Paisant, (1987) *RTDciv.* 548, obs. Mestre. Elle a ensuite adopté une vision plus restrictive en délimitant le domaine de protection aux contrats n'ayant pas un rapport direct avec son activité professionnelle Cass. 1^{re} civ. 24 nov. 1993, D. 1994 som. com. p. 236, obs. Paisant, Defrénois, 1994, p. 818 obs. D. Mazeaud, Cass. 1^{re} civ. 21 fév. 1995, JCP 1995.II. 22502, n. Paisant, 5 nov. 1996 contrats, conc. consom. 1997 n°12.

¹⁵³⁷ Tel est le cas d'Emmanuel Gounot, voir Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *supra*, note 77, p. 626.

n'est alors caractérisée que par un positivisme tout aussi inconsistant qu'insatisfaisant¹⁵³⁸. Comment se contenter de celle suggérée par François Collart-Dutilleul, lorsqu'il affirme que « le contrat est un accord de volonté que la loi et/ou le juge reconnaissent autoritairement comme tel et qu'ils soumettent au droit des contrats »?¹⁵³⁹ Plus qu'une explication volontariste qui pêche par son côté métaphysique, une telle acception purement positiviste et technique du contrat, qui ne dit, en fin de compte, pas grand-chose de ce qu'il est ou devrait être, si tant est qu'une définition unique soit possible¹⁵⁴⁰. Faut-il rappeler que toute la critique d'Emmanuel Gounot tendait justement à dénoncer un droit positif profondément enraciné dans les idéaux libéraux et individualistes? Que le contrat soit sanctionné juridiquement, soit! Pour autant, cela ne dit rien des justifications qui interviennent dans la reconnaissance que le droit offre et des valeurs que le législateur privilégie au détriment d'autres modes de pensée et sur leur adéquation en fonction des parties en présence. Surtout, elle ne fait pas ressortir le lien avec l'idée de solidarité. Le besoin de justice contractuelle se réduit ici à l'intervention du juge, sans qu'il soit certain qu'il en résulterait une attitude plus solidariste outre mesure. Que reste-t-il alors du solidarisme contractuel face à toutes ces critiques et au réquisitoire dont la doctrine a fait l'objet?¹⁵⁴¹. D'ailleurs, Denis Mazeaud considère que, ajouté au désaveu dont les idées solidaristes ont fait l'objet devant la Cour de cassation en France, l'article d'Yves Lequette a quasiment signé l'arrêt

¹⁵³⁸ C'est ainsi qu'après avoir longuement critiqué la référence à la volonté dans la définition du contrat, Georges Rouhette, qui se voit alors dans l'obligation de faire une proposition, laisse alors cours à un positivisme dont il présente lui-même les limites. Voir *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *supra*, note 77, p. 626-639.

¹⁵³⁹ Définition reprise par Bertrand FAGES, « Rapport de synthèse », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 4, p. 258. Voir « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 227. L'auteur en arrive à une définition purement technique après avoir constaté que tout n'est pas contractuel, ni consensuel, encore moins obligationnel, dans le contrat.

¹⁵⁴⁰ Notons que la justice contractuelle tend à la recherche des finalités du contrat sur un plan, non pas simplement légal, mais idéologique et des valeurs. Elle pose des questions essentiellement épistémologiques. Or, la critique positiviste du dogme de l'autonomie de la volonté a abouti à la conclusion selon laquelle « c'est le droit positif qui confère au contrat sa force obligatoire, l'accord des volontés n'intervenant seulement que comme procédure spécifique de création d'effets de droits ». Voir Jacques GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *supra*, note 574, 87.

¹⁵⁴¹ Denis Mazeaud parle de « charge mémorable [...] point d'orgue de la résistance doctrinale au solidarisme contractuel », voir « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 912. Yves Lequette rétorque qu'il s'agit d'une « critique serrée ». Voir « Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 880. En tout état de cause, l'auteur n'est pas tendre avec la doctrine. Le bilan sonne justement comme un glas!, voir « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 247-287. Faut-il s'en tenir? Il nous semble que non. En outre, le dogme de l'autonomie de la volonté a fait l'objet de plus de critiques encore, sans renaître depuis plusieurs décennies sous de multiples formes.

de mort de la doctrine ces dernières années. Elle est pourtant appelée à renaître¹⁵⁴². Une conclusion alarmiste qui, bien qu'empreinte d'attente et d'espérance, se comprend car la satire n'est pas tendre. Doit-on alors penser que le calme relatif des défenseurs de cette doctrine équivaldrait à sa nouvelle disparition de la scène contractuelle? En tout état de cause, il faudrait recadrer la doctrine.

Le recadrage du contexte du recours contemporain au solidarisme contractuel. De nombreux aspects du solidarisme contractuel contemporain peuvent paraître critiquables - aucune théorie n'en échappe - essentiellement parce qu'elles sont toutes des utopies et des idéologies. Quelques remarques doivent tout de même être faites afin de relativiser la portée de ces critiques et de tenter d'en saisir le sens profond. Trois principales publications doctrinales diffusées de la fin des années 90 et du début des années 2000 sont celles qui ont été mises de l'avant par la doctrine. Ces articles ont donné naissance au solidarisme contractuel contemporain moral¹⁵⁴³ et social¹⁵⁴⁴. Malgré l'acte de plaidoyer de Christophe Jamin et les prises de position explicitement partisans de Denis Mazeaud, à décharge, il faut admettre que ces productions doctrinales constituaient, avant tout, des tentatives de mise au point des évolutions ayant cours en droit des contrats à un moment donné¹⁵⁴⁵. À partir du début des années 80 jusqu'au début des années 2000, on peut noter dans la doctrine en France, notamment, des études éparses¹⁵⁴⁶ qui portent sur la naissance ou la découverte de nouveaux principes¹⁵⁴⁷, obligations ou devoirs¹⁵⁴⁸ ou encore sur la dissymétrie

¹⁵⁴² Voir « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 915 et s. L'auteur procède à analyse détaillée des raisons qui expliquent la débâcle du solidarisme contractuel des dernières années et qui font que ses tenants ne semblent si actifs à défendre cette doctrine. Il n'en reste pas là, puisqu'il propose à la fin de son analyse les raisons et les domaines qui pourraient justifier la reconnaissance de cette théorie.

¹⁵⁴³ Avec pour tête d'affiche : Denis MAZEAUD. Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 252-257.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 257 et s. « Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 881 et s.

¹⁵⁴⁵ En ce sens, on comprend que Denis Mazeaud explique qu'il ne s'agissait que de prendre le train de l'histoire des contrats en marche. Voir « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 906 et s. Même l'article de Catherine Thibierge Guelfucci, qui n'a certes pas connu les mêmes diatribes que ceux de Mazeaud et de Jamin, peut être en grande partie considéré comme s'inscrivant dans une telle perspective. Voir « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *supra*, note 55, 357.

¹⁵⁴⁶ Déjà dans les années 80, Jacques Mestre constate déjà l'émergence d'un esprit de collaboration dans une étude plus large consacrée à l'évolution contemporaine du droit des contrats. Voir « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », (1986) *RTDciv.* 101; « L'évolution du contrat en droit privé français », dans *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Paris, PUF, 1986, p. 42.

¹⁵⁴⁷ Voir Florence FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, *supra*, note 45.

¹⁵⁴⁸ Voir Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *supra*, note 920. Sur le devoir de coopération, voir François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *supra*, note 921, 259. Certaines

de pouvoirs dans le contrat¹⁵⁴⁹. Des aspects de la théorie générale des contrats dont l'existence et la particularité ne peuvent être convenablement justifiées uniquement par une lecture individualiste des liens qui unissent les contractants. En plus, nombreuses sont les analyses qui portent sur les fondements et les justifications théoriques, politiques et philosophiques qui découlent, inspirent ou transforment la théorie générale des contrats¹⁵⁵⁰. Le recours au solidarisme contractuel constitue, dans ce contexte, un fondement visant à fédérer l'ensemble des mutations en cours¹⁵⁵¹.

L'engouement autour du solidarisme contractuel. Le solidarisme contractuel va, par la suite, se répandre. On parle même d'« école »¹⁵⁵². Elle suscite un engouement dont les tenants ont ensuite voulu faire la promotion, adoptant des positions plus ou moins militantes¹⁵⁵³. Une posture qui a particulièrement déplu à une partie de la doctrine en France. Yves Lequette estime que c'est entre autres la raison pour laquelle Denis Mazeaud et Christophe Jamin ont été les principales cibles de sa diatribe. Ce qui n'a pas été le cas des autres auteurs ayant développé des idées similaires et fait état de l'existence d'un esprit de coopération ou de collaboration dans le droit des contrats, notamment Jacques Mestre, Alain Sériaux ou Catherine Thibierge Guelfucci. Contrairement aux solidaristes chevronnés, ces derniers seraient intervenus avec plus de mesure, de discrétion et de retenue et, surtout, sans prétendre *refonder* le droit de contrat sur des valeurs autres que

positions font depuis l'objet de vives critiques, notamment, Henri LECUYER, « le contrat, acte de prévision », dans *Mélanges François Terré*, *supra*, note 1457, p. 643-660; Philippe Le TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », (1987) *D. Chr.* 101.

¹⁵⁴⁹ Voir Pascal LOKIEC, *Le contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *supra*, note 5.

¹⁵⁵⁰ L'étude de Catherine Thibierge Guelfucci, prenant l'histoire en cours, tente d'en résumer les principales nouveautés, tout en expliquant qu'il ne faudrait peut-être pas continuer à y voir des situations exceptionnelles, et suggère qu'il serait temps de fédérer ces transformations autour d'une nouvelle position paradigmatique. Voir « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *supra*, note 55 357. L'auteure constate que : « Le changement par exception présente cet indéniable avantage de permettre d'accueillir une donnée non conforme au cadre habituel, en l'occurrence la théorie générale ou l'un de ses principes, sans pour autant obliger à réviser celui-ci. En cela, il convient bien à l'évolution du droit qui nécessite une suffisante continuité. Cependant, lorsque les atteintes se multiplient au point de fragiliser les principes, le changement par exception peut se révéler insuffisant à la nécessaire transformation du droit » (370). Le solidarisme contractuel se pose donc en termes de rupture.

¹⁵⁵¹ Avec le recul, on peut donc se demander si l'idée de solidarité était appropriée pour appréhender l'ensemble des transformations au sein de la théorie générale du contra., La question mérite d'être posée. Cependant, elle n'enlève rien au travail effectué par les partisans du solidarisme contractuel à cet égard. En outre, notre étude s'inscrit parfaitement dans le cadre de ce questionnement, qui ajoute à sa pertinence, dans la mesure où l'idée de justice contractuelle, souvent utilisée pour justifier la protection de la partie faible, qui y est entièrement concernée, et révèle toute sa complexité.

¹⁵⁵² Voir Jean HAUSER, « Le juge et la loi », (2005) 114 *Pouvoirs* 149.

¹⁵⁵³ Voir « Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 881 et s.

volontaristes, libérales et individualistes. C'est donc cette prétention et le désir de promouvoir leur opinion qui semblent irriter ceux qui ne partagent pas leurs positions idéologiques¹⁵⁵⁴. Par ailleurs, si le désir de trouver au contrat d'autres assises est louable, il ne saurait justifier ni une attitude militante ni une méconnaissance de la technique juridique au profit de spéculations tirées de l'influence du droit social. Yves Lequette précise qu'il ne faut pas pour autant aboutir à la technique pour la technique, mais que cette dernière doit être, selon un terme emprunté à Thomas Génicon, « inspirée »¹⁵⁵⁵. Or, on ne peut s'empêcher de constater que telle était bel et bien la démarche – quoiqu'on puisse la critiquer – des partisans du solidarisme contractuel qui ont essayé de rendre compte de ce que certains instruments du droit des contrats, pour être bien compris et pleinement opérationnels, étaient et/ou devaient être considérés comme étant inspirés par d'autres valeurs que celles résultant de l'individualisme libéral ou néo-libéral. Une observation qui relevait peut-être de l'avènement à la conscience d'un phénomène jusqu'alors inconscient. Véronique Ranouil a montré à quel point la doctrine de l'individualisme juridique et la théorie de l'autonomie de la volonté sont longtemps demeurées diffuses et « vécues inconsciemment » avant d'être ensuite conceptualisées¹⁵⁵⁶. Par conséquent, le constat de l'existence de règles, techniques et principes juridiques de protection de la partie vulnérable qui ne peuvent être adéquatement justifiés par le volontarisme individualiste ne devrait plus seulement être cantonné au rang de situations exceptionnelles par rapport aux principes dominants. Les partisans du solidarisme contemporain ont cru bon de les conceptualiser, les nommer, et éventuellement y déduire l'émergence d'un nouveau paradigme. Au-delà de l'adhésion ou non aux idéaux solidaristes, il convient tout de même de demeurer ouvert aux questions posées par l'appel à cette doctrine et qui peuvent se résumer, de manière un peu triviale, à ceci : en quoi est-ce que les juristes, dans la mesure où on convient que leur l'objectif et leur rôle premier est de participer à l'amélioration du droit et à l'adéquation de ses fins, notamment dans le cadre plus restreint des contrats, ont intérêt, hormis parce qu'ils se laissent tenter par les simples conjectures théoriques, à connaître et à réfléchir sur les idées solidaristes au sein du contrat? La précision importe car, quelques fois, le rejet par les juristes de certaines positions doctrinales ou, plus largement, de modes de pensées moins conventionnels, peut en donner une vision quelque peu déformée voire suspecte, et ce, parce qu'il s'en dégage la volonté

¹⁵⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 901.

¹⁵⁵⁶ Voir *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, *supra*, note 243, p. 70.

de conserver l'autorité qu'offre le droit, spécialement par la maîtrise de la technique juridique¹⁵⁵⁷. Quant à nous, nous estimons, en nous inspirant à cet égard de Jacques Ghestin, que tant la dogmatique juridique que le réalisme juridique présentent des limites¹⁵⁵⁸. On ne saurait, au nom de la technique juridique, négliger les apports de la doctrine solidariste lorsqu'elle fait état de la situation de sujétion des parties. Cependant, on ne peut pas non plus uniquement verser dans les conjectures théoriques du réalisme en oubliant que le droit est aussi un corps de règles pratiques dont l'objectif premier est de répondre adéquatement aux défis posés par la transformation des échanges.

Une réponse aux transformations contractuelles contemporaines. Le recours au solidarisme contractuel relève en grande partie du désir de rendre adéquatement compte des changements opérés au sein de la théorie générale des contrats. À ce titre, des ponts peuvent être effectués avec le droit québécois des contrats dans lequel de nombreuses transformations avaient été apportées par la jurisprudence et le législateur aux règles du Code civil du Bas Canada. Si la réforme de 1994 est restée dominée par l'approche volontariste et individualiste du contrat, il n'en reste pas moins vrai que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec* des mesures de protection réelles à l'instar de la clause abusive, du contrat d'adhésion, de la clause pénale ou des régimes de protection de certaines catégories de personnes dans les contrats nommés. La jurisprudence a même développé, à quelques reprises, certaines obligations et quelques règles de protection des contractants dans les contrats *sui generis*¹⁵⁵⁹. Autant de transformations, dont le fondement et la fécondité, ne peuvent pas toujours être limités à une approche individuelle de la vulnérabilité du contractant¹⁵⁶⁰. S'il est vrai que l'influence d'une vision « sociale » du droit semble plus importante en droit français qu'en droit québécois et que la dimension politique du droit des

¹⁵⁵⁷ C'est ce qui ressort directement des positions critiques de Pierre BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », dans François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. « Droit et société », LGDJ, 1991), p. 95-99; ou en filigrane de l'ouvrage de Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

¹⁵⁵⁸ Voir Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement*, *supra*, note 113, p. 312.

¹⁵⁵⁹ Voir l'analyse de Paul-André MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

¹⁵⁶⁰ Ghislain TABI TABI le note assez bien lorsqu'il affirme que pour mieux prendre en compte le contrat à titre de fait social: « il faut se garder de s'obstiner à renforcer systématiquement une philosophie dépassée du droit des relations contractuelles et de la théorie générale du contrat : celle de l'autonomie de la volonté ». Voir *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 9.

contrats ne peut être envisagée dans les mêmes termes¹⁵⁶¹, il n'en reste pas moins que la question relative à la protection de la partie en position de vulnérabilité se pose dans les faits d'une manière assez semblable. De ce point de vue, aborder les outils de protection novateurs que le solidarisme contractuel contemporain prétend mettre au service de la sauvegarde des intérêts réciproques des contractants semble tout à fait opportun. À cet égard, elle comporte d'ailleurs une dimension politique.

La dimension politique du solidarisme contractuel. Un aspect sur lequel il convient de s'arrêter brièvement se rapporte à la dimension politique du solidarisme contractuel. Il est vrai que lorsqu'on traite du solidarisme contractuel, la tentation est grande d'insister davantage sur le second terme que sur le premier, étant donné le malaise qui peut résulter de sa portée hautement politique. On ne saurait pourtant nier ce pan. Or, la prise en compte de celui-ci implique qu'on envisage le solidarisme contractuel dans un contexte politique bien défini, puisque cette fonction du droit, et de celle des contrats en particulier¹⁵⁶², dépend des positions politiques internes à un contexte bien défini. On pourrait prendre appui sur un tel argument pour récuser l'expansion des idées solidaristes contemporaines en matière contractuelle en dehors des frontières de la France. Ce serait oublier que ce n'est pas tant le discours politique sous-jacent qui compte que les idées qu'il véhicule et la possibilité d'y trouver des ressources permettant de mieux protéger les parties vulnérables. À ce titre, il est clair que le désir de socialiser le droit, dans le sens où l'entend le solidarisme contractuel, n'est pas propre à un pays donné¹⁵⁶³. En effet, si Léon Bourgeois et Célestin Bouglé ont inventé le solidarisme, dont les idées ont été ensuite reprises en matière

¹⁵⁶¹ Il faut dire que la question de la relation entre la politique et le droit des contrats, notamment n'est pas souvent abordée et est plutôt complexe. Si les partisans du solidarisme contractuel l'ont souvent abordé directement, dans la doctrine québécoise, il est rare que la question soit soulevée de front. Pour une esquisse de la fonction du droit des obligations dans la société civile et dans la société civile, voir Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *McGill L. J.* 730. En France, Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, supra*, note 1181, p. 99 et s. L'auteure opère une relation nette entre cette fonction de protection et le rôle politique joué par les contrats. Elle note ainsi que : « le droit en général et le droit des contrats en particulier jouent certainement un rôle politique. Ils ont à gérer les rapports de pouvoirs, des rapports de force, et la loi pourra décider dans une plus ou moins grande mesure de rééquilibrer ces rapports et même de protéger des "classes sociales" (les salariés, les consommateurs, les locataires...) » (p. 99). Voir aussi Thomas GENICON, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques? Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », dans Trav. Assoc. H. Capitant, *La place du juriste face à la norme, supra*, note 567, p. 87.

¹⁵⁶² Au Québec, il est rare que cette fonction socio-politique soit mise de l'avant, mais cela ne signifie pas qu'elle n'existe pas. Voir à cet effet André BÉLANGER et Ghislain Tabi Tabi, « Vers un repli de l'individualisme juridique : L'exemple du contrat de cautionnement », *supra*, note 232, 443-444.

¹⁵⁶³ Christophe JAMIN note l'expansion des idées sociales dans d'autres pays tels que l'Allemagne, et ceux de l'Europe. Voir *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois, supra*, note 1034, p. 19.

contractuelle par Saleilles, Gounot ou Demogue, il ne faut pas en déduire que la fécondité des idées sociales ou de la notion de solidarité s'est arrêtée avec ces auteurs. Sans partager forcément les mêmes positions sur le plan politique, il est possible de rechercher la fonction de socialisation du droit qui en résulte.

La brèche ouverte par le courant solidariste contemporain dans la théorie générale du contrat.

Ces mises au point faites, on peut être effectivement très surpris de l'acharnement et de l'ardeur des critiques dont ont fait l'objet les défenseurs du solidarisme contractuel contemporain en France. D'une manière générale, malgré que ces réserves portent sur des points sérieux¹⁵⁶⁴, le plus important est de noter qu'elles traduisent plus profondément les craintes de voir évincer les approches individualiste, libérale ou utilitariste du contrat. Ce constat ressort de l'analyse de l'ensemble des positions des pourfendeurs du solidarisme contractuel. En fait, pour ces derniers, dans le cadre des relations inégalitaires, de la montée de l'unilatéralisme contractuel et des pouvoirs contractuels¹⁵⁶⁵, que personne ne récuse par ailleurs, qu'il y ait quelques entorses aux règles contractuelles découlant du dogme de l'autonomie de la volonté, soit! Il n'est cependant pas question, aux yeux de ces gardiens de la vision autonomiste du contrat, de faire de la protection de la partie vulnérable une position de principe qui justifierait l'existence d'un paradigme différent qui viendrait au soutien de celle-ci. Ce d'autant moins que, pour eux, les notions et les principes de l'autonomie de la volonté qui ont depuis été revus et corrigés, permettent, dans une large mesure, de répondre adéquatement à ce besoin¹⁵⁶⁶. Au pire, l'idée de solidarité ne renvoie à rien de concret dans le contrat, au mieux, elle se réduit à l'approche libérale

¹⁵⁶⁴ Quelques arguments avancés peuvent être aisément contredits. Ainsi, pour ce qui est du caractère confus, l'individualisme contractuel ne brille pas toujours par sa clarté. Quant à la non-prise en compte de l'analyse économique du droit, l'idée étant de saisir le contrat sous l'angle social, il s'agit justement de l'inscrire dans un cadre plus large que sa simple fonction économique. Ajoutons aussi qu'il est reproché aux promoteurs du solidarisme contractuel d'avoir une vision angélique, et donc idéalisée de l'individu. L'argument ici aussi n'a rien d'imparable. Il pourrait aisément être retourné contre les libéraux qui prétendent que l'homme est d'abord un être égoïste et individualiste. Cette vision pessimiste relève, comme la précédente, de l'existence de deux conceptions reposant chacune sur des fictions et des postulats qu'il est toujours possible de remettre en cause. L'une ou l'autre ne saurait prétendre rendre véritablement compte de ce qu'est la nature de l'homme tel qu'il se donne à voir dans la réalité. Voir également les réponses apportées par Denis MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 910 et s.

¹⁵⁶⁵ Voir Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *supra*, note 123.

¹⁵⁶⁶ Yves Lequette le précise : « personne ne soutient plus, en effet, que le contrat serait une rencontre d'individus égaux et désincarnés [...] Cet affranchissement est, au demeurant, exploré, afin de procéder à cette correction, y compris par les juristes libéraux ». Voir « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 264.

des remèdes à apporter au déséquilibre contractuel¹⁵⁶⁷. Du point de vue de la justice contractuelle, c'est sur ce point précis que se situe la véritable opposition à laquelle s'est trouvé confronté le solidarisme contractuel de la fin des années 90. En fait, malgré l'importance des contrats déséquilibrés et l'ouverture à une certaine forme d'interventionnisme, comme le rappelait déjà à son époque Henri Capitant, l'approche individualiste doit demeurer dominante¹⁵⁶⁸. De sorte que les mesures de protection ne sauraient se développer qu'à la marge du droit commun et rester sous l'emprise d'un dogme de l'autonomie de la volonté remanié¹⁵⁶⁹. Par conséquent, les solutions proposées dans le cadre d'une lecture individualiste des mécanismes de protection de la partie vulnérable sont suffisantes. Il a été remarqué à ce propos :

[qu'] aujourd'hui, les juristes libéraux cherchent de préférence la réponse aux difficultés dans une voie souvent qualifiée de néo-libérale, en ce qu'elle s'attache à promouvoir la restauration des conditions d'un débat équilibré entre les parties, afin de permettre à l'accord des volontés de recouvrer toutes ses vertus, en rétablissant chez les plus faibles un consentement libre et éclairé¹⁵⁷⁰.

Que faire si d'aventure les propositions faites au sein ce cadre néolibéral ne donnaient pas entière satisfaction? Ne sont-ce pas justement les conditions de la restauration de l'équilibre contractuel que révoquent en partie les solidaristes qui estiment que l'abandon de l'individualisme juridique

¹⁵⁶⁷ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479. L'auteur note qu'« en réalité, il semble bien qu'en fait de troisième voie entre libéralisme et socialisme, on soit ici en présence d'une conception de la solidarité qui concorde parfaitement avec la vulgate libérale » (258). Alors que d'autres estiment que cette vision solidariste ne peut que ramener le contrat à un dirigisme exacerbé, voir Marie-Anne FRISON ROCHE, « Volonté et obligation », (2000) 44 *A.P.D.* 129. Le dirigisme n'est plus étatique, mais judiciaire.

¹⁵⁶⁸ Cité par Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *supra*, note 82, 449. La conséquence logique qui s'ensuit est le droit de la protection devrait se développer de manière exceptionnelle afin de ne pas trop perturber l'idéologie individualiste. Or, c'est justement ce paradoxe que les tenants du solidarisme dénoncent.

¹⁵⁶⁹ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 264. C'est le refus de se contenter des solutions fournies par le courant néo-libéral qui explique le rejet de la doctrine solidariste. Rappelons que la première partie de cette étude a justement consisté à montrer que non seulement de nombreux mécanismes avaient été remaniés pour prendre compte de la position de faiblesse du contractant, mais que ces changements s'étaient opérés à travers une logique individualiste et libérale. À ce titre, nous avons vu que de nombreux mécanismes de protection sont en fait des produits de l'individualisme contractuel. Toutefois, il y apparaissait clairement qu'on ne pouvait étirer ainsi cette vision que jusqu'à un certain point au-delà duquel il ne pouvait plus parler d'adaptation, mais de rupture. Ce qui justifie alors la recherche d'un tout autre fondement.

¹⁵⁷⁰ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, 264. L'auteur soutient aussi que différentes solutions proposées par la doctrine peuvent tout à fait s'arrimer à l'approche renouvelée de l'autonomie de la volonté. En outre, au sein du courant libéral, des critiques s'élèvent contre le droit de la consommation. Toutefois, pour certains, bien que le législateur ait opéré de manière maladroite, on peut encore y voir une tentative de rétablissement de l'accord de volonté à bien des égards compatible avec une vision individualiste du contrat. Voir la préface de Jean-Louis Aubert, dans la thèse intitulée *Le contrat de consommation et l'autonomie de la volonté*, *supra*, note 126. Voir aussi les éclaircissements de Mustapha El GHARBI, « Justice contractuelle et liberté contractuelle : un rapport problématique », *supra*, note 41. Or, justement, les solidaristes prétendent que non seulement les corrections opérées au sein du courant libéral et individualiste ne sont pas suffisantes, mais encore certaines débouchent sur un paradoxe, car elles ne peuvent être correctement comprises que si l'on rompt avec la vision du contrat qui les sous-tend. En effet, lorsque la responsabilisation et la prévoyance ne suffisent plus à protéger le contractant faible, il faut envisager une autre approche. Voir Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 10 et s.

est requis? Une idée qui est loin de faire l'unanimité, mais qui ne présente pas moins une certaine pertinence.

Le potentiel explicatif du solidarisme contractuel. Marc Mignot conclut son analyse que le contrat est d'abord le lieu du conflit d'intérêts, que même en cas d'altruisme, c'est toujours la recherche égoïste de l'intérêt bien pensé du contractant qui peut le mieux l'expliquer¹⁵⁷¹. En admettant même de manière restrictive le principe de l'union d'intérêts entre les parties, il faudrait encore, pour qu'il soit admissible, n'y voir encore qu'une façon de rechercher son intérêt propre et bien pensé¹⁵⁷². Il en est de même de l'ensemble des instruments de protection de la partie faible qui ne peuvent recevoir une véritable justification qu'à partir d'une vision relevant de l'individualisme juridique¹⁵⁷³. Cet auteur prétend que la positivité et l'apport du solidarisme contractuel, notamment dans le cadre des obligations de renseignement ou d'information, de conseil et de coopération, sont inutiles dans la mesure où l'analyse économique et l'utilitarisme permettent de mieux les expliquer ou en arrivent au même résultat¹⁵⁷⁴. La conclusion est avérée en ce sens, sauf que la recherche des fondements de la protection du contractant ne repose pas directement sur l'inventaire des techniques de protection. En effet, les outils de protection peuvent recevoir une lecture comme une autre (individualiste, utilitariste, solidariste), et peuvent être interprétés à partir de l'idée de liberté, de responsabilité, d'utilité ou de solidarité. En fait, seules les approches individualistes et néo-libérales ou utilitaristes semblent acceptables quoiqu'elles fussent aussi utopiques et discutables que le solidarisme puisque ses préceptes, passés au crible, ne résistent nullement à la critique. En réalité, c'est à ce niveau que se situe le véritable enjeu des oppositions farouches auxquelles la doctrine solidariste contemporaine en matière de contrat a dû faire face. Ses adversaires n'admettent pas l'idée qu'on puisse chercher ailleurs que dans les principes individualistes et néolibéraux, même revus et corrigés, les motifs

¹⁵⁷¹ Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, p. 2190 et s.

¹⁵⁷² L'unicité de l'explication mérite pourtant d'être nuancée, à tout le moins, elle ne peut être généralisée à l'ensemble des situations. Ainsi que nous le verrons dans le dernier chapitre de cette étude dans bien des cas, il n'est pas dans l'intérêt propre et immédiat de celui qui doit l'information de la transmettre. Une telle obligation ne pouvant alors prendre sa source ni dans les préceptes libéraux, ni au sein de l'utilitarisme. Voir *infra* chapitre II titre II.

¹⁵⁷³ Voir « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, p. 2190 et s.

¹⁵⁷⁴ À propos des obligations d'information, de coopération et de conseil, il explique à cet effet que : « il semble que le détour explicatif par la solidarité soit inutile et que les solutions reposent plus simplement sur l'utile », (2191). L'auteur fait également référence à des écrits d'auteurs solidaristes, notamment François Desses ou Denis Mazeaud qui font le lien entre l'idée de solidarité et d'utilité.

qui gouvernent la compréhension du contrat et d'autres piliers sur lesquels refonder le contrat. Ce faisant, ils ignorent le fait que la responsabilisation des parties présente forcément des limites¹⁵⁷⁵. Ce qui ne diminue en rien le potentiel de la doctrine solidariste dans l'étude du lien contractuel, à titre de manifestation du lien social, bien au contraire.

Une couche supplémentaire à la compréhension du contrat. Comme le reconnaît Yves Lequette, même si « le bilan des solidarismes est celui d'un remarquable gâchis »¹⁵⁷⁶, cela n'enlève rien au fait que « l'intuition de départ qui anime le solidarisme dans sa version sociale est, à notre sens, parfaitement fondée »¹⁵⁷⁷. C'est cette « intuition » qu'il faudrait maintenant développer pour mettre en lumière toute la fécondité du solidarisme, d'en détecter la présence, les influences ou les traces en droit, et ce, spécialement en ce qui concerne la matière contractuelle. En ce sens, le solidarisme contractuel contemporain, malgré ses limites, apporte une couche supplémentaire à l'analyse et à la compréhension du contrat en tant réalité plus complexe que les positions réductrices dont il peut être l'objet. Ces précisions faites, il convient donc de poursuivre notre démarche par une analyse approfondie de la place du solidarisme au sein des diverses transformations qu'a connues le droit contemporain des contrats, des notions et concepts qui ont été mis de l'avant¹⁵⁷⁸. Une tâche qui est d'abord celle de la doctrine.

¹⁵⁷⁵ Comme LE souligne Paul RICOEUR, « plus nous chargeons l'individu et le sujet solitaire de responsabilités, plus ce fardeau devient insupportable pour chacun ». Voir *Le juste 2, supra*, note 1624, p. 223.

¹⁵⁷⁶ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 287.

¹⁵⁷⁷ *Id.*

¹⁵⁷⁸ Dans les points suivants, nous aborderons la spécificité du solidarisme contractuel au sein de la sphère juridique de protection de la partie vulnérable. Toutefois, il convient de mentionner dès à présent qu'il est apparu dans nos précédentes analyses, nettement ou en filigrane, que le solidarisme contractuel diffère de l'utilitarisme, qu'il peut être rapproché de la théorie du don et qu'il s'oppose de manière radicale à l'individualisme juridique. Nous avons également mentionné, au début de notre étude, qu'il ne présente pas de lien avec la théorie de droit de l'homme qui s'accommode plutôt bien d'une économie capitaliste et libérale. Ajoutons que pour ce qui est de la théorie des droits de l'homme, Christophe JAMIN note que « même s'ils sont d'origine étatique, les instruments propres aux droits fondamentaux offrent plutôt au juge le moyen de contrôler l'action des organes étatiques, ce qui lui permettra peut-être un jour de limiter celle-ci en droit des contrats au profit d'un retour en force du volontarisme ». Ce n'est pas seulement parce que la protection des droits de l'homme peut en bout de ligne reconduire à l'individualisme qu'il n'est pas compatible avec le solidarisme contractuel, c'est aussi dans la mesure où cette théorie débouche sur « la toute-puissance d'un sujet indifférent au sort de la société ». Voir *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois, supra*, note 1034, p. 32. Sur ces deux dernières théories, Christophe JAMIN constate, autant en ce qui concerne le droit québécois que français que : « l'alliance d'une doctrine économique dominante, qui valorise le marché en présumant qu'un faible degré de réglementation étatique des activités est une source d'efficacité, et d'une philosophie des droits de l'homme, qui valorise l'autonomie du sujet, pourrait aboutir à l'effacement du solidarisme contractuel de nos cultures juridiques respectives, qui plaçaient l'État en leur centre, au profit d'un affrontement direct entre le marché et les droits de l'homme » (p. 34). Qu'il s'agisse de la bonne foi, de la logique économique ou du déploiement des droits fondamentaux en matière contractuelle, tous ces courants d'idées fleurissent dans un contexte socio-économique dominé par une contractualisation intense des relations interindividuelles. La référence à la figure du contrat, accord de volonté dans le fonctionnement de la société, paraît dans ce contexte d'autant plus incompréhensible qu'en matière purement

Un travail essentiellement doctrinal. La version contemporaine du solidarisme contractuel est davantage un travail de la doctrine que celui de la jurisprudence ou du législateur¹⁵⁷⁹. Aussi, si c'est bien en partie dans le passé qu'il faut aller chercher les racines théoriques du solidarisme contractuel, afin de saisir la source d'inspiration du solidarisme contractuel contemporain, c'est résolument vers l'avenir qu'il faudrait se tourner pour penser son apport. Les différents griefs et réserves avancés par ses détracteurs à l'encontre du solidarisme en général, dans sa version contractuelle en particulier, quant à l'actualité et l'adaptabilité des métaphores et figures, paraissent légitimes. Il n'en reste pas moins vrai que les idées de solidarité, le désir de *faire société* cher à Christophe Jamin ou encore la reconstruction du lien contractuel en guise de manifestation du lien social, ne sont en rien désuets¹⁵⁸⁰. Elles n'ont d'ailleurs pas encore fourni, même sur le plan restreint du droit, et en matière contractuelle, tout le potentiel susceptible d'en ressortir. Le contrat ne s'intègre pas complètement dans le solidarisme contractuel qui ne peut rendre compte que de certaines dimensions. Si le retour vers le passé permet de saisir le chemin emprunté par le solidarisme contractuel et le climat qui a favorisé son émergence et son renouveau, c'est bien le futur qu'il faut scruter pour faire jaillir les outils susceptibles d'assurer au mieux la protection de la partie faible. Pour qu'un tel travail soit possible, il importe au préalable de procéder à une identification du solidarisme contractuel, et de le distinguer des concepts ou théories avec lesquels il pourrait être confondu et qui pourraient nuire à la réflexion renouvelée à laquelle il

contractuelle, il est de plus en plus caractérisé par le déséquilibre de forces et de pouvoirs. Cette contractualisation relèverait d'une forme de reféodalisation des rapports sociaux. Voir les remarques d'Alain SUPLOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », dans Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, p. 19-44 ; « La contractualisation de la société », dans Université de tous les savoirs, vol. 2, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 159; Jean-Paul GAUDIN, *Gouverner par contrat- L'Action publique en question*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 1999. Or, le solidarisme contractuel prétend « corriger » le capitalisme ambiant avec des outils et un discours plus adaptés et plus large que la correction du contrat, tant par sa moralisation que par le recours aux droits de l'homme. À la différence du solidarisme contractuel, ces courants de pensée sont aujourd'hui dominants. C'est qu'ils ont su, d'une part, se situer « à l'exact point de jonction entre l'évolution des structures capitalistes et la mutation profonde des mentalités », et, d'autre part, parce qu'ils ont su adapter subtilement leur discours face à la transformation des mentalités. Voir Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-qubécois*, supra, note 1034, p. 22.

¹⁵⁷⁹ Le constat de Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-qubécois*, supra, note 1034, p. 17-18 et 27-22. L'auteur note que bien que le résultat de l'influence du solidarisme contractuel n'est pas nul, il est plutôt maigre. Voir également dans le même sens, en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de cassation en France, Jean CEDRAS, « Liberté-Égalité- Contrat- Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », dans *Rapport de la Cour de cassation 2003*, Paris, La documentation française, p. 215. Une situation qui pourrait s'expliquer par l'attitude traditionnellement non interventionniste des juges en France qu'à une hostilité vis-à-vis du solidarisme contractuel. Voir Denis MAZEAUD, « Le juge et le contrat – Variations optimistes sur un couple "illégitime" », dans *Mélanges offerts à Jean-Luc-Aubert-Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 235.

¹⁵⁸⁰ Ce d'autant moins que le phénomène de contractualisation généralisé aboutit au déploiement de nouvelles formes de féodalisation. Voir Alain SUPLOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », supra, note 1578.

invite. Un travail qui nous permettra de mieux saisir la nature du lien de solidarité sur lequel repose la protection du contractant vulnérable telle qu'elle ressort de la perspective solidariste contemporaine.

Sect. III La place du solidarisme contractuel dans le paysage juridique de la protection de la partie vulnérable

Les frontières de la doctrine solidariste. Dans cette dernière section, nous voulons essayer d'établir les frontières que la doctrine solidariste se donne au sein de la théorie générale. Trois principaux aspects seront privilégiés afin de procéder à l'identification du solidarisme contractuel. Nous verrons que le solidarisme contractuel doit être distingué tant de la bonne foi à titre de principal instrument de la moralité contractuelle (para I), que de la logique du droit de la consommation (para II). S'il s'éloigne de la théorie relationnelle d'Ian R. Macneil, il peut être rapproché de la théorie du don de Marcel Mauss (para III).

Para I Un solidarisme contractuel indépendant de la moralité contractuelle

La tentation d'assimiler le solidarisme contractuel et la moralité contractuelle. L'assimilation du solidarisme contractuel à la morale provient des classifications effectuées au sein de ce courant dans la doctrine¹⁵⁸¹. Cette relation entre morale et solidarisme laisse croire que ce dernier ne serait alors qu'un principe découlant d'une norme plus large telle que la bonne foi. Mais la réalité se révèle un peu plus complexe, car le solidarisme contractuel ne saurait être réduit à un succédané de la bonne foi. Denis Mazeaud lui-même a dissipé les doutes à ce propos, en expliquant que le solidarisme contractuel ne peut être confondu avec la morale contractuelle¹⁵⁸².

¹⁵⁸¹ Voir Philippe STOFFEL-MUNCK, note D. 2002. 1979. Distinction reprise par Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 252 et s.

¹⁵⁸² L'auteur est explicite à ce sujet : « Plus sérieusement, avec le recul, cette dualité me paraît reposer sur une confusion entre le prétendu solidarisme moral, qui n'a de solidarisme que le nom, et une vision plus exigeante de la morale contractuelle que nous avons défendue dans le passé et dont nous continuons à penser qu'elle constitue une directive dont le droit contractuel positif gagnerait à s'inspirer. En somme, le prétendu solidarisme moral dont je serais le chef de file me paraît procéder d'une confusion entre ce qui relève de la morale contractuelle et du véritable solidarisme, l'une et l'autre différant pourtant sensiblement quant à leurs domaines et à leurs portées respectifs. On peut par exemple ne pas être convaincu par la pertinence de la jurisprudence de la Cour de cassation aux termes de laquelle la mauvaise foi d'un contractant n'exerce aucune influence sur la substance de ses droits et obligations et ne peut affecter que l'efficacité de ses prérogatives contractuelles, sans pour autant être versé dans le courant solidariste ». Voir « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 908-909.

Si un tel pas était franchi, il n'y aurait plus rien à dire, du moins, pas grand-chose d'original à propos du solidarisme contractuel¹⁵⁸³. Il importe alors de se demander ce qu'il en est réellement. Plusieurs raisons poussent à croire que la différence entre le solidarisme contractuel et la moralité contractuelle, elle-même basée principalement sur le principe de la bonne foi, ne tient pas forcément au fait que les deux ne puisent pas aux mêmes sources théoriques. Cela dit, des liens sont possibles entre les deux, surtout sur le terrain des moyens de protection mis en œuvre dans le cadre de la protection de la partie faible. Cette relation devient difficile à établir dès lors que l'on constate que le solidarisme contractuel et la bonne foi relèvent de deux visions différentes du contrat.

Solidarisme contractuel : une vision volontariste du contrat. Le solidarisme contractuel ne s'oppose pas au volontarisme dans un rapport d'exclusion. Ce n'est pas le rôle de la volonté qui est ici directement visé. En ce qui concerne le lien avec la volonté, il faudrait d'ailleurs, dans une perspective solidariste, y voir un rapport de progression : le point de départ étant la volonté individuelle qui elle-même s'intègre dans la volonté sociale¹⁵⁸⁴. Tout le défi étant de combiner les aspects individuels et collectifs du lien contractuel, le contrat est alors à la fois acte de volonté et fait social. Ce qui paraît d'autant plus avérer que si le solidarisme contractuel constitue une critique du volontarisme ambiant, celle-ci ne porte pas sur la remise en cause de la nécessité du rôle de la volonté dans le contrat. Le volontarisme a incontestablement enrichi le droit des contrats, à la différence du droit romain, il a montré que le contrat se devait d'être nécessairement le lieu d'exercice de la liberté et de la volonté. À cet égard, il n'y a plus de conflit entre volonté et contrat, l'objectif n'étant plus forcément de substituer au contrat « une situation légale schématisée »¹⁵⁸⁵, qui intervient souvent au détriment de la recherche d'un sens juridique au contrat. Il convient plutôt de considérer que « la relation est le complément nécessaire à la liberté »¹⁵⁸⁶. C'est au nom de la relation présente dans tout contrat que l'on exigera, lorsqu'on est en présence de rapports déséquilibrés, qu'il faille rétablir l'équilibre au sein du contrat et l'égalité

¹⁵⁸³ Une position partagée par Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier qui opère une nette séparation entre solidarisme contractuel et bonne foi. Voir *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 313 et s.

¹⁵⁸⁴ « L'homme isolé et indépendant est une pure fiction; il n'a jamais existé. L'homme est un être social; il ne peut vivre qu'en société », Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*, Paris, Alcan, 1912, p. 18.

¹⁵⁸⁵ Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra*, note 95, 21.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, 20. En réalité, explique un auteur, « comprise dans toute sa dimension métaphysique, la relation est le complément de la liberté. L'acte juridique en est le reflet le plus fidèle ». Voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La convention », *supra* note 95, 20.

entre les parties. Si la volonté est nécessaire, elle peut faire l'objet d'influences multiples, voire contradictoires.

Le passage d'un volontarisme individualiste à un volontarisme solidariste. Comme le mentionne Christophe Jamin, « l'évolution de l'économie contemporaine montre cependant que les contrats d'adhésion ne sont pas les seuls en jeu. La plupart des contrats qui s'inscrivent dans une structure hiérarchique plus ou moins affirmée sont eux aussi concernés : des contrats de travail à la plupart des contrats conclus au sein de ces structures hybrides qui se situent entre l'entreprise et le marché »¹⁵⁸⁷. Ghislain Tabi Tabi reprend l'idée de contrat de dépendance et de pouvoirs contractuels unilatéraux¹⁵⁸⁸. Plus globalement, ce sont les contrats qui s'apparentent à une relation d'assujettissement qui sont ici visés¹⁵⁸⁹. Toute chose qui justifie la reconnaissance de nouveaux instruments d'équilibre contractuel qui s'inscrivent eux-mêmes « dans la continuité du rôle que joue jusqu'ici la bonne foi dans ce sillage, en tant que principe directeur des relations contractuelles »¹⁵⁹⁰. Toutefois, il est important de mentionner immédiatement que, de notre point de vue, le rapport de progression dont il s'agit renvoie uniquement aux mécanismes juridiques de protection de la partie vulnérable. Or, ces outils évoluent quelques fois dans une logique horizontale, de sorte que certains procédés peuvent fournir une plus grande protection que d'autres. Ce qui peut constituer la manifestation du passage d'une approche du contrat à une autre, à l'instar du volontarisme individualiste au solidarisme contractuel. Le rapprochement peut être effectué en ce qui concerne l'importance accordée à la volonté et la similarité des instruments de protection de la partie vulnérable. Cependant, là s'arrête le mouvement de progression. En effet, la radicalité de la critique solidariste tend à délester le volontarisme des influences néolibérales et individualistes. Celles-ci ont fortement teinté la compréhension et le sens tant des dispositions du Code civil du Bas Canada et celui de 1994, que les différents moyens

¹⁵⁸⁷ Voir Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *supra*, note 82, p. 447.

¹⁵⁸⁸ *Id.* Voir également Georges VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans la dépendance économique*, *supra*, note 4. L'auteur identifie certaines catégories de contrats comme étant caractérisées par la dépendance, notamment les contrats de sous-traitance, de concession commerciale, d'assistance ou de fourniture, de franchise, de contrat d'agence commerciale ou encore de représentation commerciale. Il faut constater ici que la dépendance n'est pas assimilée au phénomène d'adhésion si la majorité des contrats étudiés peuvent aisément être rapprochés des contrats qui se forment par adhésion, tel n'est pas toujours le cas. Par ailleurs, il y a aussi ici une différence majeure avec le Québec à travers l'exemple des contrats reliés à l'activité agricole qui, en France, font l'objet d'une protection légale serrée là où au Québec ils sont presque entièrement dominés par les principes du droit commun.

¹⁵⁸⁹ Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *supra*, note 82, p. 458 et s.

¹⁵⁹⁰ Voir *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 15.

de la protection du contractant vulnérable¹⁵⁹¹. C'est dans cette optique que le solidarisme contractuel se pose comme une autre forme de rationalité liée à la volonté, une autre approche du contrat justifiée par le déséquilibre des forces en présence. Par conséquent, il n'existe pas entre les différentes visions du contrat un rapport de continuité, mais bien de rupture, celles-ci étant situées en deçà des instruments de protection et à la lumière desquelles ils sont interprétés. Au volontarisme individualiste, le solidarisme prétend substituer un volontarisme solidariste¹⁵⁹². Cette substitution ne vise d'ailleurs pas l'ensemble des relations contractuelles. Sa prétention est plus ciblée et tend à rétablir un équilibre sans lequel l'une des parties pourrait se retrouver inféodée à l'autre. Il en résulte alors que la coexistence au sein d'un même système juridique de règles de protection pouvant être adéquatement justifiées par le solidarisme contractuel et celles relevant du volontarisme individualiste est tout à fait envisageable¹⁵⁹³. Ce qui traduit bien la pluralité de logiques et la complexité qui gouvernent la protection du contractant vulnérable. D'ailleurs, le solidarisme est aussi une forme de discours morale.

D'une moralité individuelle à une moralité sociale. Dans l'optique individualiste, dans laquelle s'inscrit la bonne foi, la morale est tel « un appel lancé à la conscience individuelle » qui « obéit à une sorte de justice naturelle, c'est-à-dire d'ordre naturel ou universel où les êtres humains sont censés se reconnaître et agir dans le strict respect de la condition humaine qui se retrouve en chacun d'eux »¹⁵⁹⁴. Lorsqu'on prétend que le lien social n'est pas de nature morale, cela signifie que l'approche du contrat ne peut pas être réduite à la volonté, dans la mesure où il existe des contraintes externes au contractant qui entrent en ligne de compte. La conscience de chacun doit alors être reléguée dans l'ordre privé. Il ne faudrait pas en déduire que la doctrine solidariste ne

¹⁵⁹¹ Nous avons vu en détail dans notre partie les adaptations subies au sein de l'approche libérale et individualiste afin de prendre en compte le contractant vulnérable. Cependant, elles s'inscrivent toujours dans le cadre des transformations de l'individualisme contractuel au sein du droit des contrats. Voir les constats d'Alfons BÜRGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *supra*, note 212, 273.

¹⁵⁹² Voir André BÉLANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli du volontarisme : L'exemple du contrat de cautionnement », *supra*, note 232, 433 et s.

¹⁵⁹³ Voilà qui permet de circonscrire l'une des critiques faites au mouvement solidariste de ces dernières années selon laquelle le solidarisme contractuel ne peut être pris au sérieux dans la mesure où son champ d'application est impossible à déterminer, il peut être inutile d'y avoir recours dans certaines hypothèses. Voir Yves LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 889. La théorie générale ne peut être seulement envisagée dans le cadre du solidarisme contractuel dans la mesure où d'autres visions du contrat offrent une approche de la protection du contractant qui ne doit pas seulement être envisagée négativement. Cette théorie générale constitue donc un ensemble d'une certaine complexité. Voir l'étude d'Éric SAVAUX, *La théorie générale des contrats : Mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 341.

¹⁵⁹⁴ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 150.

repose pas sur un discours moral. En réalité, elle se veut toute autre, puisqu'ici, « le droit tend à se confondre avec la morale selon le principe d'une confusion caractéristique du droit social »¹⁵⁹⁵.

D'ailleurs, François Ewald est clair à ce propos lorsqu'il affirme que :

Ce qui a donné à ce thème [l'idée de solidarité] sa puissance de rayonnement, ce n'est pas la question sociale, mais la question *morale*. Ses théoriciens, qu'ils soient naturalistes, sociologues, économistes ou juristes, sont avant tout des militants de la morale [...] Il s'agit de formuler des règles d'une morale laïque, définitivement sécularisée, qui permettraient, en particulier, de justifier l'énoncé d'obligations positives à l'égard d'autrui. Il s'agit, en un mot, d'en finir avec le partage libéral des obligations et sa manière si restrictive de délimiter la compétence du droit¹⁵⁹⁶.

Mettre fin à une subdivision libérale des obligations et droits entre les parties au profit d'une redistribution solidariste fondée sur une morale sociale qui se traduit dans le domaine contractuel, soit! Il n'est resté pas moins qu'il s'agit plus d'une différence de nature que du rejet de l'idée même de morale. La référence à la nature dans le premier cas est de l'ordre de l'universel et de la conscience individuelle, dans le second, l'idée de nature renvoie à la dimension factuelle et à l'appartenance de l'individu à une société plus large dont il subit l'influence et les contrecoups. À propos du lien entre le solidarisme contractuel et la morale, il a été indiqué que :

Dans la doctrine solidariste, la solidarité est le fait naturel, sur lequel est construite une morale rationnelle et universelle. Cette morale laïque dépasse largement le strict cadre religieux [...] Pour certains solidaristes, la solidarité serait la fin suprême, le principe fondant tous les *devoirs moraux*. Dans le même ordre d'idée, Durkheim conclut que la division du travail social est le fondement de l'*ordre moral*. Elle permet à l'individu de prendre conscience de son appartenance à la société et de sa dépendance à son égard¹⁵⁹⁷.

Ce n'est pas tant l'existence de devoirs moraux que le fondement de ceux-ci qui change de nature. L'observation de la relation contractuelle fait apparaître un déséquilibre au sein du contrat et entre les parties. C'est à partir de cette nouvelle compréhension de la morale qu'il faudrait déterminer et interpréter les instruments de protection. Ce n'est pas la dimension morale de la bonne foi qui justifie son rejet par certains tenants du solidarisme contractuel, mais la morale individualiste et libérale qui la sous-tend, et à laquelle ils opposent une morale solidariste. D'ailleurs, un tel passage par la bonne foi n'est pas forcément requis.

¹⁵⁹⁵ Voir à ce propos, François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 478.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 358.

¹⁵⁹⁷ Voir Marc MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2161.

L'apport de la théorie solidariste du contrat : un détour inutile par la bonne foi. À mesure que les échanges se complexifient, l'idée de bonne foi devient de moins en moins pertinente¹⁵⁹⁸, et ce, d'autant plus qu'il est nécessaire que cette notion soit délimitée. Comme le souligne Catherine Thibierge Guelfucci : « la bonne foi, sauf à être étirée jusqu'à déformation, ne suffit à justifier ni les obligations de conseil, d'assistance, de collaboration et de coopération, ni à fonder les facilités accordées au débiteur, sous forme de réduction de taux d'intérêt ou de délais de grâce »¹⁵⁹⁹. Dans la mesure où le solidarisme contractuel prétend s'inscrire dans une vision alternative du contrat, le détour par la bonne foi semble à première vue alléchant et facile, car l'abandon d'un paradigme n'est jamais aisé. Pourtant, un tel détour est inutile, voire carrément contreproductif. C'est la légitimité même du solidarisme contractuel qui serait remise en cause s'il fallait procéder par le truchement de la bonne foi. L'un se rapproche de la recherche de la sécurité juridique tandis que l'autre prétend assurer l'équilibre contractuel. Comme l'a rappelé un auteur, « cette idée d'équilibre contractuel [issue du solidarisme contractuel] se veut sans doute plus objective que celle de la bonne foi envisagée au stade de la formation ou de l'exécution du contrat »¹⁶⁰⁰. Plus encore, la différence entre les deux porte sur les objectifs poursuivis.

Une divergence portant sur la portée de la protection du contractant vulnérable. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, assimilant la bonne foi et le solidarisme contractuel, se demandent si la bonne foi doit être considérée comme étant une tentative de refondation du contrat ou de diversification des moyens de protection du contractant¹⁶⁰¹. Là se situe justement la différence. La bonne foi participe de la multiplicité des instruments de protection et demeure dans le sillage du dogme de l'autonomie de la volonté, là où le solidarisme prétend opérer une refondation originale de la théorie générale. On peut contester les mécanismes juridiques mis de l'avant par ses partisans, mais si une telle distinction n'est pas opérée au préalable, la doctrine solidariste perd toute sa raison d'être et ne présente plus aucune fécondité ni intérêt. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette estiment que les défenseurs du solidarisme contractuel auraient dû, pour lui donner une certaine contemporanéité, tableer non sur une solidarité

¹⁵⁹⁸ Dans les contrats par Internet, notamment dans le cadre de l'acceptation des conditions générales, il n'y a pas de sens à vouloir sanctionner un quelconque comportement fautif, sauf fraude caractérisée.

¹⁵⁹⁹ Voir « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *supra*, note 55, 384. Si on peut discuter la substitution que l'auteure propose avec la fraternité contractuelle, la pertinence de la remarque quant à la nécessité de donner des limites à la bonne foi demeure.

¹⁶⁰⁰ Voir Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, *supra*, note 1506, p. 306.

¹⁶⁰¹ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, *supra*, note 753, p. 50.

hypothétique pour contrer l'individualisme contractuel, mais davantage sur l'idée de l'attente légitime¹⁶⁰². Ce qui ne résout pas la question de fond qui n'est pas d'abord celle des moyens¹⁶⁰³, mais de la vision du contrat à partir de laquelle ces moyens sont envisagés. On ne risque pas de se tromper en faisant l'hypothèse qu'il peut y avoir une lecture individualiste de la notion d'attente légitime, par opposition à une perspective solidariste. Par conséquent, confondre les deux réduirait la doctrine solidariste à n'être qu'un substitut de la moralité contractuelle. Pourtant, le solidarisme contractuel va bien plus loin que la bonne foi, autant dans son mode de fonctionnement que dans sa mise en œuvre. Muriel Fabre-Magnan souligne dans ce sens que le solidarisme contractuel :

apporte indiscutablement quelque chose par rapport aux principes et notamment la bonne foi. Cette dernière sert en effet principalement à contrôler la façon d'agir des contractants : on les sanctionne s'ils n'ont pas dit tout ce qu'ils savaient, ou encore s'ils ont essayé de tirer profit indûment du contrat au détriment de leur cocontractant; ce n'est qu'indirectement que la bonne foi a parfois permis de contrôler non plus seulement l'agir des contractants, mais encore le contenu du contrat, l'équilibre des prestations convenues et échangées. Or, l'évolution du droit des contrats vers la fin du XX^e siècle à consister à renverser, du moins atténuer le principe classique selon lequel le juge ne contrôle pas l'équilibre des prestations échangées¹⁶⁰⁴.

Face à ce constat, la même auteure déduit alors que cette doctrine :

contient ainsi des virtualités nouvelles par rapport à la bonne foi en ce qu'il exige des contractants un comportement qui va au-delà de la seule loyauté, et impose une entraide, plus exactement un rééquilibrage du contrat au profit de la partie faible. Le contrat peut certainement être un instrument de pouvoir d'un contractant sur un autre, l'aliénation volontaire être contraignante¹⁶⁰⁵.

C'est l'existence de ces potentialités nouvelles qui en fait tout l'intérêt, puisque le solidarisme contractuel démontre l'insuffisance de la bonne foi et rappelle le principe de sa limitation¹⁶⁰⁶, notamment en ce qui concerne certains principes ou mécanismes juridiques de protection. C'est en ce sens que Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier remarque que :

Le devoir de coopération [...] ne peut être fondé sur la bonne foi, et encore moins en être un élément constitutif. Il constitue un degré supérieur dans le comportement exigé des parties. Il traduit l'idée d'agir conjointement avec quelqu'un, l'action de participer à une œuvre commune. Or la bonne foi

¹⁶⁰² *Ibid.*, p. 49-50.

¹⁶⁰³ Les deux visions opèrent d'ailleurs à partir des moyens assez similaires dont les conséquences se recoupent en grande partie. Voir *Ibid.*, p. 54-55.

¹⁶⁰⁴ Voir Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *supra*, note 1181, p. 84.

¹⁶⁰⁵ *Id.*

¹⁶⁰⁶ Or, si la critique modérée du volontarisme aboutit à un volontarisme tempéré, la critique radicale a alors pour effet logique d'en arriver « aux fondements non volontaires du contrat ». Ce qui n'est certainement pas l'objectif de la critique solidariste. Voir Jean-Pascal CHAZAL, « La justice contractuelle », *supra*, note 33, p. 742.

ne recèle pas intrinsèquement une telle idée. Elle implique de la part de chaque contractant qu'il agisse de telle ou telle manière vis-à-vis de l'autre, et non qu'il agisse de telle ou telle manière avec l'autre. Fonder le devoir de coopération sur la bonne foi nous apparaît comme l'exemple type de l'élargissement jusqu'à déformation¹⁶⁰⁷.

Une remarque qui permet de jeter une lumière nouvelle sur nombre d'instruments de protection du contractant¹⁶⁰⁸. Autant d'aspects qui démarquent la doctrine solidariste de la moralité contractuelle, mais qu'en est-il de ses liens avec un autre pan du droit relié également à la protection du contractant vulnérable, en l'occurrence le droit de la consommation?

Para II Un solidarisme contractuel distinct du droit de la consommation

Solidarisme contractuel et courant consumériste : même combat, visions distinctes. Certains défenseurs du solidarisme contractuel contemporain estiment que le droit de la consommation peut en partie être justifié par la doctrine solidariste. En ce sens, Guy Raymond soutient que le droit de la consommation est le résultat de l'influence du solidarisme contractuel qui y aurait été transposé dans la mesure où la vocation du droit de la consommation est de ramener un certain équilibre au sein du rapport entre consommateur et professionnel ou distributeur¹⁶⁰⁹. Pour l'auteur, le droit français de la consommation n'est pas seulement un ensemble de techniques, « c'est aussi un ensemble de droits reconnus aux consommateurs. En accordant des droits aux consommateurs, le droit de la consommation traduit cette idée des solidaristes selon laquelle l'État, par le droit qu'il élabore, doit "préserver cette association d'individus semblables, mais inégaux que constitue la société humaine" »¹⁶¹⁰. D'ailleurs, l'impact du droit de la consommation sur le droit commun présente de nombreux aspects positifs et la marque d'un plus grand réalisme dans la protection des catégories de personnes vulnérables. En fait, plusieurs éléments autorisent à croire en l'existence de multiples points de contact entre le solidarisme contractuel et le droit de la protection du consommateur. L'un des principaux aspects est le déséquilibre contractuel qui

¹⁶⁰⁷ Voir *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 319.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 320.

¹⁶⁰⁹ Voir « Le solidarisme contractuel et le droit de la consommation », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 107-124.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 110.

caractérise la relation entre commerçant et consommateur ou entre ce dernier et un professionnel. La seule présence d'une partie en position de force et détenant de nombreux privilèges et pouvoirs face à une autre en position défavorable autorise la référence au solidarisme contractuel pour assurer le rééquilibrage du contrat. Ces deux modes de protection du contractant vulnérable partagent donc des perspectives qui peuvent être rapprochées.

Un objectif semblable. Comme le solidarisme contractuel, le droit de la protection du consommateur repose entièrement sur l'idée que l'existence du déséquilibre contractuel entre les parties et au sein de la convention qui les unit justifie amplement que des mesures soient adoptées afin de réduire les abus. Ce déséquilibre justifie l'adoption de lois ou de règlements ayant pour effet d'imposer de l'extérieur un comportement ou des obligations aux parties. Même s'il semble que le solidarisme mette davantage de l'avant le rôle du juge que celui du législateur, c'est le principe même de l'intrusion protectrice dans le contrat qui est admis de part et d'autre, sans que cette intervention soit forcément calquée sur le modèle de la responsabilisation des parties, laquelle est caractéristique de l'individualisme contractuel. De ce point de vue, il est clair que le consommateur mérite d'être protégé. De nombreuses règles que nous avons déjà abordées traduisent la prise en compte de ce pouvoir unilatéral qu'exerce une partie en matière de droit de la consommation, notamment la reconnaissance de la lésion à l'article 8 de la Lpc¹⁶¹¹. Il semble en effet qu'à la lecture des analyses de quelques tenants de la doctrine, la parenté soit présente¹⁶¹². Une influence que l'on comprend puisque la lésion a souvent été présentée comme un instrument de la justice contractuelle¹⁶¹³. D'ailleurs, dans cette optique, certaines mesures interventionnistes au sein du *Code civil du Québec* de certaines règles seraient le résultat de l'influence du droit de la consommation¹⁶¹⁴.

¹⁶¹¹ Mais aussi de toutes les règles et mécanismes que nous avons abordés au chapitre II du titre I de la présente partie.

¹⁶¹² Voir Denis MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation - Nouvelles frontières ? », dans *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais Auloy*, *supra*, note 1035, p. 697; Jean-CALAIS-AULOY « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », *supra*, note 1113, p. 115 et s.

¹⁶¹³ D'ailleurs, certains auteurs n'hésitent pas à justifier l'existence du droit de la consommation par cette idée de justice contractuelle, sans opérer de lien avec le solidarisme, ils n'en précisent pas la nature, alors même qu'ils la présentent comme une critique de l'approche autonomiste et individualiste du droit civil classique. Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation*, *supra*, note 62, p. 28. Voir Guy RAYMOND, *Droit de la consommation*, *supra*, note 1035. L'auteur estime que l'étude du droit de la consommation peut être faite dans le sillage du solidarisme contractuel (p. 1-2).

¹⁶¹⁴ Voir Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 16.

Une commune légitimation de l'interventionnisme contractuel. Le second point qui pourrait justifier l'existence d'un lien avec le solidarisme contractuel est la légitimation de l'intervention de l'État afin d'assurer la protection des intérêts légitimes de la partie vulnérable. S'il est légitime de protéger cette dernière, cela ne saurait être sans le recours à un arbitre qui aurait pour tâche de revoir les règles du jeu. Or, pour les solidaristes, certes, il faut éviter qu'une trop grande immixtion de l'État ne ruine totalement la liberté, mais en même temps, il appartient à l'État ou au juge de rétablir l'égalité là où celle-ci fait défaut. Ce qui se justifie d'autant plus que l'unilatéralisme tant décrié par eux est aussi au cœur du contrat de consommation. Pourtant, là s'arrêtent les liens qui peuvent être établis entre le solidarisme contractuel et le droit de la consommation. C'est que la différence profonde entre la pensée consumériste et le solidarisme relève d'un troisième élément : l'idée de solidarité. Si la nécessité d'assurer la protection du consommateur par un organe extérieur est réelle et nécessaire, sa justification ne s'opère pas sur le terrain de la solidarité. En fait, il a même été avancé que la période de désert qu'a connue le premier n'est pas sans lien avec l'émergence du second. Ainsi, de l'avis de Ghislain Tabi Tabi, « après une longue éclipse de près d'un demi-siècle, sans doute justifiée par la montée en puissance des idées consuméristes dans la deuxième moitié du XX^e siècle, le retour du solidarisme contractuel s'explique par un certain nombre de facteurs »¹⁶¹⁵. Il faudrait donc chercher ailleurs que dans le vent consumériste pour trouver les éléments ayant favorisé le renouveau du solidarisme contractuel. En effet, la disgrâce momentanée qu'a connue le solidarisme contractuel a laissé place à une protection consumériste et technocratique du consommateur. Toute chose qui n'est pas toujours compatible avec les idées solidaristes.

Des contradictions entre solidarisme contractuel et droit de la consommation. Le droit de la consommation peut être considéré comme un contrepoids « à la philosophie libérale classique et au jeu pur de la règle de l'autonomie de la volonté ». Toutefois, on peut difficilement prétendre qu'il repose sur l'idée de solidarité. Peut-être peut-on à la suite de Christophe Jamin se demander si le droit de la consommation n'a pas profité du *climat* favorable à la protection des couches sociales défavorisées suscité par l'influence des idées solidaristes notamment durant les années

¹⁶¹⁵ Voir *Les instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 96.

70 et 80¹⁶¹⁶. Mais là encore, il ne s'agit que de retrouver des « traces »¹⁶¹⁷ de ce qui pourrait être mieux justifié par le solidarisme contractuel, non de présenter le droit de la consommation comme l'archétype de la philosophie solidariste. Une influence qui n'est d'ailleurs pas sans traduire une certaine contradiction. En effet, l'ambition des tenants du solidarisme contractuel contemporain se profile d'abord comme une tentative visant à faire admettre des principes de protection du contractant qui ne peuvent être adéquatement justifiés par la doctrine dominante néolibérale ou par la théorie du juste et utile¹⁶¹⁸. Néanmoins, qu'il s'agisse d'une vision ou d'une autre, il s'agit toujours d'un idéal reposant sur autant de postulats et de fictions. L'une comme l'autre ne peut justifier totalement les règles issues du droit de la consommation. En conséquence, on peut bien soutenir que ce dernier s'inspire du solidarisme, car il s'agit de protéger les déséquilibres, cheval de bataille affirmé de la doctrine solidariste, mais à travers une approche, disons paradoxale, puisque la *Loi sur la protection du consommateur* est la traduction d'un utilitarisme propre au courant consumériste.

Une lecture solidariste du contrat autre que simplement économique. La légitimité du solidarisme contractuel ne peut reposer sur la logique de marché dans la mesure où « l'arrondissement économique du droit réduit celui-ci à une technologie qui est un système économique simplement destinée à favoriser le fonctionnement optimal »¹⁶¹⁹. Là où la logique de marché tend à tout soumettre à la recherche de l'efficacité par la réduction de l'incertitude, des coûts de transaction ou l'augmentation des profits tirés de son fonctionnement, la doctrine solidariste, quant à elle, cherche le moyen de tenir compte des divers intérêts en présence. Étant donné les positions politiques radicales de ses fondateurs, le solidarisme a été qualifié « d'anti-système »¹⁶²⁰. Du moins, il s'agit d'une tentative de « compromis politique entre groupes sociaux aux fins de le rendre acceptable aux yeux de tout le système capitaliste et libéral et de ne pas ruiner le régime républicain [...] il tient à sa fonction politique de médiation entre des intérêts

¹⁶¹⁶ Voir *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, supra, note 1034, p. 17.

¹⁶¹⁷ Voir Guy RAYMOND, « Le solidarisme contractuel et le droit de la consommation », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 111.

¹⁶¹⁸ Voir dans ce sens Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », supra, note 82, 441 et s.; Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », (1996) *RTDciv.* 101; Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd. Paris, PUF, 1998, n°55; Daniel MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », dans *Mélanges Cabrillac*, Paris, Dalloz-Litec, 1999, p. 165.

¹⁶¹⁹ Voir Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, supra, note 1034, p. 30.

¹⁶²⁰ Voir Philippe RÉMY, « La genèse du solidarisme contractuel », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 11.

divergents en vue de faire société »¹⁶²¹. Et si le solidarisme contractuel n'est pas forcément un anticapitalisme et que sa prétention se limite à en réduire les effets délétères, il tend surtout à rappeler que le contrat doit être considéré dans une perspective plus large que sa fonction strictement économique.

Au-delà de l'opération économique de consommation. L'apport de la doctrine solidariste et de l'idée de solidarité qui la sous-tend rappelle que le contrat, malgré son ampleur, n'est pas un simple produit de consommation. Pour preuve, malgré l'importance du phénomène de consommation, les juges et le législateur font toujours appel aux notions de bonne foi ou d'abus afin de contrôler le comportement des contractants. D'une part, la fonction de consommation ne suffit pas à justifier totalement le contrat, et, d'autre part, le recours à la morale individualiste présente de sérieuses limites. Le solidarisme contractuel se présente à cet égard comme l'alternative à la stricte recherche de la sécurité des échanges économiques. Comme le constate Jean-Michel Do Carmo Silva, « la justice contractuelle tend à occuper une place de plus en plus importante au sein de l'ordonnement juridique, comme si l'harmonie contractuelle nécessitait plus d'égalité, quitte à ce que l'acte soit moins sûr. Pour autant, loin de s'effacer, la sécurité forme l'écrin dans lequel brille la justice »¹⁶²². Il ne faudrait pas en conclure hâtivement que toute recherche de sécurité lui est étrangère. Dans les développements que nous avons faits sur la protection de la partie faible par le droit de la consommation, nous avons pu observer que cette forme d'intervention était également dictée par la recherche de la sécurité et de la stabilité des transactions. Si le solidarisme contractuel se différencie de la logique de protection du droit de la consommation, il ne faudrait pas pour autant conclure que le besoin d'assurer la sécurité des transactions lui est totalement étranger. La réalité est tout autre et elle donne plutôt à constater que le solidarisme contractuel met de l'avant une exigence nouvelle de sécurité. C'est à ce niveau que se situe la différence majeure avec le droit de la consommation. Une nouvelle exigence de sécurité qui prétend reposer encore une fois sur l'idée de solidarité. C'est bien le lien que ce courant tente d'opérer entre solidarité et sécurité qui marque la profonde différence entre les autres formes de protection. La doctrine solidariste s'affiche donc comme un effort de conciliation entre l'apport du droit de la consommation, son réalisme, sans en assumer la sècheresse et les

¹⁶²¹ Voir Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p.30.

¹⁶²² Voir *La stabilité de l'entité contractuelle*, *supra*, note 297, p. 94.

aspects technico-formalistes sur lesquels il repose¹⁶²³. Elle prétend faire jouer à l'idée de solidarité un rôle important dans la réflexion sur les transformations de la théorie générale des contrats.

Para III L'idée de solidarité au sein de la théorie générale des contrats

Un rapprochement insuffisant entre l'idée de solidarité et la théorie relationnelle de Macneil.

Un certain nombre de rapprochements peuvent être effectués entre l'approche solidariste du contrat et la théorie relationnelle développée par Ian R. Macneil. Ce qu'il convient en premier lieu de noter est le recours à l'idée de relation au sein des deux théories du contrat. Ces liens sont d'autant plus réels que les deux visions du contrat reposent sur la nature sociale du lien entre les contractants et l'instauration d'une norme de coopération ou de collaboration entre eux¹⁶²⁴. Selon Jean-Guy Belley, « le contrat relationnel peut se définir comme celui qui établit les normes

¹⁶²³ Voir Benoît MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 17. D'ailleurs, l'auteur se demande si l'influence du droit de la consommation et les modifications apportées au Code civil de 1994, notamment le contrat d'adhésion, et en y tenant compte ne compromettent pas l'avenir du contrat de consommation ou du moins de sa spécificité tel qu'il apparaît dans la *Loi sur la protection du consommateur*.

¹⁶²⁴ Si nous ne nous attarderons que sur la théorie relationnelle, il est bon de noter ici l'existence de liens possibles entre la perspective solidariste et la notion du juste chez un auteur comme Paul Ricoeur. L'auteur explique que celle-ci exige des protagonistes de prendre « courageusement en compte les situations de conflit susceptibles d'être portées au niveau du langage... elle suppose de la part des antagonistes une volonté égale de chercher l'accord, un désir de coordonner en bonne intelligence leurs plans d'action et, finalement, le souci de faire prévaloir la coopération sur le conflit dans toutes les situations de désaccord ». Voir *Le Juste 2*, Paris, Éditions Esprit, p. 277. La collaboration ou la coopération exige des parties le partage de nombre de signes et une certaine impartialité ce qui renvoie, pour reprendre les termes de Paul Ricoeur, à « la capacité [pour une partie] de tenir deux points de vue » (p. 103). (Nos ajouts) Il faut donc tenir ensemble le point de vue de ses propres intérêts et « le point de vue supérieur qui nous permet d'adopter en imagination la personne de l'autre et d'affirmer que tout autre vie vaut autant que la mienne » (p. 103). Cette perspective est un complément qui rend possible une compréhension partagée des deux parties de leur engagement, et ainsi vaincre l'unilatéralité. Capacité à tenir deux points de vue qui s'inscrit aussi dans une dimension symbolique. Les symboles sont constitués d'un ensemble de signes que les parties partagent. En outre, « l'autorité attachée à un ordre symbolique a d'emblée une dimension dialogique » (p. 103). Par conséquent, être capable de contracter, c'est mettre en branle certains symboles, c'est être capable de partager certains signes, d'entrer à l'intérieur d'un « nous ». Une notion de juste qui implique forcément pour l'auteur un engagement au niveau du langage. Il estime que : « Bien moins une donnée de la nature qu'un effet pervers de la culture, lorsque l'impuissance à dire résulte d'une exclusion effective hors de la sphère langagière; à cet égard une des toutes premières modalités de l'égalité des chances concerne l'égalité au plan du pouvoir parler, du pouvoir dire, expliquer, argumenter, débattre » (p. 90). L'un des principaux enjeux de l'égalité est donc la compréhension par les deux parties du sens et de la portée de leur engagement qui est également la marque d'une certaine égalité. Il y a ainsi des études qui abordent la dimension dialogique du contrat à partir de certains courants de littérature. Autant de perspectives qui permettent d'avoir une approche « intégrale » du contrat, c'est-à-dire en saisir toute la complexité. Voir, pour plus de détails, les études d'André BÉLANGER, VIOREL-DRAGOS et A. VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », (2010) 51 C. de D. 51; d'André BÉLANGER et Adam VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : panorama des principales théories du dialogisme et de la polyphonie à inscrire au sein du phénomène contractuel », (2011) 52 C. de D. 37.

Voir André BÉLANGER, « Du spécialiste au dilettante, quel juriste doit produire le discours juridique? Trois exemples d'analyses interdisciplinaires relatifs à la théorie contractuelle », (2011) 52 C. de D. 497.

d'une coopération étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme »¹⁶²⁵. Dans une perspective qui se veut toute aussi réaliste, Christophe Jamin a opéré des liens entre la théorie relationnelle et le solidarisme contractuel¹⁶²⁶. Or, de nombreux éléments permettent aussi de conclure à une différence notable entre les deux doctrines. La théorie relationnelle de Macneil est connue en droit civil et suscite de l'intérêt au sein de la doctrine, tant au Québec¹⁶²⁷ qu'en France¹⁶²⁸, et ce, principalement parce que l'auteur s'inscrit en faux contre le volontarisme individualiste et libéral. Il construit sa théorie à partir de deux notions : la transaction et la relation. La première renvoie à ce qu'il appelle le *discrete exchange*, archétype de la conception volontariste du contrat et de l'échange instantané de volontés¹⁶²⁹. L'auteur avance de nombreuses raisons qui expliquent l'inadéquation de la notion de relation avec le volontarisme contractuel, en l'occurrence la constante référence à l'échange des consentements ou les remèdes limités qui peuvent être utilisés dans ce cadre théorique¹⁶³⁰. La relation repose sur la coopération étroite entre les parties, suppose que le rapport d'obligation s'inscrive sur le long terme¹⁶³¹ et qu'il puisse s'adapter aux changements futurs. Le contrat est appelé à s'émanciper

¹⁶²⁵ Voir « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », (1998-99) *Conférences Meredith*, 139.

¹⁶²⁶ Voir « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *supra*, note 82, p. 441-472. Une tendance qu'on retrouve également chez Alain CAILLÉ, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1. Une association qu'il semble avoir abandonnée par la suite, mais qui lui a été reprochée, notamment par Yves LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme contractuel », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note 1476, p. 882 et s.

¹⁶²⁷ Voir Jean-Guy BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations*, *supra*, note 312, p. 137; *Le contrat entre droit, économie et société*, *supra*, note 84; « Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle: une étude de cas », (1996) 37 *C. de D.* 37; « Les transformations d'un ordre juridique privé. Les contrats d'approvisionnement à l'ère de la cybernétique et de la gestion stratégique », (1992) 33 *C. de D.* 21; « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », (1991) 32 *C. de D.* 253; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *supra*, note 69, 903-952; « Les frontières de l'ordre contractuel: les traçages économiques et juridiques », *supra*, note 212, 13-32.

¹⁶²⁸ Voir Horatuir MUIR WATT, « Du contrat relationnel, Réponses à François Ost », dans Trav. Assoc. H. Capitant des amis de la culture juridique française, *La relativité des contrats*, Paris, LGDJ, 2000, p. 175.

¹⁶²⁹ La transaction à titre de *discrete exchange* est un échange instantané entre deux agents économiques quasi-indépendants; voir « Relational Contract: What we do and do not know », (1985) 2 *Wis. L. Rev.* 483; « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 694.

¹⁶³⁰ Macneil mentionne également que: « classical contract law draws clear lines between being in and not being in a transaction » et il ajoute que: « the introduction of third parties into the relation is discouraged since multiple poles of interest tend to create discreteness destroying relation », Ian R. MACNEIL, « Contracts adjustment of long term economic relations under classical, neo-classical and relational contract law », (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 864. « I defined the contract as «the relations among parties to the process of projecting exchange into the future»; voir Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980, 36; Le contrat est alors la projection de l'échange dans le futur par la combinaison de plusieurs éléments, notamment la spécialisation du travail, le sens du choix et la conscience du temps. Également, du même auteur: « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 712 et 713.

¹⁶³¹ Le professeur Jean-Guy BELLEY, reprenant l'idée de Macneil, définit le contrat comme « une norme de coopération étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme ». Voir Jean-Guy BELLEY, « Théories et pratiques du contrat

du point de rencontre qu'est l'échange des consentements, afin d'aboutir à une « une situation complexe, évolutive et autonome par rapport à son créateur »¹⁶³². Macneil s'oppose au phénomène qu'il qualifie de *presentiation* qui domine l'approche volontariste, particulièrement présent dans la transaction, et qui consiste à tenter d'enfermer le futur contractuel dans des données actuelles¹⁶³³. La théorie traduit la nécessité de prendre davantage en compte la relation qui existe ou que peuvent construire les parties. À la fois outils de prévision et d'adaptation aux changements de circonstances, le contrat relationnel de Macneil devrait avoir pour effet d'assurer une meilleure adaptabilité et effectivité du contrat. Quant aux obligations et droits des parties, ceux-ci n'ont pas à être déterminés de manière précise et stricte au moment de la formation du contrat, l'ajustement continu auquel le contrat est soumis fournit assez de flexibilité pour qu'ils soient définis au fur et à mesure de la relation¹⁶³⁴. À bien des égards, des liens avec le solidarisme contractuel sont possibles.

Des liens possibles entre la théorie relationnelle et le solidarisme contractuel. Certains auteurs ont vu des liens possibles entre la théorie relationnelle de Macneil et la doctrine solidariste¹⁶³⁵. Ce qui s'explique en grande partie par la place importante accordée dans les deux théories à la coopération et à la communication réelle¹⁶³⁶. En outre, la théorie relationnelle se présente sur le plan normatif, à l'instar de la doctrine solidariste, étant davantage objective au regard de la moralité contractuelle issue du principe de bonne foi. Au surplus, les deux visions intègrent l'idée que le contrat est nécessairement incomplet. L'intervention du juge, dans le cadre de la théorie

relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *Conférences Meredith Lectures 1998-1999, La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics. The Continued Relevance of the Law of Obligations: retour aux sources, supra*, note 312, p. 139.

¹⁶³² Voir Horatia MUIR WATT, « Du contrat relationnel, Réponses à François Ost », dans Trav. Assoc. H. Capitant des amis de la culture juridique française, *La relativité des contrats, supra*, note 1674, 175.

¹⁶³³ Voir Ian R. MACNEIL, « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 800. La *presentiation* renvoie à la capacité des parties à rendre l'avenir intégralement actualisable et probabilisable, afin de l'intégrer au présent. Macneil constate que ceci est impossible dans la *promise* et il pense que les difficultés qui naissent de la *presentiation* sont réduites lorsque les parties peuvent adapter leur contrat au fur et à mesure, leur permettant ainsi de se libérer du lien contractuel originel. Voir Ian R. MACNEIL, « Contracts adjustments of long term economic relation under classical, neo-classical and relationnal contract », (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 887; « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 35-37.

¹⁶³⁴ Ian R. Macneil soutient à cet effet que les obligations « arising out of the ongoing processes of the relations Ian R. MACNEIL, « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 785.

¹⁶³⁵ Voir Alain CAILLÉ, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat, supra*, note 1, p. 37.

¹⁶³⁶ Ainsi, Macneil soutient que la coopération n'est possible entre les parties que s'il s'établit une communication et une coopération intenses, profondes et illimitées, ce qui n'est pas toujours évident puisque « *communication expressed is not communication received* ». Voir Ian R. MACNEIL, « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 722.

relationnelle, ne vise pas systématiquement la sanction d'un comportement fautif, mais la recherche d'une solution résultant de la stimulation de la coopération entre les parties¹⁶³⁷. Comme la doctrine solidariste, la théorie relationnelle implique, de la part des deux parties, un engagement profond. De manière générale, les deux doctrines envisagent le contrat à travers sa fonction sociale, et, dans cette perspective, l'approche classique du contrat ne suffit pas¹⁶³⁸. Signalons que, à l'instar du solidarisme contractuel, la théorie relationnelle de Macneil ne tend pas seulement à critiquer et mettre de l'avant les limites de l'approche volontariste du contrat, l'auteur prétend construire une théorie du contrat qui offre une alternative à un volontarisme contractuel qu'il estime inadapté¹⁶³⁹. Les deux doctrines reposent pourtant sur des approches distinctes de la notion de relation.

Deux approches incompatibles de la notion de relation. Si le solidarisme contractuel prétend déboucher sur une théorie générale qui intègre les relations déséquilibrées, la description faite par Macneil de la relation ne peut que difficilement intégrer les relations déséquilibrées, d'adhésion ou celles qui interviennent dans un contexte où une partie peut imposer ses privilèges à l'autre. L'adaptabilité et la flexibilité de la théorie relationnelle ne reposent pas nécessairement sur l'exigence d'un lien de solidarité entre les parties, mais elles ne sont encore possibles que si celles-ci possèdent réciproquement des moyens de négociation. Comment la partie en position de vulnérabilité peut-elle alors participer réellement à l'adaptation de la relation? Or, le solidarisme contractuel se présente comme étant d'abord une réponse au déséquilibre contractuel en proposant à la fois de nouvelles normes de protection et des instruments inédits de rééquilibrage fondés sur l'idée de lien de solidarité et la conciliation des intérêts. Ce dernier point est d'autant plus absent de la théorie relationnelle qui a vocation à s'appliquer à tous types de contrats et tire ses racines théoriques de la propriété individuelle, la spécialisation du travail,

¹⁶³⁷ Macneil envisage l'intervention d'un « *dispute-resolver* » et pense que le recours aux juridictions arbitrales tend à offrir une solution « *win-win* ». Voir Ian R. MACNEIL, « Contracts adjustment of long term economic relations under classical, neo-classical and relational contract law », (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 892, 867.

¹⁶³⁸ D'ailleurs, dans ce sens, Macneil estime d'ailleurs que le contrat doit être justifié autrement. Voir Ian R. MACNEIL, « Contracts adjustment of long term economic relations under classical, neo-classical and relational contract law », (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 874.

¹⁶³⁹ Voir Ian R. MACNEIL, « Relational Contract: What we do and do not know », (1985) 2 *Wis. L. Rev.* 516, 517-519. L'auteur ne se revendique ni de l'école utilitariste, ni de celle de la critique du droit, ni de l'analyse économique, car il estime qu'elle se cantonne à critiquer. Par ailleurs, il critique les autres écoles non critiques d'être trop éclectiques (521 et s.); Ian R. MACNEIL, « Exchange Revisited: Individual Utility and Social Solidarity in Symposium on Metaethics », (1986) *Ethics* 568; « Bureaucratic, liberalism and community-American style », (1984) 79 *Northwestern University Law Review* 935.

le sens du choix des individus et la prise en compte du futur¹⁶⁴⁰. Il y a encore dans la relation au sens de Macneil la recherche de l'intérêt individuel qui finalement constitue le socle qui justifie pour les parties l'existence de la relation¹⁶⁴¹. Il intègre une dimension clairement individualiste dans la mesure où il part de la prémisse que les individus sont d'abord motivés par la recherche égoïste de leur intérêt.¹⁶⁴² Il soutient que les actes des individus sont d'abord essentiellement égoïstes¹⁶⁴³. Ce faisant, il tend à renouer avec l'individualisme et l'opposition des intérêts entre les contractants, dont la relation ne constitue en dernier ressort qu'un instrument. C'est dans ce sens qu'il est possible de penser que cette théorie s'accommode plutôt bien avec une économie de marché libérale et individualiste, là où les tenants du solidarisme revendiquent une opposition radicale à ces dernières. Devant ce constat, le reproche que l'on fait à l'approche volontariste et libérale du contrat vaut alors pour la théorie de Macneil, car si elle implique une participation plus grande des deux parties, elle n'opère pleinement que dans un environnement contractuel d'égalité de forces. Or, si toute la théorie relationnelle repose sur l'idée d'échange, Macneil lui-même ne considère le contrat d'adhésion ni comme un échange à proprement parler ni comme une relation¹⁶⁴⁴. Pour que le réseau relationnel existe, on peut certes y entrer par le mode de l'adhésion, mais celui-ci doit rapidement évoluer vers des relations plus égalitaires en vue de s'adapter au futur. Toute chose qui risque de n'être que théorique dans le cadre de rapports contractuels déséquilibrés et en présence de clauses de pouvoirs¹⁶⁴⁵. C'est l'incompatibilité entre l'approche relationnelle et les contrats d'adhésion, et plus largement les liens obligationnels déséquilibrés qui rendent finalement les théories antinomiques. Une différence d'autant plus marquée que l'approche solidariste prétend fonder l'existence d'un véritable droit de la

¹⁶⁴⁰ Macneil considère la spécialisation du travail comme une donnée acquise et liée à l'existence des espèces, fussent-elles animales ou végétales. Cette spécialisation naturelle serait d'origine simplement morphologique et d'ailleurs programmée génétiquement chez les animaux. Voir Ian R. MACNEIL, « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 698.

¹⁶⁴¹ Voir les développements dans ce sens dans le cadre du contrat d'assurance, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *supra*, note 207, 64 et s.

¹⁶⁴² Voir « [...] men are individuals born and dying one by one, each suffering his or her own hunger pains and enjoying his or her own full stomach, yet each individual absolutely requiring other human beings even to exist physically and psychologically, much less to become an ordinary, whole human being. The consequence is that humans are-cannot otherwise be- inconsistently selfish and socially at the same time. No amount of close separation can ever do away with this living through others ». Voir Ian R. MACNEIL, « Exchange Revisited: individual utility and social solidarity », (1986) *Ethics*, 568; « Bureaucratic, liberalism and community-American style », (1984) 79 *Northwestern University Law Review* 935.

¹⁶⁴³ Ian R. MACNEIL, « Exchange Revisited: individual utility and social solidarity », (1986) *Ethics* 568; « Bureaucratic, liberalism and community-American style », (1984) 79 *Northwestern University Law Review* 935.

¹⁶⁴⁴ Voir Ian R. MACNEIL, « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 705.

¹⁶⁴⁵ Voir les développements d'André BÉLANGER et Joelle MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *supra*, note 207, 68.

protection de la partie vulnérable et revendique l'éventualité d'une théorie générale qui lui donne une place réelle¹⁶⁴⁶. En fin de compte, la théorie relationnelle ne permet pas au contrat de jouer le rôle social que voudrait lui reconnaître le solidarisme contractuel, et ce, dans la mesure où la relation intervient à titre d'instrument économique et n'inscrit pas suffisamment le contrat dans une perspective juridique. Malgré l'importance accordée à l'idée de coopération, il y a lieu de penser que l'approche de Macneil ne sort pas du cadre économique et utilitariste dans laquelle est enfermée la réflexion sur les relations contractuelles inégalitaires. Qu'en est-il des liens existant entre le solidarisme contractuel et la théorie du don?

Le solidarisme contractuel et la théorie du don : un lien contesté. Parmi les critiques dont le solidarisme contractuel a fait l'objet, le rapprochement avec la théorie du don lui a été fortement contesté¹⁶⁴⁷. C'est pourtant un tel lien qui permet d'envisager et de comprendre l'apport de l'idée de solidarité dans la protection du contractant vulnérable à titre de nouveau fondement. Pourtant, autant Yves Lequette que Marc Mignot reprochent aux tenants de l'approche solidariste du contrat, et à Christophe Jamin en particulier, de se méprendre sur la véritable nature de l'idée de solidarité sous-jacente à la théorie du don issue des travaux de Marcel Mauss¹⁶⁴⁸. Ils estiment que l'idée de don instaure nécessairement une relation déséquilibrée entre les protagonistes, de sorte que la recherche de rééquilibrage contractuel pointé par le solidarisme contractuel contemporain ne peut aucunement y trouver un appui. Ce d'autant plus que le don se réduit à des aspects précis de la vie en société et ne saurait servir de base à une quelconque protection du contractant vulnérable en situation d'inégalités. Une relation d'autant plus improbable que le contrat établit un rapport d'ordre économique, là où le don, tel que l'a théorisé Marcel Mauss, n'aurait pas de lien avec les échanges de cette nature. À ce propos, Yves Lequette, reprenant l'argument développé par Mignot, explique que :

¹⁶⁴⁶ Voir Catherine Thibierge GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *supra*, note 55, 357-385.

¹⁶⁴⁷ Voir Marc MIGNOT « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2153-2197.

¹⁶⁴⁸ Le paradigme du don découle en grande partie des travaux du sociologue Marcel Mauss effectués au début du XX^e siècle. Voir Marcel MAUSS, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », (1923-24) l'année sociologique, seconde série 30; *Sociologie et anthropologie*, 8^e éd. Paris, Quatridge/PUF, 1999. Il fait également l'objet d'une interprétation contemporaine à l'intérieur du Mouvement Anti-Utilitariste dans les Sciences Sociales (M.A.U.S.S.). Le MAUSS est aujourd'hui dirigé par Alain Caillé. Il regroupe des économistes, des ethnologues, des sociologues et des historiens dont les travaux apparaissent dans la Revue du MAUSS ainsi que dans de nombreux ouvrages. Voir le site Internet de la revue du Mouvement à l'adresse: www.revuedumauss.com.

Certes, le don peut-être mit au service de la cohésion du groupe social. Mais par solidarité, on vise alors un échange radicalement déséquilibré puisqu'il s'agit en principe de rendre le pauvre moins pauvre et le riche moins riche. Aussi bien, dans cette veine, la société ne s'en remet-elle plus aujourd'hui exclusivement à la générosité des particuliers, mais organise-t-elle des systèmes de redistribution de masse qui assurent au moyen de transferts sociaux la protection contre les risques liés à la maladie, à la vieillesse ou à l'exercice d'une profession. Il est alors question entre les participants, non de justice commutative, mais de justice distributive, les uns payants plus qu'ils ne reçoivent, les autres recevant plus qu'ils ne payent à supposer même parfois qu'ils payent¹⁶⁴⁹.

Le don ne présente aucun lien avec le contrat, échange marchand par excellence. C'est effectivement une conclusion à laquelle on pourrait être tenté de s'arrêter. Cependant, c'est oublier que le don est d'abord un phénomène social total. Pour mieux saisir la pertinence possible du rapprochement entre le don et le solidarisme contractuel, un aperçu général de la portée et du sens de la théorie du don est nécessaire. Ce rappel nous permettra de déceler toute la complexité et la fécondité du solidarisme contractuel à la lumière de la théorie du don dans la compréhension du contrat à titre de relation.

Le don : un fait social total. Une vision moins restrictive de la théorie du don de Mauss que celle d'Yves Lequette et Marc Mignot est possible. D'ailleurs, cette conception étriquée du don ne traduit-elle pas une certaine méconnaissance de la richesse de la théorie de Mauss? Réduire le don aux actes de gratuité ne traduit-il pas l'oubli d'une autre dimension tout aussi fondamentale dans les travaux de Marcel Mauss et au sein de ses développements contemporains et qui le présentent d'abord et principalement comme « un phénomène social total »¹⁶⁵⁰? C'est dire que le don a vocation à intéresser à la fois les faits visant la recherche d'un profit que ceux qui relèvent de la gratuité. À ce titre, il constitue une part inaltérable du contrat¹⁶⁵¹. En réalité, la théorie du

¹⁶⁴⁹ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 258. Voir aussi Marc MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2167 et s.

¹⁶⁵⁰ Voir Alain CAILLÉ, *Anthropologie du don*, Paris, La Découverte, 2006, p. 125. L'auteur fait lui-même directement référence aux recherches de Marcel Mauss, *Sociologie et anthropologie*, *supra*, note 1648, p. 147. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a pas de domaines dans lesquels il peut sembler plus simple de faire appel à la théorie du don, mais il apparaît aussi dans d'autres types d'échanges, bien que sous des aspects différents. Voir l'analyse que nous avons faite en collaboration avec le professeur André BÉLANGER, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *supra*, note 207, 37-75. Nous y montrions alors que, bien que la majorité des juristes analysent le contrat d'assurance sous l'angle de son utilité ou de la morale contractuelle, la théorie du don, à titre de « phénomène social total » permettait à bien des égards de saisir ce qui, dans le contrat d'assurance, ne relevait pas de l'utilitarisme ou du moralisme. Que cette théorie du don peut favoriser, mieux que la théorie relationnelle, une nouvelle compréhension du lien entre assuré et assureur.

¹⁶⁵¹ Même si elle y voit d'abord un principe juridique, et donc un simple moyen de protection parmi tant d'autres du contractant faible, Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER part aussi de l'idée que le lien de solidarité est inhérent à tout

don constitue une alternative à l'approche du contrat exclusivement en termes d'utilité économique. Malgré l'importance du phénomène contractuel, on ne saurait réduire le contrat à un simple outil au service du bon fonctionnement de l'économie et du marché. D'ailleurs, le besoin croissant de moralisation des échanges, à travers notamment les notions de bonne foi ou d'abus fréquemment utilisées par les tribunaux, le montre à suffire. Toutefois, en plus du flou et de l'incertitude qui entourent la moralité contractuelle, cette dernière inscrit le rapport d'obligation entre les parties dans une perspective d'opposition d'intérêts qui ne permet pas toujours d'assurer adéquatement la protection du contractant en position de fragilité. Le recours au don peut-il alors permettre de dépasser une telle difficulté?

La contribution de la notion de don à la compréhension du contrat. Dans son *Essai sur le don*, Marcel Mauss montre que la relation de donner-recevoir-rendre¹⁶⁵² fait du don un phénomène présent dans tous les actes de société¹⁶⁵³, et donc au sein du rapport contractuel. En y jetant un regard nouveau, un tel constat permet surtout de relativiser la critique de ceux qui estiment que la théorie du don se réduit aux relations de pure gratuité, là où elle se veut présente dans toute relation.¹⁶⁵⁴ Ainsi, les phénomènes sociaux peuvent être justifiés autant à travers des considérations utilitaires, que gratuites ou encore par la recherche de la reconnaissance sociale¹⁶⁵⁵. Comme la doctrine solidariste qui récuse à la fois l'individualisme et le collectivisme par la recherche d'une voie médiane¹⁶⁵⁶, la théorie du don est aussi une tentative visant à réfuter et à « dépasser les points de vue également bornés de l'individualisme et du holisme »¹⁶⁵⁷. Et c'est

contrat. Ce qui ne signifie pas qu'il faille l'y réduire, mais en déterminer le sens et la portée. Voir *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 97 et s.

¹⁶⁵² Le don repose sur une incertitude fondamentale puisqu'il s'agit d'un triptyque dans lequel celui qui donne n'est jamais certain de recevoir en retour. L'idée de coopération dans le don renvoie un rapport qui « ne s'institue que d'un don premier, sans garantie de retour, d'un obligatoire qui fonde néanmoins la liberté ». Voir Philippe CHANIAL, *Justice, don et association. La délicate essence de la démocratie*, Paris, La Découverte/MAUSS, 2001, p. 300.

¹⁶⁵³ Voir Alain CAILLÉ, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 44 et s.

¹⁶⁵⁴ C'est aussi la raison pour laquelle le don ne doit pas être seulement envisagé en termes de justice distributive, mais il semble possible de lui trouver un impact dans le cadre de la justice commutative. Voir Marc MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », *supra*, note 1388, 2168.

¹⁶⁵⁵ Voir Alain CAILLÉ, *Dé-penser l'économique. Contre le fatalisme*, Paris, La Découverte, 2005, p. 110-121.

¹⁶⁵⁶ La doctrine solidariste se présente comme une alternative ou un entredeux entre ceux qui prônent le tout individu et ceux qui voudraient noyer l'individu dans la collectivité.

¹⁶⁵⁷ Alain CAILLÉ, *Anthropologie du don*, Paris, La Découverte, 2006, p. 19. Il explique ainsi cette position : « La totalité sociale ne préexiste pas plus aux individus que l'inverse, pour la bonne raison que les uns et les autres, comme leur position respective, s'engendrent incessamment par l'ensemble des interrelations et des interdépendances qui les lient » (p. 18).

par la conjugaison, et non par l'exclusion de ces multiples aspects que résulte le lien social. Pour en saisir toute la richesse, il convient de ne pas réduire le contrat à sa dimension unitariste et stratégique. Dans un contexte de déséquilibre contractuel, il importe d'élargir l'approche de la relation au-delà de ces considérations. S'il est vrai que l'individu recherche son intérêt personnel, la théorie du don permet de ne pas en faire l'unique interprétation du lien contractuel. On serait alors tenté de considérer la théorie du don comme excluant la recherche par les individus de leur profit personnel. Ce serait là une profonde erreur qui résulte majoritairement de la tendance qu'ont les juristes à considérer le don comme un acte unilatéral et de pure gratuité qui n'aurait de sens que dans le cadre des rapports impliquant le désintéret¹⁶⁵⁸. Il n'y a pas dans le don une opposition ni un mépris pour la recherche par l'individu de son intérêt personnel. Dans la perspective du don, il est donc tout à fait légitime de rechercher son intérêt¹⁶⁵⁹. Nous avons noté que le lien de solidarité ne se réduit pas à la charité contractuelle. Le don pour sa part ne crée pas le lien social dans le sens où il serait assimilable à des actes de gratuité ou de charité, il opère dans un registre plus large qui permet d'intégrer à la fois la recherche du profit et le désintéressement. Alain Caillé précise à cet égard que : « non seulement le don archaïque n'est pas la charité, l'altruisme, mais il n'est pas seulement le don. Il s'organise en fait selon ce que Mauss appelle une triple obligation de donner, recevoir et rendre »¹⁶⁶⁰. De ce point de vue déjà, un rapprochement peut être établi avec le solidarisme contractuel qui invite à renforcer l'approche individualiste du contrat avec une autre mettant de l'avant le lien de solidarité entre les parties, sans forcément exclure l'intérêt de l'autre, mais en vue de les concilier. En outre, le don ne vise pas non plus à établir entre les individus un rapport de pure équivalence ou de stricte redistribution¹⁶⁶¹. Il semble en fait que cette : « équivalence est présente et absente à la fois au sens où : on ne peut s'en éloigner trop sans considérer qu'au lieu de donner on se fait avoir; mais on ne peut pas non plus s'en rapprocher trop, s'acquitter de la dette sans mettre fin à la relation »¹⁶⁶². Dans la mesure où la théorie du don ne recherche pas une égalité stricte, elle intègre les relations d'inégalités, dans

¹⁶⁵⁸ Telle est d'ailleurs la substance de la critique de ceux qui contestent le lien que voudraient opérer les solidaristes avec la notion de don.

¹⁶⁵⁹ Voir Alain CAILLÉ, *Don, intérêt et désintéressement. Bourdieu, Mauss, Platon et quelques autres*, Paris, La Découverte, 2005, p. 253-259.

¹⁶⁶⁰ Voir Alain CAILLÉ, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 44.

¹⁶⁶¹ Voir Philippe CHANIAL, *Justice, don et association, La délicate essence de la démocratie*, *supra*, note 1652, p. 300-342.

¹⁶⁶² Jacques T. GODBOUT, *L'esprit du don*, Montréal, Boréal, 1995, p. 50.

le cadre ce que l'on a qualifié les « inégalités alternées »¹⁶⁶³. Le don n'implique pas un équilibre statique entre les intervenants. Dès lors, un rattachement peut être effectué avec l'idée d'équilibre normatif et économique de type dynamique revendiquée dans certains écrits solidaristes. De ce point de vue, il serait encore erroné de réduire le don aux interventions étatiques qui visent à venir au secours de certaines couches sociales défavorisées. Il y a là une confusion qu'il convient de lever. En effet, la théorie du don ne s'assimile aucunement à ce type d'intervention¹⁶⁶⁴, elle relève plutôt d'un rapport incessant entre liberté et obligation¹⁶⁶⁵. Le lien avec le solidarisme contractuel est possible puisqu'il met de l'avant l'idée que la liberté des parties et les obligations de celles-ci doivent être intimement reliées dans la détermination des droits des contractants en fonction de leurs positions respectives. C'est d'ailleurs ce rapport mixte entre liberté et obligation qui doit présider à la gestion des instruments visant la protection des contractants en position de vulnérabilité.

L'idée de réciprocité au cœur du don. Le don se manifeste surtout comme un échange au cœur duquel se trouve l'idée de réciprocité. Dans la perspective du don, les individus sont pris dans des relations de dépendance réciproque¹⁶⁶⁶. Le lien social à la base du don repose sur l'idée de dettes réciproques sur laquelle reposent les relations entre les individus¹⁶⁶⁷. Cette réciprocité implique à l'évidence que les contractants ne peuvent se soucier uniquement de leur intérêt seul, elle suppose que les parties se préoccupent aussi de celui de l'autre. Tel est la perspective solidariste qui fonde la réciprocité entre les parties sur le lien de solidarité qui les unit. Comme le solidarisme, le don suppose donc l'existence d'une relation de confiance entre les individus. Il permet, comme le lien de solidarité, de prendre en compte l'esprit de coopération et de collaboration devant exister entre les parties. Le rejet de cette dimension du don au sein de la relation au profit de la seule justification utilitariste entraîne la fissure du lien social. Cette coopération dépasse la seule

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 51.

¹⁶⁶⁴ Jacques Godbout note de manière plus générale que « dans son analyse du don du sang, Titmuss a confondu système de don et système étatique. Comme Mauss, il a cru voir dans la sécurité sociale moderne l'équivalent des systèmes de don archaïque. Or, s'il est vrai que ces systèmes collectifs d'assurance, publics ou privés, remplissent des fonctions assumées par le don dans d'autres sociétés, on ne peut pas en déduire que les deux systèmes reposent sur les mêmes principes, ni qu'ils sont naturellement complémentaires. En passant du don à l'impôt ou à l'assurance, on a laissé échapper le geste du donateur, le risque d'une action dont le retour n'est jamais garanti ». Voir *L'esprit du don*, Montréal, Boréal, 1995, p. 90.

¹⁶⁶⁵ Cet attribut du don est particulièrement présent au sein de la relation contractuelle. Pour une application en matière d'assurance, voir les analyses d'André BÉLANGER et Joelle MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *supra*, note 207.

¹⁶⁶⁶ Philippe CHANIAL, *Justice, don et association, La délicate essence de la démocratie*, *supra*, note 1652, p. 330.

¹⁶⁶⁷ Jacques T. GODBOUT, *L'esprit du don*, *supra*, note 1662, p. 47 et s.

exigence de bonne foi et l'opposition d'intérêts qui la caractérise¹⁶⁶⁸. D'où l'apport du solidarisme à la lumière du don.

L'apport possible du solidarisme contractuel à la lumière de la notion de don. En somme, la théorie du don de Marcel Mauss consiste à rappeler le rôle qui lui revient dans le contrat, et celui-ci peut être minime. Peut-être faut-il alors voir dans la doctrine solidariste en matière contractuelle l'occasion de faire ressortir cette dimension. Il n'est évidemment pas question ni de prétendre que le don est présent dans tous les contrats¹⁶⁶⁹ ni qu'il occupe une place importante¹⁶⁷⁰, et encore moins de stimuler sa présence comme on serait tenté de pousser les contractants à plus de moralité. Toute chose qui ne permettrait pas de saisir l'apport de la théorie du don à la compréhension de la relation contractuelle. La part du don, comme l'existence du solidarisme contractuel entre les parties, est une question de degré et celle-ci dépend de la nature du contrat et des relations établies entre les parties. Alain Caillé précise à cet effet que :

Le contrat peut être défini comme l'explicitation et la spécification d'une relation de don. À cela près que l'explicitation et la spécification du don en changent radicalement la nature. Là où le don était par principe total ... le contrat porte sur un objet déterminé. Là où le don engageait la totalité de la personne, le contrat n'en mobilise que certaines dimensions ou certains actes. Là où le don laissait les engagements et l'objet même de la relation dans l'implicite et le non-dit, le contrat énonce tout le plus crûment possible... il ne faudrait pas croire cependant, du don au contrat, à l'existence d'une pure et simple inversion, comme si l'un était tout ce que n'est pas l'autre. À des degrés divers, certes, selon le type de don ou de contrat, il existe entre les deux une communauté essentielle qu'il importe de faire ressortir. C'est cet enracinement dans un principe commun que signalait Durkheim en s'attachant aux dimensions non contractuelles du contrat et que Mauss identifiait comme ressortissant au domaine du don¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁸ Alain CAILLÉ estime que « d'une part, nous l'avons vu, la coopération antagoniste visée et amorcée par le contrat ne peut, sauf à se réduire à un échange instantané, se poursuivre à travers le temps que si chacun honore son engagement et sa foi en l'engagement de l'autre. Cette foi en l'autre suppose la croyance en sa bonne foi. Or cette (bonne) foi entrecroisée ne peut naître du seul éther contractuel. Plus on répèterait sa promesse initiale et plus le doute s'instillerait dans l'esprit de l'autre. Pour que le contrat soit crédible et efficace, il faut qu'il bascule peu ou prou dans le registre don/contre-don, où l'on est habilité à croire que chacun donne non seulement par intérêt instrumental et par obligation, mais aussi par souci de la relation elle-même, voire par amitié. À quoi serviraient donc autrement tous ces repas d'affaires ? ». Voir *Dé-penser l'économique. Contre le fatalisme*, *supra*, note 1655, p. 153.

¹⁶⁶⁹ Voir la mise en garde d'Alain CAILLÉ, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 47 et s. L'auteur y montre que le contrat peut être considéré comme un don renversé.

¹⁶⁷⁰ Voir les commentaires d'André BÉLANGER et Joelle MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », *supra*, note 207.

¹⁶⁷¹ Alain CAILLÉ, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 47-48.

À la lumière de la théorie du don, le solidarisme contractuel peut alors prendre en compte cet aspect non contractuel - ne résultant pas nécessairement de l'accord de volonté – en vue de déterminer les mécanismes appropriés au rétablissement de l'équilibre contractuel. L'idée de solidarité saisie par la notion de don ne se veut pas vraiment révolutionnaire, elle prétend surtout ajouter une couche supplémentaire à la compréhension de la protection du contractant faible.

Conclusion du chapitre I

Nous avons pu établir que le solidarisme repose sur des bases théoriques réelles et profondes, à partir desquelles nous avons tenté de saisir la portée et le sens dans le cadre plus spécifique de la matière contractuelle. En plus de la rupture qu'il prétend opérer avec l'individualisme contractuel, nous avons situé la doctrine dans le paysage juridique de la protection du contractant, afin de mieux le distinguer et faire ressortir l'originalité de l'idée de solidarité transposée au contrat. Ce qui a été fait à partir de la distinction avec la bonne foi, le droit de la consommation et le rapprochement opéré avec la théorie du don, à l'exclusion de la théorie relationnelle de Macneil. L'idée de solidarité que revendiquent les défenseurs de la théorie solidariste du contrat est apparue avec plus de clarté, même si elle demeure une notion essentiellement évolutive. Qu'en est-il de sa mise en œuvre pratique?

Chap. II L'apport de la perception solidariste à la recherche de l'équilibre contractuel

Un subtil mélange des genres. Dans le chapitre précédent, nous avons évoqué la dimension théorique du solidarisme contractuel contemporain. Il faudrait maintenant s'attarder sur les moyens et la mise en œuvre des mécanismes juridiques qui en résultent. Il s'agit alors de rechercher quelle est la spécificité - si spécificité il y a - des moyens mis de l'avant par le courant solidariste afin d'assurer l'équilibre dynamique sur lequel reposerait le contrat. D'une manière générale, ce n'est pas tant la description de ceux-ci qui importe que l'originalité que prétend leur donner le solidarisme contractuel afin d'assurer une meilleure protection de la partie en position de vulnérabilité. Par ailleurs, n'y a-t-il pas quelque chose de singulier dans ce solidarisme contractuel qui prétend imposer de l'extérieur, par le juge ou le législateur, des droits ou un contenu contractuel aux parties? Peut-il se traduire en obligation issue de l'idée de solidarité? Sur le plan concret, cette doctrine oscille entre deux pôles : celui de l'inaction du juge ou l'État qui pourrait entraîner les abus de la partie forte et celui d'un trop grand interventionnisme qui pourrait ruiner la part contractuelle de la relation. Elle exige du contractant un certain détachement vis-à-vis de son unique intérêt, pour intégrer celui de l'autre partie. Elle repose sur le lien de solidarité et la tentative de conciliation des intérêts entre les parties. Sa mise en œuvre exige la réunion de nombre de conditions et se traduit par des principes d'où découlent des droits et obligations. Ce qui ne peut se faire en prenant uniquement pour point de départ l'individu ou en lui imposant un cadre prédéterminé de l'extérieur par des tiers. Il semble qu'il s'agisse d'un

subtil mélange entre les deux. Le solidarisme contractuel part de l'idée que le contrat est une relation spécifique¹⁶⁷², reflet du lien social général.

La dynamique du solidarisme contractuel. Au plan théorique, le solidarisme contractuel est intimement lié au besoin de rétablir l'équilibre au sein du contrat et des parties. Au plan pratique, l'équilibre dynamique du contrat intervient à deux niveaux. Un premier aspect renvoie au renforcement nécessaire des outils juridiques de rééquilibrage du contrat d'un point de vue normatif (Sect. I). La seconde dimension, issue directement de la première, renvoie à des mesures tendant à assurer l'équilibre économique du contrat, à titre d'objectif indispensable dans le cadre de la protection de la partie faible (sect. II). La protection qui en ressort oscille entre consolidation et renouvellement. C'est à travers cette double perspective qu'on peut appréhender la portée de la justice de répartition à la base du solidarisme contractuel¹⁶⁷³. En ce sens, la prise en compte de la vulnérabilité tant individuelle que collective de la protection du contractant justifie l'intervention légitime au sein du contrat et la mise en œuvre de moyens qui assurent aux parties une participation réelle et active à son élaboration et son exécution.

Sect. I Du renforcement essentiel de l'équilibre normatif du contrat

Nous verrons que le solidarisme contractuel comporte un sens normatif inédit (para I) duquel découlent les principes de proportionnalité (para II), de cohérence (para III) et de coopération (Para IV).

Para I Le sens normatif de l'équilibre contractuel dans le solidarisme contractuel

Évolution sur le plan normatif. Avant d'aborder directement les outils juridiques que la théorie solidariste prétend remettre à l'ordre du jour ou ajouter au droit des contrats, il convient au préalable de prendre acte de la transformation normative à laquelle invite ce courant. Précisons

¹⁶⁷² Une conséquence que les partisans du solidarisme contractuel tirent directement de la notion de solidarité telle qu'elle se présente déjà chez le fondateur du terme Pierre Leroux. Voir les analyses de Armelle LE BRAS-CHOPARD, « Métamorphoses d'une notion : la solidarité chez Pierre Leroux », dans Jacques Chevalier (dir.), *La solidarité. Un sentiment républicain?* *supra*, note 1394, p. 60.

¹⁶⁷³ Il faut se garder de voir dans cette présentation quelque chose de rigide. Si le renforcement tend à s'orienter vers les règles de formation du contrat et le renouvellement vers celles portant sur la formation, il n'en reste pas moins que l'un ou l'autre des aspects peut intervenir à n'importe quelle étape de la vie contractuelle.

qu'en philosophie, une norme est un critère, principe discriminatoire auquel se réfère implicitement ou explicitement un jugement de valeur¹⁶⁷⁴. Un critère peut donc donner naissance à un concept juridique chargé sur le plan normatif¹⁶⁷⁵. Par la volonté de certains acteurs ou tout simplement en raison de son éducation et par le jeu de ses habitudes, l'être humain a tendance à édicter des normes précisant ce qui est normalement attendu et ce qui ne l'est pas. Ces normes varient fortement avec les époques, les individus et de manière plus générale, avec les sociétés. Néanmoins, une caractéristique majeure des normes est que, au contraire des propositions, elles ne sont ni vraies ni fausses puisqu'elles ne proposent pas de décrire quelque chose, mais de prescrire, de créer ou de changer les caractéristiques d'une chose. La norme se présente sous deux grandes lignes : soit un principe ou une règle, soit une valeur morale ou un choix éthique : l'une pour la sphère publique, l'autre plus adaptée à la sphère privée. C'est dans cette double perspective que le solidarisme contractuel appelle un changement.

Changement et renforcement normatifs. Sur le plan normatif, la théorie solidariste suggère de prendre acte des limites des principes de protection liés à l'idée de responsabilisation des individus, et à partir de là, procéder à la recherche de nouveaux instruments de protection plus appropriés. C'est à partir de trois normes principales que les défenseurs du solidarisme contractuel tentent d'orienter la protection de la partie vulnérable : les principes de proportionnalité, de cohérence et de coopération. Il ne s'agit pas pour nous de nous arrêter à la description de ceux-ci, mais de montrer en quoi ils se distinguent des normes de protection que nous avons déjà dégagées jusqu'ici et quel en est l'apport au plan de la sauvegarde des intérêts du contractant vulnérable. Par les principes de proportionnalité, de cohérence et de coopération, le solidarisme contractuel permet de saisir la nature et les caractéristiques de l'égalité et de l'équilibre contractuels. Le renouvellement et le renforcement qui en découlent visent à combler les lacunes des principes de protection du contractant vulnérable. Il en résulte autant la consolidation de certains procédés que l'assouplissement d'autres. Les principes de proportionnalité et de cohérence interviennent essentiellement au niveau du contrôle objectif du

¹⁶⁷⁴ Voir Bjarne MELKEVIK, « Discours d'application des normes en droit : méthodologie juridique et considérations de philosophie du droit », dans Lukas K. Sosoe (dir.), *La vie des normes et l'esprit des lois*, Paris, Harmattan, coll. Éthiké, 1998, p. 77 et s.

¹⁶⁷⁵ À ce titre, le normatif se distingue du descriptif et le premier est la forme par laquelle les différentes transformations sociales se traduisent. Voir Catherine THIBIERGE GUELFUCCI (dir.), *La force normative naissance d'un concept*, Paris, LDGJ, 2009.

contenu matériel du contrat, mais modulent aussi la conduite des parties lors de la formation et de l'exécution de celui-ci. Les exigences de proportionnalité, de cohérence et de coopération contractuelles traduisent l'horizon contractuel nouveau dans laquelle s'inscrit une protection du contrat marquée par le lien de solidarité et la conciliation des intérêts¹⁶⁷⁶.

Para II Le principe de proportionnalité

A L'approche finaliste du principe de proportionnalité en matière contractuelle

Le sens du principe de proportionnalité. La notion de proportionnalité appartient d'abord au registre des mathématiques¹⁶⁷⁷. À cet égard, elle désigne le rapport entre deux choses. Elle repose sur la répartition des choses entre personnes selon une proportion préétablie. C'est au sein du droit public que la proportionnalité a connu d'importants développements en vue de mettre un frein aux éventuels excès du pouvoir étatique face aux particuliers. Dans certains pays, notamment en Allemagne ou en Suisse, elle a connu une telle importance qu'elle y est considérée comme un véritable principe directeur¹⁶⁷⁸. En matière civile, le recours à la proportionnalité est plutôt récent et serait « en attente d'une consécration officielle s'agissant du droit privé »¹⁶⁷⁹. Si une telle reconnaissance n'est pas simple, c'est en partie parce que le principe ne fait pas l'objet d'une définition claire. Et le vague qui l'entoure donne l'impression qu'il en existe des traces dans le droit des contrats. Cependant, sans une meilleure compréhension de ses critères d'application, son impact pourrait demeurer assez faible¹⁶⁸⁰. En droit des contrats, ce n'est pas l'approche

¹⁶⁷⁶ Voir Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 153 et s.

¹⁶⁷⁷ Voir Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, Paris, PUF, 2104, voir "Proportionnalité", p. 818.

¹⁶⁷⁸ Voir Sophie LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, *supra*, note 48, p. 15-18. Le principe de proportionnalité intervient aussi dans diverses autres sphères du droit. Il en va ainsi du droit administratif ou encore en matière pénale dans le rapport entre les peines et les délits (spéc. p. 27). Le droit communautaire européen donne aussi une certaine place à ce principe (spéc. p. 18 et s.)

¹⁶⁷⁹ L'auteure fait ici allusion au droit français, mais la remarque pourrait être transposée en droit québécois. Voir Sophie LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, *supra*, note 48, p. 13.

¹⁶⁸⁰ Tel est d'ailleurs le constat de Nicolas Molfessis lorsqu'il affirme que : « si l'on s'en tient à cette intuition vague selon laquelle le principe de proportion désigne "une règle générale d'équilibre", une exigence d'adéquation entre deux termes qu'il reste à identifier, on sera porté à le voir à l'œuvre dans maintes solutions ». « Le principe de

mathématique de la proportionnalité qu'il faut retenir, mais la dimension finaliste. Dans cette optique, elle « requiert un rapport approprié entre les choses, une situation d'équilibre entre le but et les moyens utilisés pour y parvenir »¹⁶⁸¹. Elle opère « une ligne de démarcation entre l'abstraction de l'autonomie de la volonté et le pragmatisme des solutions qu'elle apporte dans la gestion d'obligations »¹⁶⁸². Cette dernière ayant dorénavant pour objectif de concilier les intérêts en présence au sein du contrat. Il ne s'agit pas seulement d'envisager le rapport de proportion de certaines clauses spécifiques du contrat, mais bien de la teneur contractuelle dans son ensemble. Cela étant, la proportionnalité ne doit être assimilée à une conception rigide de l'équilibre contractuel. Elle rappelle que le contenu contractuel ne doit pas être le lieu de disproportions inacceptables parce qu'excessives. Le rejet d'une définition trop rigoureuse de la proportionnalité qui tend à inscrire le rapport contractuel dans une approche de l'égalité laissant la place à une certaine flexibilité¹⁶⁸³. Le principe de proportionnalité implique bien une plus grande prise en compte de la commutativité au sein du contrat. Mais cela ne doit pas avoir pour conséquence de rigidifier le lien contractuel. Elle ne s'explique que dans la mesure où elle assure la protection des attentes légitimes des parties. Ce n'est pas tant l'égalité stricte qui est ici recherchée que la juste proportion en fonction de la situation factuelle, et ce, par « un contrôle approprié des pouvoirs de la partie en position de force »¹⁶⁸⁴ afin d'en venir à un équilibre minimum. Elle explique l'existence d'un devoir de juste mesure.

B Le devoir de juste mesure dérivé de l'exigence de proportionnalité

Le devoir de juste mesure. La proportion rappelle la nécessité de l'existence entre les obligations des parties et au sein du contrat d'un minimum d'équilibre sans lequel l'un d'entre eux pourrait être victime d'abus. Elle joue un rôle important lors de l'exécution des prestations, car elle soumet

proportionnalité et l'exécution du contrat », dans *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?* Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *Petites affiches*, 1998, n°117, p. 21.

¹⁶⁸¹ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 180.

¹⁶⁸² *Ibid.*, p. 181.

¹⁶⁸³ Il faudrait rappeler ici la relation tenue entre justice et égalité : « la relation d'égalité est posée par Aristote comme une forme abstraite, susceptible de s'institutionnaliser selon de multiples configurations concrètes. La justice n'est pas liée à un type déterminé d'égalité. Ce qui veut dire qu'une relation de justice n'est pas une manière d'imposer une égalité (de droit) là où la réalité est faite d'inégalités, mais qu'elle n'est jamais d'articuler égalité et inégalités sans que l'une ait à être sacrifiée à l'autre [...] La justice désigne une manière toujours spécifique d'établir une relation d'équivalence entre des choses nécessairement inégales, distinctes et différentes, de combiner, donc, égalité et inégalités ». François EWALD, *L'État providence*, *supra*, note 31, p. 552.

¹⁶⁸⁴ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 182.

les parties à un devoir de juste mesure¹⁶⁸⁵. On pourrait être tenté de croire qu'il s'agit d'un ajout supplémentaire et superflu, compte tenu du devoir de bonne foi qui incombe déjà aux contractants. Toutefois, il y a une nette différence entre les deux. Le devoir découlant de l'exigence de proportionnalité, non seulement n'est pas de la même nature que la bonne foi, mais ne repose pas sur le même type de contrôle de comportement que cette dernière. En effet, dans le cadre du devoir de juste mesure des contractants, « il importe peu que leurs attitudes reflètent leur bonne ou mauvaise foi, ou que, par exemple, l'inexécution d'une prestation contractuelle soit intentionnelle ou fortuite. Seule est prise en compte l'incidence de cette inexécution par rapport à l'intérêt contractuel en cause »¹⁶⁸⁶. L'auteur ajoute que « le devoir de proportionnalité ou de juste mesure s'occupe de la relation contractuelle en dehors du comportement des parties »¹⁶⁸⁷. Cette opinion appelle quelques précisions. Dans les faits, comme la bonne foi, le devoir de juste mesure implique le contrôle du comportement du contractant. Cela est évident puisqu'il exige que, dans la mise en œuvre de ses obligations, ce dernier fasse preuve de mesure même lorsqu'il s'agit de ses droits légitimes¹⁶⁸⁸. La différence se situe davantage au niveau de la nature des critères d'appréciation de sa conduite ou des actes posés¹⁶⁸⁹. Les deux catégories de devoirs portent bien sur l'agir et l'attitude des parties. Il n'empêche que, là où l'une semble trop subjective, l'autre prétend à l'objectivité¹⁶⁹⁰. Le devoir de juste mesure peut alors être considéré comme l'outil plus approprié de contrôle par le juge de la mise en œuvre par les parties de leur droit. La plus grande efficacité de celui-ci face au flou d'un concept comme la bonne foi, en

¹⁶⁸⁵ Voir Catherine THIBIERGE GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation des contrats », *supra*, note 55, 379. Aussi, Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 156. Pour cette auteure, on pourrait ainsi voir dans l'article 3.10 des principes Unidroit qui prévoit la sanction d'un « avantage excessif » comme une manifestation du principe de proportionnalité (spéc. p. 157).

¹⁶⁸⁶ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 183.

¹⁶⁸⁷ *Id.*

¹⁶⁸⁸ Voir *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 123-124.

¹⁶⁸⁹ D'ailleurs, à ce titre, le choix des critères n'est pas toujours simple et ne fait pas l'unanimité. L'analyse doctrinale de l'affaire *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122 en offre un bon exemple. Ainsi, pour Marie Annick Grégoire, le juge a eu tort de ne pas sanctionner la banque qui procède à la vente précipitée des actions de ses clients, caution d'un emprunt, sans leur donner un délai raisonnable afin de rembourser sa dette. Le tribunal aurait dû sanctionner la mauvaise foi ou la violation de la bonne foi par l'institution bancaire. Voir *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, *supra*, note 49, p. 229. Pour Ghislain TABI TABI, il aurait plutôt fallu y voir la violation du devoir de juste mesure, ce n'est pas tant la mauvaise foi, que le caractère disproportionné de la banque qui doit servir de fondement à la sanction de cette dernière. Ainsi, « la recherche de l'équilibre contractuel doit se doter d'instruments objectifs facilement perceptibles par tous et donc, moins susceptibles de contestation ». Voir *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 35, p. 184-185. Mentionnons qu'à notre avis, cette décision nous semble également relever du principe de cohérence sur lequel nous nous attarderons dans les paragraphes suivants.

¹⁶⁹⁰ Ainsi, « le devoir objectif de juste mesure, qualitatif en l'occurrence, devient un moyen d'élimination considérable de l'émission de décisions arbitraires ». Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 183.

favoriserait l'émergence et la reconnaissance. La bonne foi se révèle telle une notion passe-partout que la jurisprudence utilise quand la situation lui semble inacceptable afin de corriger une injustice¹⁶⁹¹. Même si l'on peut y voir un recours relevant purement du bon sens, il n'en reste pas moins que cette « lecture intuitive et quelque peu aléatoire de la situation [...] ne permet pas de détecter adéquatement l'excès décrié et de fixer convenablement les proportions en fonction du déséquilibre des prestations contractuelles »¹⁶⁹². Là où le devoir découlant de proportionnalité offre un instrument de mesure permettant d'apprécier à la fois le contenu du contrat et la conduite des parties. C'est d'ailleurs au nom de ce devoir que la jurisprudence est invitée à généraliser le devoir de minimiser les dommages.

La généralisation du devoir de minimiser les dommages. Le devoir de juste mesure découlant du principe de proportionnalité peut donner au juge de nouveaux outils plus objectifs pour assurer la protection du contractant en position de faiblesse. Il ne faut cependant pas croire que les manifestations de la logique intrinsèque de ce principe sont complètement étrangères à la jurisprudence existante. Il en va ainsi de l'obligation de minimiser le dommage qui invite les parties à agir de telle manière que les pertes pour le cocontractant soient les moins délétères possible. Or, cette obligation est présente dans la jurisprudence québécoise et canadienne dans certaines matières spécifiques¹⁶⁹³. Elle est prévue dans les contrats nommés du *Code civil du Québec*, notamment en matière d'assurance. L'article 2619 C.c.Q. prévoit qu'il est du devoir de l'assuré et de ses représentants de prendre, dans tous les cas, les mesures raisonnables afin d'éviter ou de limiter les pertes et les dommages¹⁶⁹⁴. On retrouve également cette exigence à l'article 1479 C.c.Q., concernant la réparation du préjudice subi et l'interdiction pour la victime de l'aggraver. L'obligation de minimiser les pertes est en outre présente à l'article 2126 al. 2 C.c.Q. sur le contrat d'entreprise et de service. Ces dispositions imposent à l'entrepreneur qui souhaite résilier le contrat de prendre toutes les mesures afin de minimiser les dommages que pourraient

¹⁶⁹¹ La bonne foi est même utilisée en matière de relation de travail pour apprécier le comportement de l'employeur, voir *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Compagnie d'assurance sur la vie*, [2004] 3 R.C.S. 195, paragr. 62-65.

¹⁶⁹² Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, supra, note 35, p. 186.

¹⁶⁹³ Obligation développée surtout dans les rapports individuels de travail. L'employeur qui prétend que l'employé aurait pu raisonnablement minimiser la perte alléguée doit en faire la preuve: *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Vallerand et U.A.P. inc.*, [1998] C.L.P. 870. L'obligation du travailleur de minimiser ses dommages comporte deux volets: la recherche d'emploi et l'interdiction de refuser des offres raisonnables en fonction des circonstances: voir *Vallerand et U.A.P. inc.*, [1998] C.L.P. 870; *Beaudin et Automobile J.P.L. Fortier inc.*, [1999] C.L.P. 1065.

¹⁶⁹⁴ « Il est du devoir de l'assuré et de ses représentants de prendre, dans tous les cas, les mesures raisonnables afin d'éviter ou de limiter les pertes et les dommages ».

subir son client¹⁶⁹⁵. Dans tous les autres cas, c'est habituellement par le truchement de la bonne foi que le tribunal va imposer à une partie l'obligation de minimiser les dommages et la condamner pour ne pas avoir posé des actes dans ce sens¹⁶⁹⁶. On peut cependant se demander si le fondement est approprié¹⁶⁹⁷. Dans l'optique solidariste, référer au devoir de juste mesure, et donc à l'idée de proportionnalité, offre une meilleure compréhension. Une position qui s'explique puisque le devoir de juste mesure dans l'exécution du contrat implique à la fois des contractants qu'ils évitent de rester dans la passivité et, en même temps, qu'ils n'exercent pas leur droit de manière brusque et imprévisible¹⁶⁹⁸. Dans l'un ou l'autre cas, le préjudice ne doit pas être aggravé.

¹⁶⁹⁵ « L'entrepreneur ou le prestataire de services ne peut résilier unilatéralement le contrat que pour un motif sérieux et, même alors, il ne peut le faire à contretemps; autrement, il est tenu de réparer le préjudice causé au client par cette résiliation. Il est tenu, lorsqu'il résilie le contrat, de faire tout ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir une perte ». Les relations individuelles de travail sont un des domaines dans lesquels le devoir de minimiser les pertes joue un rôle important. Il revient à l'employé aux termes de l'article 1479 C.c.Q. de mitiger les dommages subis lorsqu'il est congédié sans motif sérieux et que l'employeur fait défaut de lui remettre un préavis de fin d'emploi suffisant. Une position qui a été réaffirmée par la Cour d'appel récemment. Voir *Levy c. Standard Desk Inc.*, 2013 QCCA 1473 (CanLII). Dans ce dernier cas, l'employeur, à la suite de difficultés, a donné un préavis de deux mois à tous les employés et offert des contrats de travail dans une autre entreprise située à Grandy. Mr Levy n'a ni donné suite à l'offre, ni fait des efforts raisonnables pour trouver un autre travail. Le tribunal réduit les dommages auxquels a droit le travailleur puisqu'il n'a pas rempli son devoir de minimiser les dommages.

¹⁶⁹⁶ En dehors du cadre restreint de l'article 1479 C.c.Q., l'obligation de minimiser les dommages ne se réduit pas seulement à ce domaine. Voir *Groupe Clifton Inc. c. Solutions Réseau d'Affaires Meta-4 Inc.*, J.E. 2003-1954 (C.A.). Un locataire exploite des guichets bancaires dans cinq propriétés du locateur. Malheureusement, le commerce s'avère être un échec. Le locataire rencontre le locateur et lui indique qu'à défaut d'aide et de collaboration de sa part, il devra cesser d'opérer, ce qu'il sera d'ailleurs obligé de faire un peu plus tard. Le locateur saisit le tribunal afin d'exiger du locataire qu'il respecte les termes du bail. Mais il ne se croit pas tenu d'une quelconque obligation de mitiger ses dommages puisqu'il ne fait aucune tentative pour relouer les espaces abandonnés par le locataire. La Cour d'appel confirme bien que cette obligation de minimiser les dommages réside dans l'article 1479 C.c.Q., mais que l'obligation générale de bonne foi permet, dans les circonstances, de déduire l'existence à l'égard du locateur, d'une obligation de faire des efforts pour relouer les espaces abandonnés. N'ayant rien fait à cet égard, le locateur a donc manqué à son obligation de bonne foi.

¹⁶⁹⁷ En ce sens, on pourrait encore limiter la portée des critiques à l'égard du solidarisme contractuel. Ainsi, Yves Lequette estime qu'on n'a pas besoin de faire appel au solidarisme contractuel dans la mesure où l'explication par l'autonomie de la volonté fournit le même résultat. Il reproche aux solidaristes d'annexer à leur doctrine « la jurisprudence interdisant qu'un contractant puisse réclamer l'application de clauses clandestines, illisibles ou inintelligibles, au nom d'un principe de transparence du contrat, lui-même inspiré par la loyauté contractuelle ». Yves Lequette se demande alors en quoi cela est original puisque « l'autonomie de la volonté la plus désincarnée ne conduit-elle pas au même résultat? ». Voir « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 271. L'interrogation est légitime. Toutefois, elle ne situe peut-être pas le débat là où il devrait véritablement être. Les positions solidaristes ne sauraient uniquement être envisagées au niveau des moyens. Certes, la technique juridique sert à l'illustrer, mais la doctrine en elle-même ne s'y réduit pas. La même règle peut être vue et interprétée de manière différente selon que l'on met ou non l'accent sur l'opposition d'intérêts entre les parties. Le fait qu'un mécanisme juridique puisse être justifié par le dogme de l'autonomie de la volonté ne saurait suffire à disqualifier son usage dans une perspective autre, surtout si cela peut faire jaillir d'autres virtualités protectrices pour l'un des contractants. Or, c'est à ce niveau qu'il faut se demander si le solidarisme contractuel ajoute ou non à la compréhension de la relation contractuelle, sans qu'il ne soit nécessaire de faire appel à d'autres techniques.

¹⁶⁹⁸ Soulignons cependant que dans le cadre des suretés, par exemple, l'institution bancaire peut montrer avec succès que l'octroi de délai supplémentaire n'aurait rien changé à la situation ou que le risque de perte aurait été aggravé si un délai supplémentaire avait été accordé. Voir *Crédit Bombardier Itée c. Meloche*, [1997] R.R.A. 731 (C.A.), p. 15-17 du texte intégral; *Gauthier c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 91-1632 (C.A.) *paxim*.

Exiger du contractant qu'il agisse de manière mesurée, par la recherche constante d'un certain équilibre, est plus objectif. Cependant, les choses ne sont pas toujours simples, car ne il s'agit pas d'une obligation de résultat, mais de moyen¹⁶⁹⁹. Le débiteur de celle-ci n'est pas appelé à faire des efforts surhumains, mais à faire tout ce qui est possible¹⁷⁰⁰. L'apport de la doctrine solidariste n'est pas tant l'originalité de l'instrument de protection qu'une reconnaissance plus large¹⁷⁰¹. Dans l'optique solidariste, la bonne foi devrait alors être substituée par le devoir de juste mesure découlant de la proportionnalité comme critère plus objectif d'appréciation. Ce qui leur paraît d'autant plus logique que l'approche du contrat qui peut favoriser la reconnaissance et la généralisation d'une obligation de minimiser les dommages ne saurait reposer sur l'opposition d'intérêts, mais bien sur la recherche de la conciliation de ceux-ci et de la collaboration des parties que cela implique¹⁷⁰². Une juste mesure qui s'apprécie aussi en matière d'extinction du contrat.

Le devoir de juste mesure et l'extinction du contrat. Les thuriféraires du solidarisme contractuel proposent de soumettre la mise en œuvre des pouvoirs et privilèges contractuels au devoir de juste mesure. Sont concernés par cette exigence, notamment l'exercice de pouvoirs contractuels en cas de résiliation ou la gestion des difficultés d'exécution. Pour avoir recours à l'exception d'inexécution ou procéder à la résiliation du contrat, le principe de proportionnalité requiert que les parties, en plus de la bonne foi, modèlent leurs choix en fonction de la gravité des difficultés d'exécution. Avant de choisir de résilier ou de résoudre le contrat, le contractant ayant un tel pouvoir doit s'assurer du caractère proportionnel, tant qualitatif que quantitatif, de son choix en fonction des conséquences de l'inexécution sur son cocontractant. La liberté de résilier unilatéralement le contrat est soumise au principe de l'équilibre contractuel tant dans son

¹⁶⁹⁹ Un locataire qui a dû déménager et n'a pas eu le temps de trouver un local plus cher que celui dans lequel il exerçait ses activités. Voir *Rosenberg c. Industries Ultratainer inc.*, 2001 QCCA 9943 (CanLII), paragr. 19-20. L'employeur ne peut se contenter d'avancer que l'obligation de mitiger les dommages liés à la perte d'un emploi n'a pas été respectée simplement parce que cela a pris plus de 6 mois au travailleur pour trouver un autre emploi moins bien rémunéré. Voir *Logiciels Suivites Inc. c. Coupal*, [1995] R.J.Q. 375 (C.A.) *paxim*; Le client qui n'arrive pas à revendre un groupe d'actions parce qu'il n'existe pas de marché pouvant l'absorber et que la seule entité qui pourrait être intéressée n'en veut pas, ne peut être soupçonné de n'avoir pas mitigé ses dommages. Voir *Paquette c. Conseil de la santé et des services sociaux de la Montérégie*, [1996] R.R.A. 275 (C.A.), p. 14 du texte intégral.

¹⁷⁰⁰ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations, supra*, note 158, n°2966, p. 1849.

¹⁷⁰¹ Pour une tentative de systématisation, une étude faite davantage dans le cadre de la responsabilité civile, voir Stephan REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

¹⁷⁰² Ce qui ressort d'ailleurs de la jurisprudence. Voir *Groupe Cliffton Inc. c. Solutions Réseau d'Affaires Meta-4 Inc.*, J.E. 2003-1954 (C.A.). Il y est explicitement reproché au locateur ne pas avoir répondu adéquatement à la collaboration recherchée par le locataire, mais sous le fondement de la bonne foi. Voir Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel, supra*, note 1377, p. 609 et s.

principe que dans sa mise en œuvre. L'injonction n'est pas totalement la même. Le droit à la résiliation du contractant, même exercé de bonne foi, doit être mis en œuvre de manière proportionnelle et cohérente¹⁷⁰³. Il arrive que la jurisprudence exige du contractant qu'il prenne en compte les conséquences de son choix sur son cocontractant. Le tribunal peut dès lors reprocher à une banque d'avoir exercé son pouvoir unilatéral de résiliation sans avoir suffisamment pris en compte les conséquences sur son débiteur¹⁷⁰⁴ et même lui imposer une obligation de renégociation. D'ailleurs, rien ne semble plus faire obstacle à l'admission de la théorie de l'imprévision dans ce contexte.

La théorie de l'imprévision sous l'angle du principe de proportionnalité : devoir d'adaptation ou de renégociation. Le devoir de juste mesure peut potentiellement intervenir en cas de difficultés d'exécution des obligations, notamment lorsque celles-ci résultent d'un bouleversement objectif des circonstances. Il s'agit de la théorie de l'imprévision. Nombreux sont les auteurs qui appellent de tous leurs vœux à la reconnaissance légale ou jurisprudentielle de la théorie de l'imprévision¹⁷⁰⁵. Du point de vue des solidaristes, le principe de proportionnalité offre le cadre

¹⁷⁰³ Nous reviendrons sur le principe de cohérence. Notons à ce niveau que les deux principes semblent très proches et agissent de manière assez complémentaire.

¹⁷⁰⁴ Est condamnée l'institution financière qui, d'un côté, encourage et aide son client à acquérir un financement et qui, d'un autre côté, ne libère pas les fonds et contribue ainsi à la débâcle financière de celui-ci. Voir *Banque de Nouvelle-Écosse c. Exarhos*, [1995] R.R.A. 4 (C.A.), p. 10-11 du texte intégral; Il arrive que la banque n'ait aucune raison valable de demander le remboursement immédiat des sommes empruntées au risque de mettre en péril les activités florissantes de la débitrice. Voir *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Importations Tour de France inc.*, [1996] R.R.A. 989 (C.A.), p. 14 du texte intégral; Dans *945-6740 Québec Inc., c. 9049-6902 Québec Inc.*, 2004 QCCA 31403 (CanLII), le franchiseur a, sans tenir compte des intérêts du franchisé, résilié le contrat sans envoi de mise en demeure préalable au motif que le comportement de ce dernier avait porté atteinte à la réputation et à l'image de la bannière.

¹⁷⁰⁵ Certains pensent pourtant que la bonne foi peut aussi servir de fondement à une telle reconnaissance. Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, *supra*, note 49, p. 236 et s. Mentionnons que si le recours à la bonne foi afin de justifier la reconnaissance de la théorie de l'imprévision se retrouve sous la plume de nombreux auteurs contemporains aussi bien en France qu'au Québec. Une position qui n'est pas sans susciter des critiques. Voir Gaël PIETTE, *La correction du contrat*, *supra*, note 46, p. 241-245; Constantin STOYANOVITCH, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues*, Thèse Aix-Marseille, 1941, p. 425-428. D'autres fondements ont été proposés depuis plusieurs années. Il en va ainsi de la notion de cause qui, pour certains, serait appropriée à justifier l'imprévision. La théorie de la cause connaît d'ailleurs une nette résurgence chez une partie des tenants du solidarisme contractuel, dont certains en proposent une nouvelle approche conception. Cependant, la notion de cause n'a jamais eu au Québec l'importance qu'on lui attribut en France, ni la même l'histoire. Elle présente bien certains avantages, notamment la flexibilité, le rôle qu'elle peut trouver dans le déséquilibre contractuel ou la protection de la présence d'un intérêt contractuel. La notion de cause se présente sous deux angles: subjective et objective. Elle intervient aussi bien en ce qui concerne l'ordre public de protection ou de direction. Si la première a connu un certain déclin en France depuis plusieurs décennies, la seconde a souvent été utilisée par la Cour de cassation ces dernières années. On peut citer la célèbre affaire Chronopost dans laquelle la Cour de cassation a décidé que les clauses limitatives de responsabilité, trop déséquilibrées, n'étaient plus opérantes. Voir les arrêts : Cass. com. 22 octobre 1996 (pourvoi n° 93-18632); Cass. com. 9 juill 2002 (pourvoi n° 99-12554); Cass. ch. mixte 22 avril 2005 (pourvoi n° 03-14112). De même, pour les contrats privés d'intérêts dès la formation, l'économie voulue par les parties n'étant pas possible. En dehors des hypothèses de recherche de l'équilibre, la cause a permis, en France, de mettre fin

propice pour accueillir une telle transformation. La conciliation d'intérêts et l'adaptation du contrat qui en découle reposent directement sur le besoin de le rééquilibrer. Ce qui se traduit par la reconnaissance d'un devoir contractuel d'adaptation.

Le devoir contractuel d'adaptation du contrat. Compte tenu de l'instabilité de l'environnement économique et social du contrat, on ne saurait de nos jours continuer à adopter une approche statique du lien contractuel et du rapport d'obligations entre les parties. Il convient de tirer conséquence en matière contractuelle du constat selon lequel « l'instabilité fait partie intégrante

à un contrat formé dans le cadre d'un groupe de contrat au sein d'un réseau, lorsque celui-ci n'existe plus ou est remis, la cause du contrat devenant alors caduque avec le contrat. Cependant, suggérer comme Ghislain TABI TABI le fait dans sa thèse l'utilisation de la notion de cause en vue de prendre en compte les inégalités entre les parties semble aujourd'hui représenter une position marginale dans les récents développements du droit français tant en France, où elle a joué un rôle important, qu'en Europe. Si le législateur québécois n'a pas donné une plus grande fonction à la notion de cause, cela se comprend étant donné qu'elle n'a jamais joué un rôle important dans l'histoire des contrats au Québec. En outre, tous les projets régionaux sur le droit des contrats ne semblent pas donner à la cause un rôle fort lorsqu'elle n'est pas carrément mise de côté. On pense ici aussi bien aux principes européens du droit des contrats, initiative dirigée par le professeur Lando, la dernière proposition de codification du droit commun européen des contrats ou aux principes Unidroit. De surcroît, même en France, il y a une pluralité de positions. On peut tout de même rappeler deux principales. Celle de ceux qui préservent la cause tel le projet Catala qui donne à la notion une fonction assez dense, par opposition à celui de François Terré qui n'en fait aucune mention. Si ce dernier devait être adopté, il emporterait alors la disparition de cette notion au sein du droit français. Si toutes ces tentatives de réformes du droit des contrats ne sont qu'au stade de projet, il n'en reste pas moins qu'elles donnent plus ou moins l'impression que la cause est davantage une notion du passé moins celle de l'avenir. En tout cas, un tel rejet de la cause trouve son explication à deux niveaux liés eux-mêmes à sa fonction dans le droit des contrats. Premièrement, la notion n'offrirait rien de nouveau, ni de neuf, d'ailleurs, elle pourrait multiplier inutilement les motifs d'annulabilité du contrat. Il semble qu'au Québec, notamment, les hypothèses dans lesquelles le juge recourt à la cause en France, si elles devaient y être sanctionnées, elles le seraient sur le fondement de la bonne foi. Voir *Procureur général du Québec c. Kabakian Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), paragr. 59. L'engagement de l'acheteur, qui a donné un montant très élevé pour un fonds de commerce qui n'existait quasiment pas, était sans aucun doute, sans cause. Deuxièmement, lorsque le droit prend en compte la nécessité de l'existence d'une contrepartie suffisante, fut-ce en vue de préserver l'équilibre du contrat ou l'existence d'un intérêt réel, une bonne partie de la doctrine semble de nos jours lui préférer la lésion qualifiée. Cette dernière renvoie à la possibilité d'annuler un contrat lorsqu'il appert que le déséquilibre excessif est la conséquence de l'exploitation d'une situation d'inégalité ou de vulnérabilité d'une partie. Si la lésion qualifiée est moins flexible et plus lourde au niveau de la preuve, mais semble plus contemporaine et plus large que la cause. Une préférence que l'on retrouve tant dans le projet Lando, les propositions d'un droit commun européen des contrats, que dans les principes Unidroit ou encore du projet Terré en France. Par conséquent, la cause n'apparaît-elle pas dans ce contexte comme une notion inutile, voire anachronique? Seule l'issue des différentes codifications à venir permettra de répondre clairement à cette question. Voir les analyses de Philippe SIMLER, « La nouvelle controverse entre causalistes et anticausalistes, à propos des avant-projets de réforme du droit des contrats », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis BAUDOUIN*, supra, note 133, p. 643. Pour le résumé des projets de réformes en France, voir Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement*, supra, note 113, p. 21 et s. Signalons que cette lésion qualifiée n'est pas inconnue, même si le *Code civil du Québec* ne permet pas la lésion entre majeurs, la lésion qualifiée est très proche de celle des articles 8 et 9 de la Lpc. Voir les analyses d'Élise CHARPENTIER, « L'article 8 sur la Loi sur la protection du consommateur comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité*, supra, note 34, p. 511-525. Également, Louise ROLLAND, « Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : variations et mutations », dans *Les principes d'Unidroit et les contrats internationaux : aspects pratiques. Les Journées Maximilien-Caron 2001*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 181.

du monde économique »¹⁷⁰⁶. Dans ce contexte, le changement de circonstances n'est pas simplement de l'ordre de l'exception et extérieur aux parties, il constitue une éventualité avec laquelle les parties sont désormais appelées à composer. La reconnaissance de la théorie de l'imprévision et du devoir d'adaptation issu du principe de proportionnalité, permettrait d'en prendre acte. Le devoir d'adaptation intègre non pas tant la cause du changement des circonstances, que leur impact et leur importance sur la relation des parties. Il est la traduction de l'existence d'un déséquilibre objectif hors du contrôle et de la volonté des parties. Il est intimement lié à la recherche de la juste mesure qui nécessite que les contractants acceptent de réadapter le contrat compte tenu des circonstances nouvelles et de leur effet sur leurs prestations réciproques. C'est surtout par la protection de l'intérêt légitime de la partie défavorisée par la survenance d'un tel évènement et sa reconnaissance que l'admission d'un tel devoir puise sa principale justification au sein du courant solidariste. Denis Mazeaud estime à ce propos que « l'obligation de renégocier s'impose à un contractant lorsque l'intérêt légitime de son partenaire, son maintien sur le marché, est menacé par l'intangibilité du contrat devenu inadapté à la suite de la survenance de circonstances économiques nouvelles et imprévues lors de sa conclusion »¹⁷⁰⁷. Le rejet de la théorie de l'imprévision relève donc largement d'une rhétorique déconnectée de la réalité.

La rhétorique du rejet de la théorie de l'imprévision. La position de la jurisprudence au Québec reste celle du refus de reconnaître l'imprévision et d'une lecture rigide du contrat. Dans *Transport Rosemont Inc. c. Montréal (Ville)*¹⁷⁰⁸, le tribunal a rappelé que l'imprévision ne pouvait être considérée. En l'espèce, les demanderesse, différentes compagnies de déneigement, retenues par la Ville de Montréal après un appel d'offres, demandent une modification des montants octroyés par appel d'offres, suite aux augmentations du prix du carburant imprévisibles survenues en cours d'exécution du contrat. La Ville de Montréal répond qu'elles sont toutes soumises à la totalité du cahier des charges relié au contrat de déneigement pour lequel elles ont soumissionné et avaient toutes déclaré en avoir préalablement pris connaissance. Les prix y fixés étaient fermes et ne pouvaient faire l'objet d'aucun réajustement. Cette décision refuse de tenir compte du

¹⁷⁰⁶ Voir Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, et Marc BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 2001, n°3330, p. 385.

¹⁷⁰⁷ Voir « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 62.

¹⁷⁰⁸ Voir 2008 QCCS 5507 (CanLII).

changement des circonstances dans cette hypothèse en faisant référence aux seuls cas dans lesquelles la position du législateur peut être assimilée à une reconnaissance de l'imprévision¹⁷⁰⁹. Pour refuser d'admettre l'imprévision, les tribunaux réfèrent à l'article 1439 C.c.Q. qui dispose que « le contrat ne peut être résolu, résilié ou modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties ». Dans la mesure où la théorie de l'imprévision n'est pas prévue au Code civil, ils ne peuvent la sanctionner. Pourtant, c'est l'apparition de faits nouveaux qui crée des distorsions au sein de la relation contractuelle. Le législateur aurait aussi pu, dans le sillage de la rédaction de l'article 1439 C.c.Q., faire de l'imprévision une des causes légales de résiliation ou de modification du contrat¹⁷¹⁰. Tel ne fut pas le cas. Globalement, comme la majorité des décisions sur l'imprévision, les juges se contentent de rappeler de manière incessante et laconique la non-application de l'imprévision, sans ancrer leur motivation sur des arguments reliés au rapport contractuel et son environnement économique et social¹⁷¹¹. Non seulement ils en déduisent que le contrat doit alors s'appliquer tel quel, mais ils ne cherchent pas à l'insérer dans la réalité plus large. Cette pure rhétorique révèle quelques fois d'un manque de réalisme de la part des tribunaux, ce qui les empêche de tirer des conséquences logiques de la situation économique désastreuse d'une partie¹⁷¹².

¹⁷⁰⁹ Signalons que l'exemple est ici utilisé à titre illustratif et permet par ailleurs de constater quelques paradoxes dans la théorie de l'imprévision. En fait, on aurait pu se demander ce qui se serait-il passé si l'hiver s'était avéré trop peu froid et qu'il n'y avait eu suffisamment de neige à enlever. Les compagnies auraient-elles offert de rembourser une partie des montants reçus à la Ville? Il semble bien que non! Pourtant, dans une telle hypothèse, c'est bien la municipalité qui se serait retrouvée dans une situation désavantageuse. Signalons par ailleurs qu'il y a quelques très rares cas comme le contrat de donation avec charges (art. 1834 C.c.Q.), le legs à charges (art. 771 C.c.Q.) ou la fiducie (1294 C.c.Q.) qui donnent le pouvoir au juge de modifier le contrat. Lorsque, compte tenu de circonstances imprévisibles et insurmontables, la donation devient trop onéreuse pour le donataire, l'exécution de la charge trop coûteuse pour le légataire ou rendent impossible la poursuite du but de la fiducie. Il arrive aussi que l'exclusion de l'imprévision soit expresse à l'instar de l'article 2109 C.c.Q. qui prévoit que « lorsque le contrat est à forfait, le client doit payer le prix convenu et il ne peut prétendre à une diminution du prix en faisant valoir que l'ouvrage ou le service a exigé moins de travail ou a coûté moins cher qu'il n'avait été prévu. Pareillement, l'entrepreneur ou le prestataire de services ne peut prétendre à une augmentation du prix pour un motif contraire ».

¹⁷¹⁰ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice*, supra, note 49, p. 247.

¹⁷¹¹ Il faut même dire qu'il refuse expressément une telle réflexion. Voir *Transport Rosemont Inc. c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCS 5507 (CanLII), paragr. 18-49.

¹⁷¹² Voir *Transport Rosemont Inc. c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCS 5507 (CanLII). La position des tribunaux est encore plus ferme lorsqu'il n'existe pas dans le contrat, même d'adhésion, une clause contractuelle d'ajustement du prix. Les juges renvoient les parties à une solution contractuelle. Comment comprendre une pareille position, si ce n'est lorsque le contrat est négocié entre parties d'égalité? Elle ne saurait être déterminante lorsqu'il est l'œuvre d'un seul puisqu'il est rédigé par lui ou pour son compte et en vue de la meilleure protection de ses intérêts. Il ne faut pas pour autant s'y méprendre. Bien souvent, dans les appels d'offres, c'est la municipalité qui peut se retrouver en position de vulnérabilité!

Un attentisme judiciaire surprenant. La reconnaissance de la théorie de l'imprévision ne peut advenir si les juges demeurent dans une attente passive ou dans l'attente d'une éventuelle intervention du législateur. L'histoire récente de certaines initiatives prises par les juges dans la protection du contractant faible nous a montré que d'une part ceux-ci n'ont pas toujours attendu l'ordre du législateur pour assurer le besoin de sauvegarder les intérêts de celui-ci et, d'autre part, pour faire appel à des moyens nouveaux et inédits pour atteindre ce résultat. On pense ici à la théorie de l'abus en droit québécois des contrats ou de manière plus significative encore, à la reconnaissance de l'existence de l'obligation d'information en faveur de la partie vulnérable. Peut-on croire que ces derniers puissent aller jusqu'à adopter des solutions en rupture totale avec le volontarisme individualiste? La question mérite d'être posée, car pour certains, les juges restent « fortement influencés par les théories classiques et le spectre de l'instabilité »¹⁷¹³. En matière d'imprévision, « les tribunaux refusent cette responsabilité »¹⁷¹⁴. Surtout, les juges n'estiment pas qu'il soit de leur pouvoir d'impulser un tel revirement. Rien ne permettrait, semble-t-il, à ce jour, de ne pas croire que le changement puisse venir d'une intervention judiciaire¹⁷¹⁵. Par ailleurs, cette position rigide peut, à plusieurs égards, surprendre lorsqu'on sait que dans certains domaines, la jurisprudence a été le principal moteur des changements intervenus dans l'appréciation du lien contractuel, notamment en vue de compléter celui-ci¹⁷¹⁶. Pour pallier ce manque, le solidarisme contractuel offre de tirer du pouvoir de révision du juge, une obligation d'adaptation et du devoir de juste mesure, une nouvelle répartition entre les parties des pertes et profits en cours d'exécution du contrat. Cela dit, une telle obligation ne sera pas aisée à mettre en œuvre, mais comme l'obligation de minimiser les dommages, il ne peut s'agir que d'une exigence de moyen et non de résultat¹⁷¹⁷. Ce n'est pas dans le rappel de l'importance de

¹⁷¹³ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi, instrument de justice, supra*, note 49, p. 246.

¹⁷¹⁴ *Id.*

¹⁷¹⁵ La position constante et récente de la Cour d'appel étant de rappeler que la théorie de l'imprévision ne fait pas partie intégrante du droit québécois. Voir *Procureur général du Québec c. Kabakian Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), paragr. 80.

¹⁷¹⁶ On peut faire référence à l'obligation de renseignement et aux décisions novatrices telles que *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Itée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.); *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122. Lorsqu'il l'estime légitime, le juge n'hésite pas à ajouter au contrat ou aux obligations des parties. De nombreuses règles énoncées par le juge ces dernières années montrent à quel point ce dernier fait grand cas de la situation financière des contractants vulnérables afin quelques fois de leur éviter la débâcle et la ruine financière. Il paraît donc un peu étonnant qu'une telle issue n'émeut pas davantage le juge en matière d'imprévision.

¹⁷¹⁷ Voir Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel, supra*, note 1377, p. 566 et s.

renégocier le contrat que le solidarisme innove¹⁷¹⁸. Son apport se situe dans le principe objectif de la proportionnalité à titre de fondement opportun d'une telle reconnaissance et dans une vision du contrat nouvelle dans laquelle une telle proposition s'insère¹⁷¹⁹.

Le solidarisme contractuel, fondement de l'admission de la théorie de l'imprévision. Les partisans de la doctrine solidariste prétendent que cette théorie permet de mieux intégrer le besoin d'adaptation du contrat. Malgré cela, le fondement proposé peut être contesté et les conséquences qu'on en tire peuvent également l'être sur des critères strictement économiques. En vue de conserver l'utilité économique du contrat, il peut être souhaitable de l'adapter. Ainsi, « l'adaptation du contrat se justifie parfois par des considérations indifférentes à la l'idée de justice. Elle se fonde aussi sur l'exigence d'efficacité [...] Dès lors que le contrat est économiquement inefficace, il ne remplit pas sa fonction et, en conséquence, peut être anéanti »¹⁷²⁰. Faire appel à la communauté d'intérêts ou à l'efficacité économique du contrat peut entraîner des effets qui se recourent. À cet égard, la proportionnalité issue du solidarisme multiplie les motifs favorisant la protection de la partie vulnérable par l'intégration de l'imprévision. Tel peut d'ailleurs être le cas de la clause abusive ou de la théorie de l'imprévision.

Clause abusive et théorie de l'imprévision. Pour certains auteurs, un élargissement de l'interprétation de la clause abusive pourrait entraîner l'admission de l'imprévision sous la base de l'article 1437 C.c.Q. Une clause pourrait très bien devenir abusive si les circonstances changent en cours d'exécution du contrat¹⁷²¹. Il n'y aurait pas de raison de réduire l'application de la clause abusive au contenu initial du contrat. Habituellement, la clause abusive est insérée dans le contrat

¹⁷¹⁸ Au Québec nombreux sont ceux qui sont en faveur de sa reconnaissance sans qu'on puisse y faire de lien avec le courant solidariste : Stefan MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34 C. de D. 599; Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *McGill L. J.* 761. Voir en France, Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », (1974) *Journal de droit international*, 794–814; Jean CEDRAS, « L'obligation de négocier », (1985) *RTDcom.* 265; Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982.

¹⁷¹⁹ Bien que notre présentation de l'apport du solidarisme contractuel est faite en deux temps, principalement pour les besoins de clarté, il ne faudrait pas considérer cette segmentation de manière trop rigide. En fait, il y a forcément du renouvellement dans le renforcement des principes normatifs ne serait-ce que par la lecture nouvelle qu'elle apporte sur des mécanismes de protection qui, par ailleurs, existent. La nouveauté se situe notamment dans le cadre de l'imprévision à la fois sur la vision du contrat et sur le fondement de l'obligation de renégocier, bien que cette dernière exigence n'ait rien de spécifique à cette doctrine.

¹⁷²⁰ Voir Olivier PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Paris, LGDJ, 2012, p. 318.

¹⁷²¹ Telle est, par exemple, la position de Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, *supra*, note 34, n°142, p. 234.

au moment de la formation et c'est à cette période que le caractère abusif de la clause doit être apprécié. Rien n'empêche de l'étendre à la phase d'exécution du contrat. Cependant, les termes mêmes de l'article 1437 C.c.Q. n'autorisent pas de croire qu'une clause puisse devenir abusive en cours de contrat. L'autre difficulté provient de ce que la clause abusive est d'abord considérée comme une manifestation de l'unilatéralisme et de la dépendance d'un contractant par rapport au cocontractant. Du coup, lorsque le contenu devient déséquilibré par des circonstances extérieures à la volonté des deux parties, on est alors porté à mettre en doute le caractère « abusif » qui n'y est plus tout à fait approprié. La perspective solidariste vient rappeler que le contractant en position de supériorité doit tenir compte de l'impact économique de la nouvelle situation sur son cocontractant au moment de mettre en œuvre la clause. Il se voit imposer une obligation d'adaptation ou de renégociation du contrat. Dans une telle hypothèse, on ne saurait à la fois se prévaloir d'une clause devenue manifestement désavantageuse et respecter l'exigence de réadaptation du contrat. Il appartient alors au juge de veiller au respect de cette obligation de renégociation lorsqu'elle existe.

Le recours à l'obligation de renégociation. La survenance d'un fait imprévisible justifie surtout la reconnaissance d'une obligation d'adaptation ou de renégociation du contrat. L'anéantissement du contrat peut par la suite résulter de l'échec des renégociations. C'est le sauvetage du contrat et des intérêts légitimes attendus par les parties qui doivent cependant primer. Pour effectuer un tel virage, une bonne partie de la doctrine voit dans la bonne foi, et spécialement dans sa fonction adaptative, le moyen privilégié qui devrait aider le juge à admettre ou du moins favoriser l'imprévision en droit québécois¹⁷²². Un auteur souligne à cet égard que :

Le contrat frappé d'un changement de circonstances en présente un cas d'application : en vertu de leur devoir de coopération, les parties ont l'obligation de renégocier de bonne foi la convention, pour la rééquilibrer, voire la résilier de consentement mutuel s'il est impossible de faire autrement. [...] Le droit s'assure que, dans l'intérêt de l'institution contractuelle, les parties réaménagent leur entente afin qu'elle continue de leur être bénéfique tout en évitant une injustice grave. L'utilité économique rejoint la morale¹⁷²³.

Une remarque qui commence peut-être à produire quelques effets puisque la jurisprudence québécoise récente montre quelques signes qui autorisent éventuellement à y voir une forme

¹⁷²² Pierre-Gabriel JOBIN, « L'imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd'hui », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, supra, note 133, p. 383.

¹⁷²³ *Id.*

d'ouverture. Même si le chemin emprunté n'est pas toujours très clair, il arrive que les juges ne soient pas complètement indifférents à l'idée d'un accueil de la théorie de l'imprévision. En effet, dans l'affaire *Nadeau c. Lepage Beaulieu*¹⁷²⁴, les faits étaient tels que le tribunal n'est pas resté insensible à la situation créée par le changement imprévisible des circonstances. Les faits sont les suivants : Ghislaine Lepage-Beaulieu et Gilles Beaulieu ont signé, en février 2009, une promesse d'achat d'un immeuble en faveur de Pauline Nadeau et Michel Bernier. En juillet 2009, un article publié dans un journal révèle qu'une dizaine de maisons dans le secteur concerné s'enfoncent graduellement, ce qui aurait alors un impact certain sur la valeur marchande de l'immeuble. L'information était jusque là inconnue, tant des futurs acheteurs que des vendeurs, sauf que les promettants, sans chercher à revoir les termes de la convention en fonction de la nouvelle situation, ont tout simplement refusé de conclure le contrat. Certes, le tribunal évoque plusieurs fondements juridiques pour imposer une obligation de renégociation en présence d'une telle situation imprévisible et insurmontable et condamner l'attitude des promettants. Le juge fait appel à la force majeure, qu'il assimile à l'imprévision et invoque la théorie du transfert des risques. Le tribunal constate surtout qu'« à partir du moment où un risque à ce sujet est apparu, il revenait aux défendeurs de rouvrir la négociation plutôt que de se camper dans une position contractuelle de refus [...] ». Il ajoute que « donc, les défendeurs devaient négocier à nouveau avec les demandeurs au nom de la bonne foi ». S'inspirant de l'analyse de Pierre-Gabriel Jobin sur la théorie de l'imprévision¹⁷²⁵, le tribunal estime qu'« outre l'application stricte de la théorie du transfert des risques affectant l'objet de la vente, il faut considérer dans le cas présent les effets d'une situation imprévisible qui survient postérieurement à la signature d'un contrat. Le tribunal décide que les parties doivent alors négocier à nouveau leur engagement. Ce qu'exige leur devoir mutuel de bonne foi ». (Nos soulignements) Et le juge de conclure qu'« en refusant de négocier à nouveau, notamment le prix de vente, et en rompant le contrat par lequel ils promettaient d'acheter l'immeuble des demandeurs, les défendeurs ont commis une faute et causé préjudice à leurs vendeurs »¹⁷²⁶. (Nos soulignements) On ne peut qu'apprécier positivement cette ouverture

¹⁷²⁴ Voir 2013 QCCQ 13483 (CanLII). Il est vrai que la décision est rendue par la Cour du Québec, non par la Cour supérieure ou la Cour d'appel, il n'empêche que, s'il ne faut pas lui donner la portée qu'elle n'a pas, étant donné la hiérarchie des juridictions, elle mérite tout de même d'être mentionnée.

¹⁷²⁵ Voir « L'imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd'hui », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, *supra*, note 133, p. 385, 386.

¹⁷²⁶ Il faut noter ici que les vendeurs demandent aux futurs acheteurs de renégocier le contrat. Ils auraient pu eux aussi exiger de ces derniers le respect strict de l'offre compte tenu du rejet par le droit québécois de l'imprévision, ce qui n'aurait pas moins été condamnable. Aussi, l'ouverture à l'obligation de renégociation implique donc une certaine réciprocité.

vers la reconnaissance d'un devoir de renégociation face à des circonstances imprévisibles¹⁷²⁷. Toutefois, il faudrait réfuter son fondement moral, et ce, parce que le raisonnement ne sera plus possible dès lors que le même évènement désastreux et fortuit surviendra dans des circonstances qui ne laissent entrevoir aucune faute!

L'adaptation objective du contrat. Dans de nombreuses décisions, il aurait fallu que les tribunaux se mettent sur le plan de la recherche objective de l'équilibre contractuel pour en arriver à protéger la partie devenue vulnérable par le changement de circonstances. Or, lorsqu'aucune violation de la bonne foi ne peut être caractérisée, celle-ci se voit refuser toute protection par le juge. Une position qui débouche sur une injustice, puisqu'il en résulte une protection à deux vitesses. Dans l'affaire *Construction DJL inc. c. Montréal (Ville de)*¹⁷²⁸, le tribunal a refusé de procéder à la modification du prix alors même qu'une augmentation sévère du prix du bitume empêchait le soumissionnaire de respecter les termes de son contrat. Dans *Entreprise sanitaire F.A. Itée c. Dorval (Cité de)*¹⁷²⁹, la Cour supérieure ne procède pas à l'ajustement du prix alors que les coûts d'élimination des déchets se sont avérés, pour certaines années, bien plus élevés que ceux fixés au contrat. Citons également *Transport Rosemont inc. et al. c. Montréal (Ville de)*¹⁷³⁰, affaire dans laquelle les soumissionnaires prétendaient que la hausse drastique du prix du carburant modifiait les estimations qu'ils avaient faites et que le prix devrait être ajusté en y tenant compte. La prétention est rejetée. La même conclusion a été tirée dans l'affaire *GPL Excavation inc. c. Trois-Rivières (Ville de)* dans laquelle l'une des parties prétendait que la quantité de neige à enlever était finalement trop élevée et que le prix ne reflétait plus la réalité¹⁷³¹. Mis à part le fait que ces décisions concernent toutes des appels d'offres, elles font clairement ressortir une position de principe : le refus systématique du juge de toucher au prix du contrat devant une situation d'imprévision sans lien avec la violation de la bonne foi par l'un des contractants. De fait, c'est en toute bonne foi que la Ville refuse de modifier le prix et les jugements relèvent chaque fois le caractère irréprochable de la conduite de celle-ci. En dehors de toute attitude condamnable,

¹⁷²⁷ L'ouverture à l'imprévision peut aussi être notée dans une autre affaire relevant du contrat de travail. Voir *Frongillo c. Traverse de L'Isle-aux-Grues/Municipalité de St-Antoine de L'Isle-aux-Grues*, 2012 QCCQ 3073 (CanLII), paragr. 64-66. Sauf qu'ici, le juge ne procède pas à des développements plus importants que la seule mention de l'éventualité de renégocier le contrat dans des circonstances nouvelles.

¹⁷²⁸ Voir 2013 QCCS 2681 (CanLII).

¹⁷²⁹ Voir J.E. 2001-2167 (C.S.).

¹⁷³⁰ Voir 2008 QCCS 5507 (CanLII).

¹⁷³¹ Voir 2010 QCCS 1839 (CanLII).

point de salut pour la partie vulnérable! Il faudrait, pour qu'une telle modification soit possible, quitter définitivement les terres de la bonne foi, pour s'aventurer vers celles moins subjectives de la coopération et de la proportionnalité prônées par le solidarisme contractuel. Il faudrait accepter de porter sur le rapport économique entre les parties un regard objectif. Seule la protection réelle et complète de la partie vulnérable justifie un tel virage. Il n'y a peut-être pas lieu de perdre espoir du côté des juges, car la faveur des tribunaux pour le maintien du contrat laisse penser qu'ils ne sont pas si indifférents à une analyse objective de l'équilibre contractuel.

L'importance du maintien du contrat. Quelques décisions montrent que, lorsque c'est possible, les tribunaux sont réellement préoccupés par la survivance du contrat. Ce qui se traduit par les jugements qui condamnent l'attitude du contractant qui ne s'ouvre pas à une alternative pouvant assurer le maintien du contrat, compte tenu des intérêts de son cocontractant, et ce, même en dehors des cas de survenance d'événements extérieurs et imprévisibles. Il arrive que le manque de coopération et de proportionnalité soit bien présent, du moins peuvent-ils servir en filigrane à une meilleure compréhension du raisonnement du juge. Ainsi, dans *Birdair inc. c. Danny's Construction Company inc.*¹⁷³², la Cour d'appel du Québec a reproché à un contractant de n'avoir pas envisagé les alternatives qui auraient pu sauver le contrat et en éviter la résiliation. Il est vrai que les circonstances de cette affaire sont particulières. Cependant, elles autorisent une réflexion. Rappelons brièvement les faits de l'espèce : Birdair inc. a répondu à un appel d'offres en vue de la construction du toit du Stade olympique de Montréal. Pour exécuter les travaux qui lui incombent, elle a fait appel aux services de la société DCCI, un sous-traitant avec lequel Birdair avait déjà traité par le passé. Après avoir exécuté environ 67,5 % des travaux, et pour de multiples raisons, notamment des retards et des difficultés financières connues par DCCI, Birdair a décidé de résilier le contrat et de confier la fin des travaux à une autre entreprise de construction. La Cour supérieure, suivie de la Cour d'appel, a condamné le comportement de Birdair pour « son refus de tenter de trouver une solution autre que la résiliation du contrat au problème financier éprouvé par son sous-contractant », et ce, même en présence d'une clause de résiliation unilatérale. En plus du devoir de coopération directement visé ici, il s'agit pour le contractant d'adapter et d'ajuster sa décision à la nouvelle situation financière que connaît son cocontractant et qui n'était pas forcément prévue par les deux parties. Bien que le tribunal en arrive à conclure

¹⁷³² J.E. 2013-658 (C.A.).

que l'attitude est abusive, la décision de Bidair de mettre un terme à la convention est conforme en tout point aux dispositions contractuelles. Elle a agi conformément à ce que prévoyait le contrat et n'a pas non plus violé une disposition légale. Par conséquent, ce n'est pas sur le terrain de la bonne foi ni sur celui de la faute ou même de l'abus de droit qu'elle est condamnable, mais celui plus objectif du rééquilibrage du contrat lorsque cela est possible ou lorsque la coopération est requise. En outre, l'équilibre contractuel recherché nécessite alors de mettre quelque peu en veille ses prérogatives contractuelles pour intégrer les intérêts légitimes de son cocontractant. Au surplus, si faute il y a, cela ne peut alors être considéré que comme une faute objective. Il y a par conséquent une différence de taille entre l'approche solidariste de la faute et celle de l'individualisme contractuel. En effet, dans la perspective solidariste, la correction du contrat se justifie non pas d'abord par la nécessité de réparer les dommages nés d'une conduite fautive, mais surtout par le souci de redistribuer entre les parties, lorsque faire se peut, les effets du risque lié au contrat. Ce qui est en tout point similaire à une situation de réadaptation du contrat ou lors d'un changement drastique et imprévu des circonstances. Certes, la position des juges peut parfois laisser entrevoir une possible incursion, par le biais de l'imprévision dans le droit, mais ce n'est encore que de manière très indirecte, de sorte que la théorie de l'imprévision ne peut être véritablement envisagée que dans le cadre du droit prospectif.

Une théorie de l'imprévision envisagée de *lege feranda*. L'évolution souhaitée par le courant solidariste est louable. Néanmoins, la prise en compte de l'imprévision ne peut être envisagée que de *lege feranda*, dans une perspective objective. Dans la jurisprudence susmentionnée, c'est la gestion des conséquences du déséquilibre créé par la survenance d'un événement extérieur inconnu et imprévisible qui importe. Précisons qu'au sein du courant solidariste, il n'y a pas d'unanimité sur ce point. On y retrouve ceux qui estiment que la bonne foi devrait jouer un rôle important, spécialement comme principe permettant de justifier la reconnaissance d'un devoir de renégociation ou d'adaptation en cas d'imprévision. Ainsi, Denis Mazeaud soutient en ce sens qu'« au nom de la bonne foi, vecteur du solidarisme contractuel, l'intérêt du contractant dépendant doit être pris en compte et le contrat doit donc être renégocié »¹⁷³³. Il est vrai que c'est en fin de compte la reconnaissance de l'imprévision qui importe, mais elle doit être complète et, pour ce faire être délestée des carcans de la bonne foi. Le rééquilibrage objectif du contrat, et par

¹⁷³³ Voir « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 62.

là même la protection du contractant qui subit les effets délétères de l'imprévision, doit pouvoir être assuré. Il s'agit d'abord pour les juges de tenter de favoriser le rétablissement d'un nouvel équilibre contractuel en fonction de circonstances nouvelles. Et pour ce faire, il convient de recourir à l'idée plus objective de proportionnalité. Or, les juges sont invités à reconnaître, à l'encontre des contractants, l'existence d'une obligation d'adaptation qui, dans une optique solidariste, reposerait sur la conciliation des intérêts entre les parties et le lien de solidarité qui les unit¹⁷³⁴. Ces derniers sont également les bases du principe de cohérence.

Para III Le principe de cohérence

A Le sens du principe de cohérence et ses éléments de définition

Définition. En plus de la proportionnalité, le contrat doit être le lieu d'une harmonie d'ensemble, autant en ce qui concerne les parties que le contenu contractuel. Ce qui justifie l'appel au principe de cohérence qui interdit toute contradiction ou discordance au sein du contrat. La cohérence contractuelle a d'abord été envisagée d'un point de vue subjectif, puisqu'elle signifie que les parties ne sauraient adopter des comportements incohérents et contradictoires. Elle impose à ce titre une ligne de conduite aux contractants¹⁷³⁵. Cependant, les auteurs solidaristes y voient également, dans une approche plus large, un moyen d'assurer le rééquilibrage du contenu matériel du contrat. Dans un sens plus objectif, le principe de cohérence tend à « la mise en concordance des différentes prestations contractuelles [...] il s'agit de s'assurer de l'agencement des différentes clauses, aucune d'entre elles ne contredit une autre dans le sens de porter atteinte aux attentes légitimes de l'une des parties au lien d'obligations »¹⁷³⁶. Le principe de cohérence renvoie donc autant à l'interdiction de contradiction qu'à l'exigence positive d'harmonie favorisant la conciliation des intérêts¹⁷³⁷. La cohérence, comme le principe de la proportionnalité, vise à assurer une répartition entre les charges et les profits contractuels qui tiennent compte des intérêts des deux parties. Le contrat ne doit pas seulement être caractérisé par la juste proportion

¹⁷³⁴ Si le tribunal opère un lien avec la coopération, c'est encore comme étant une conséquence de la bonne foi. Nous y reviendrons. Voir *infra* section III du présent chapitre.

¹⁷³⁵ Voir Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, *supra*, note 880; Voir Dimitri HOUTCIEF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. 1, PUAM, 2001, p. 66-67.

¹⁷³⁶ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 193.

¹⁷³⁷ Voir Anne-Sylvie COURDIER CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 219.

entre les clauses contractuelles ou les prestations des parties, il ne doit pas être le lieu de la contradiction¹⁷³⁸. Ce qui en fait toute la spécificité.

La spécificité de la cohérence en matière de rééquilibrage du contrat. La cohérence intervient aussi bien en ce qui concerne la fonction de rééquilibrage du contrat que les règles relatives à son interprétation. Pour autant, l'objectif n'est pas le même. Les articles 1425 et s. C.c.Q. tendent à assurer la cohérence d'ensemble du contrat, spécialement en essayant de dissiper les doutes et de donner un sens aux dispositions contractuelles. Les dispositions telles que l'article 1432 C.c.Q. qui prévoit l'interprétation du contrat en faveur de l'adhérent ou du consommateur possèdent manifestement une fonction protectrice. Toutefois, cette interprétation recherche principalement une meilleure prévision et la clarté du contenu contractuel, là où la cohérence vise directement la correction des éventuelles distorsions. D'ailleurs, le devoir de cohérence qui en résulte permet d'apprécier la teneur matérielle du contrat, notamment la clause de limitation de responsabilité.

Les clauses de limitation de responsabilité et le devoir de cohérence. Le principe de cohérence concerne en principe toutes les clauses du contrat. Néanmoins, les clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité sont souvent citées en exemple. N'est pas cohérente avec l'ensemble contractuel, la clause de limitation ou d'exclusion de responsabilité qui a pour effet de vider les obligations du contractant bénéficiaire ou de réduire de trop sa prestation. À cet égard, la cohérence contractuelle implique l'existence d'une contrepartie réelle et consistante. L'existence d'une clause limitative de responsabilité n'est pas en soi remise en cause. Seulement, le devoir de cohérence va entrer en jeu au moment d'en apprécier les effets à la lumière de l'harmonie de l'ensemble contractuel. L'article 1475 C.c.Q. offre un exemple de la logique de cohérence sous-jacente au sein du contrat. Sans prétendre que le principe de cohérence a guidé directement la rédaction de l'article 1475 C.c.Q., il est possible d'y recourir pour en avoir une bonne compréhension. Cette disposition prévoit qu'« un avis, qu'il soit ou non affiché, stipulant l'exclusion ou la limitation de l'obligation de réparer le préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle n'a d'effet, à l'égard du créancier, que si la partie qui invoque l'avis prouve

¹⁷³⁸ *Ibid.*, p. 220. L'auteure admet que la distinction n'est pas toujours simple, puisqu'on peut logiquement croire que d'une contradiction résultera une disproportion. Mais, soutient-elle, ce n'est pas tant la disproportion qui importe que le défaut d'agencement qui l'engendre.

que l'autre partie en avait connaissance au moment de la formation du contrat ». Il est tout à fait cohérent de penser que celui qui se prévaut d'une telle clause doit prendre tous les moyens nécessaires afin d'en informer son cocontractant¹⁷³⁹. En outre, la cohérence peut aussi exiger du contractant qui prétend exclure ou limiter sa responsabilité de le faire dans des termes lisibles et compréhensibles conformément à l'article 1436 C.c.Q. et d'éviter de violer l'article 1437 C.c.Q. sur la clause abusive¹⁷⁴⁰. D'une manière générale, le principe de cohérence contractuelle doit surtout être envisagé lorsque « l'obligation essentielle », c'est-à-dire celle qui porte sur la substance même du contrat est remise en cause et vidée de son sens. Or, la notion d'obligation essentielle existe dans le *Code civil du Québec*, notamment dans la définition de l'article 1437 sur la clause abusive. Quant à la jurisprudence, la notion d'obligation essentielle n'est pas sans lien avec une certaine cohérence. Dans une décision récente, le tribunal rappelle que l'un des contractants ne saurait interpréter le contenu de ses obligations de manière tellement restrictive que cela le libère de ses obligations essentielles¹⁷⁴¹. Par conséquent, on peut suggérer que le contrat cohérent est celui dans lequel les obligations essentielles des parties sont réelles et dont la substance est sauvegardée. La cohérence débouche sur un devoir dont il convient de saisir les modalités.

B Le contenu et les conditions du devoir de cohérence

L'opportunité du devoir de cohérence. L'harmonie contractuelle impose aux parties un devoir de cohérence¹⁷⁴². Non seulement les contractants doivent agir en fonction d'un contenu contractuel

¹⁷³⁹ Une société de publicité ne peut opposer une clause de non-responsabilité qu'elle n'a pas pris soin de dénoncer à un client et lui permettre d'acquiescer à celle-ci. Voir *Télébec Itée c. Alain*, 1994 QCCA 6317 (CanLII), p. 4 du texte intégral.

¹⁷⁴⁰ Voir *Diamond c. Bell Mobilité inc. (Bell Mobilité Cellulaire inc.)*, 2006 QCCS 2063 (CanLII), paragr. 78-79.

¹⁷⁴¹ Le tribunal rappelle ici le bon sens et la raison. Voir *Monit Management Ltd. c. Samen Investments Inc.*, 2012 QCCA 1821 (CanLII). Si les clauses limitatives de responsabilité font l'objet de contrôle judiciaire, c'est aussi et principalement en vue de s'assurer que leur insertion dans le contrat n'implique pas la libération du contractant qui profite de son obligation essentielle. Voir *3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal*, [2008] R.J.Q. 872 (C.A.). Mais le raisonnement a une portée plus large et ne se limite nullement à ce type de clause. En matière de contrat de travail, *Québec (Procureur général) c. Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.Q. 944 (C.A.). Pour un contrat de gestion, *Monit Management Ltd. c. Samen Investments Inc.*, 2012 QCCA 1821 (CanLII).

¹⁷⁴² Il est vrai que pour certains auteurs, le lien ne doit pas être direct dans la mesure où le devoir de cohérence relève du comportement, il résulte d'une approche restrictive du principe du même nom. Or ce principe doit d'abord être envisagé dans une dimension plus large. Voir Anne-Sylvie-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 319. De notre point de vue, cela ne change pas grand-chose au fait que le devoir découle bien du principe, même s'il ne doit pas y être réduit.

rendu cohérent, mais ils ne sauraient surprendre l'autre partie en adoptant une attitude différente de leurs comportements antérieurs. Les parties attendent mutuellement l'une de l'autre une attitude constante et continue, ce d'autant que celle-ci fait naître des attentes légitimes réciproques. La cohérence invite à éviter d'agir de manière contradictoire. Bien que les remèdes proposés en général par le solidarisme contractuel se veulent objectifs, le devoir de cohérence du contractant possède définitivement une dimension subjective. Ce n'est pas tant l'équilibre contractuel qu'il s'agit d'assurer directement qu'une conduite qui soit en adéquation avec la teneur du contrat et la relation établie entre les parties. Le devoir de cohérence relève en partie de l'interdiction de se contredire¹⁷⁴³ et peut même être rapproché de l'interdiction de nuire à autrui¹⁷⁴⁴. Ce rapprochement avec la bonne foi n'est pourtant pas partagé par tous les auteurs qui ne considèrent pas forcément ce devoir comme une variante de la moralité contractuelle¹⁷⁴⁵. Il faudrait plutôt y voir la violation des liens de solidarité et de confiance qui doivent unir les contractants¹⁷⁴⁶. Le devoir de cohérence viserait alors la sanction du comportement du contractant sans pour autant prétendre tirer sa source d'un ordre moral. D'ailleurs, dans la majorité des exemples souvent cités, l'utilisation que font les tribunaux de la bonne foi ne semble pas inappropriée¹⁷⁴⁷. Le devoir de cohérence serait plus neutre sur le plan moral et interviendrait en amont afin d'assurer la protection de la confiance légitime des parties. Ce devoir peut d'ailleurs justifier que le contractant bénéficie d'un délai raisonnable.

L'octroi d'un délai raisonnable. L'obligation faite à la banque de donner un délai raisonnable à ses clients afin qu'ils respectent leur engagement a été analysée sous l'angle du principe de proportionnalité. Il nous apparaît bien plus comme une violation du devoir de cohérence. En effet,

¹⁷⁴³ Voir le Colloque intitulé *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la direction de M. Behar-Touchais, coll. Études juridiques, t. 12, Paris, Economica, 2001. Dans le même sens, Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, *supra*, note 880, p. 341 et s.

¹⁷⁴⁴ Voir Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, *supra*, note 880, p. 298 et s. D'ailleurs, le devoir de cohérence est également considéré comme l'un des principaux moyens permettant d'assurer le respect des engagements pris dans une perspective individualiste et volontariste : le respect de la parole donnée (spéc. p. 322). Le lien entre le maintien du contrat, la force obligatoire de celui-ci et le devoir de cohérence est donc réel.

¹⁷⁴⁵ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 196 et s.

¹⁷⁴⁶ Voir Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 414. Dans *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947 (CanLII), paragr. 92. Dans cette décision, Hydro-Québec a négligé les intérêts de son cocontractant de longue date, argument pris de ce que les actes posés par ce dernier ne figuraient *in extenso* dans le contrat. Le comportement est sanctionné car le juge estime que ces actes ont été posés à la suite de l'expectative qu'Hydro-Québec a créé dans l'esprit de son partenaire et suscité des attentes légitimes qu'il doit alors honorer au risque de se contredire.

¹⁷⁴⁷ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, *supra*, note 54, p. 200.

l'incohérence oscille entre une trop grande négligence et une attitude trop hâtive¹⁷⁴⁸. Le recours à la violation d'un principe de cohérence dans le comportement du contractant aurait fourni une base plus objective à la sanction de la banque dans l'affaire *Banque Nationale c. Soucisse*¹⁷⁴⁹. Le devoir de cohérence n'intervient pas seulement dans le lien avec l'autre, il exige aussi que le contractant fasse preuve de constance envers lui-même. En conséquence, il ne doit pas y avoir de contradiction dans son comportement étalé dans le temps. Il en est de même lorsque la formation et la réalisation du contrat s'opèrent par phases¹⁷⁵⁰. Le devoir de cohérence ne porte pas spécialement sur la qualité du contractant et incombe tant à une partie expérimentée qu'à un profane puisque c'est la confiance légitime ou la nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'autre qui est mise de l'avant. Sans prétendre rendre compte du devoir de cohérence de manière exhaustive dans le droit des contrats, il faut signaler que le devoir de cohérence peut aussi bien intervenir lors de la formation du contrat, de son exécution que lors de sa rupture¹⁷⁵¹. Il est encore plus légitime lorsque les parties entretiennent une relation contractuelle privilégiée.

L'existence d'une relation privilégiée. Il arrive que les juges, afin de déterminer l'obligation des parties, fassent appel au manque de cohérence, singulièrement lorsqu'une relation privilégiée existait entre elles, créant des attentes raisonnables de part et d'autre. Le devoir de cohérence interdit à une partie de faire volte-face de manière précipitée et surprenante. Dans l'affaire *Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc.*, dont nous avons déjà succinctement résumé les faits, la Cour d'appel a relevé l'importance de prendre en compte la nature privilégiée de la relation existante entre les parties. Elle précise, en rappelant la position du juge de première instance, que par son attitude DCCI « n'a pas non plus satisfait à son obligation de collaboration et de coopération, qui découlait de la relation entre les parties. Elle a pris le risque de choisir une autre voie, par opportunisme ou manque de cohérence, en résiliant unilatéralement »¹⁷⁵² le contrat.

¹⁷⁴⁸ Voir l'affaire *Banque nationale de Paris (Canada) c. 165836 Inc.*, [2004] 2 R.C.S. 45. Est incohérente aussi la banque qui, après avoir accordé un délai raisonnable à son client, révoque sans raison valable de manière brusque et subite celui-ci et exige le paiement de sa dette. L'exercice d'un pouvoir unilatéral doit aussi être soumis à l'envoi d'un préavis. Voir *9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, J.E. 2012-1050 (C.A.), paragr. 34-53.

¹⁷⁴⁹ [1981] 2 R.C.S. 339. Il eut été cohérent de la part de la banque qui avait pris soin d'informer les héritiers de l'existence de certaines lettres d'engagements pris par leur auteur, la caution, de faire de même en ce qui concernait les deux autres lettres de cautionnement, d'ailleurs plus pertinentes au moment où les héritiers s'engagent pour de nouvelles avances de fonds (p. 358).

¹⁷⁵⁰ Voir *Île Perrot Nissan c. Holcomb*, 2003 QCCA 39504 (CanLII), paragr. 15-18.

¹⁷⁵¹ Pour une analyse détaillée en droit français, voir Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 446 et s. et p. 592 et s. Dimitri HOUTCIEF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *supra*, note 1735.

¹⁷⁵² Voir J.E. 2013-658 (C.A.), paragr. 102.

L'intensité du devoir de cohérence variera avec la nature des relations entre les parties. Pour les partisans du solidarisme contractuel, tant le devoir de cohérence que celui de juste mesure issus des deux nouveaux principes normatifs de proportionnalité et de cohérence ne peuvent véritablement se faire sans un climat de collaboration et coopération favorable à la conciliation des intérêts. Ce principe de coopération est donc au cœur de la doctrine solidariste.

Para IV Le principe de coopération

A La signification de la coopération

L'importance de la coopération. Depuis quelques décennies, la coopération, qui doit être rapprochée de la collaboration, a connu un réel intérêt doctrinal et jurisprudentiel. Bien qu'il s'agisse de notions récentes, le rôle qui leur est attribué n'échappe pas à la vision que l'on adopte du contrat. Diverses études lui ont été consacrées, de sorte que le devoir de coopération est désormais considéré comme étant un nouveau principe directeur du droit des contrats ayant essentiellement pour but de sortir celui-ci « d'un excès de libéralisme contractuel »¹⁷⁵³. Il serait dès lors intéressant de se demander dans quelle mesure le lien de solidarité et la conciliation des intérêts, chers aux partisans du solidarisme contractuel, permettent de poser sur la protection de la partie vulnérable un regard neuf à partir d'un concept de coopération qui n'est pas toujours aisé à définir.

La coopération dans le langage courant. Dans le langage courant, la coopération peut être définie comme étant la participation à une œuvre commune¹⁷⁵⁴. La collaboration renvoie à la même idée¹⁷⁵⁵. Sont sous-jacents aux deux termes, l'aide, l'appui, le concours ou la contribution et la participation des protagonistes¹⁷⁵⁶. La coopération et la collaboration semblent synonymiques. Toutefois, la première ne se restreint pas à l'action de participer ou de s'associer pour un but commun; il constitue un mode de répartition et de distribution des charges et des profits en fonction des positions et des intérêts de chacune des personnes concernées¹⁷⁵⁷. Cette dimension

¹⁷⁵³ Voir François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *supra*, note 921, 259.

¹⁷⁵⁴ Voir les termes « collaboration » et « coopération » dans *Le nouveau petit Robert de la langue française*, 2014.

¹⁷⁵⁵ *Id.*

¹⁷⁵⁶ Voir *Buesco Construction inc. c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, 2013 QCCS 3832 (CanLII), paragr. 239-254.

¹⁷⁵⁷ Voir François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *supra*, note 921, 274.

de la coopération n'est pas inutile dans la mesure où, en matière contractuelle, elle peut jouer un rôle dans la détermination de la nature et l'intensité de la coopération attendue de chacune des parties. La coopération et la collaboration ne peuvent être confondues que jusqu'à un certain point¹⁷⁵⁸. D'un point de vue solidariste, ces dernières possèdent une signification qui leur sont propre.

Le sens solidariste de la coopération. L'approche solidariste de la coopération s'oppose à la défense égoïste de ses seuls intérêts par chacune des parties afin de les encourager à tenir davantage compte de ceux de leur cocontractant et à agir *avec* l'autre¹⁷⁵⁹. Dans le courant solidariste, l'idée de coopération remonte à René Demogue qui, en s'inspirant de la relation qui doit exister entre les associés d'une société, y voyait le socle même du contrat¹⁷⁶⁰. La position de Demogue, souvent réduite à quelques phrases, permet pourtant de comprendre le lien avec l'idée plus large d'une coopération sociale. L'auteur a développé à l'époque l'idée selon laquelle :

L'état d'obligé peut-il être considéré comme exceptionnel? Les civilistes le disent volontiers. D'après eux, l'état de liberté est l'état naturel de l'homme. Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature est tout à fait inexacte. L'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure. L'obligation, acte libre, doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération sociale¹⁷⁶¹.

Depuis lors, l'accent a souvent été mis sur la recherche d'un but ou d'un intérêt commun entre les parties¹⁷⁶². Pour Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, l'intérêt commun doit être rapproché de la prise en charge par les parties des intérêts et des besoins l'un de l'autre. Cependant, cette prise

¹⁷⁵⁸ Nous les utilisons dans ce paragraphe, de manière synonymique, comme dans la jurisprudence, notamment en ce qui concerne la caractérisation de l'obligation ou du devoir qui incombe aux contractants.

¹⁷⁵⁹ Éric Savaux note qu'en France, le solidarisme n'a pas connu de succès tant en matière d'ordre public de protection que de direction et qu'en fin de compte, « s'il y a solidarisme, c'est un solidarisme consistant seulement à fournir les moyens de défendre des intérêts égoïstes ». Voir « Solidarisme contractuel et formation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 48. Mais il y a là une contradiction dans les termes. En fait, sans nier l'antagonisme des visées individuelles des parties, le solidarisme prétend mettre de l'avant ce qui ne peut ni ne doit être considéré en termes d'opposition dans le but de préserver le contractant en position de vulnérabilité. Il y a donc une incohérence à relier solidarisme contractuel et défense égoïste de ses intérêts par les parties.

¹⁷⁶⁰ Notons cependant que l'approche de la coopération de Demogue ne fait pas l'unanimité au sein même des auteurs solidaristes. Si la majorité rejoint Demogue dans l'importance et le sens accordés à la coopération, d'autres estiment que l'approche de l'auteur était trop restreinte. Voir Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 337.

¹⁷⁶¹ Voir *Traité des obligations en général*, *supra*, note 1490, n° 10, p. 19.

¹⁷⁶² Voir la position de Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », (1986) *RTDciv.* 101.

en charge n'est pas unilatérale car, explique l'auteure, « étant réciproque, elle engendre deux objectifs communs »¹⁷⁶³. Il appartient aux deux parties de veiller à la réalisation et à la subsistance de l'intérêt de chacun. Pour les solidaristes, le rééquilibrage des forces passe par une rupture avec les prétendus postulats de l'égalité et de liberté. Il repose sur l'abandon de la logique d'affrontement dans un contexte contractuel inégalitaire, au profit de la mise en place d'une relation de communication réciproque dans laquelle chaque partie intègre l'intérêt de l'autre. Dans le même sens, Denis Mazeaud explique que le solidarisme contractuel impose à chacune des parties à *minima* de ne pas occulter les intérêts légitimes de son cocontractant dans l'élaboration et la mise œuvre de ses obligations et pouvoirs contractuels ou légaux¹⁷⁶⁴. Ce qui suppose une bonne dose de collaboration à laquelle les tribunaux semblent parfois très réceptifs.

La reconnaissance jurisprudentielle de l'esprit de coopération. L'importance de cet esprit de coopération entre les parties se reflète dans un grand nombre de décisions. En matière de contrat d'assurance par exemple, l'assuré comprend plutôt difficilement le bien-fondé de la transmission entière, spontanée et juste des informations à l'assureur. Un objectif que le seul rappel d'un comportement conforme à la plus haute bonne foi ne suffit pas à atteindre. Dans le contrat d'assurance, la difficulté se situe au niveau du défaut de compréhension mutuelle par les deux parties du mécanisme qui sous-tend la relation et surtout l'impossibilité de recourir à la bonne foi pour trancher la question. Pour que l'assuré donne toutes les informations à l'assureur, il faudrait qu'il comprenne le bien-fondé de ces informations et qu'il ait conscience de la nécessité de les transmettre, ce qui exige que les deux parties entrent dans une logique de coopération¹⁷⁶⁵. Par ailleurs, les parties peuvent mentionner dans leur contrat une obligation expresse de coopération, de sorte que le rôle du juge se limite à en contrôler le respect¹⁷⁶⁶. Néanmoins, l'obligation de coopération est en grande partie l'œuvre de la jurisprudence. Quelques fois, la tâche semble plutôt facile dans certaines hypothèses. En effet, il est des relations contractuelles dans lesquelles

¹⁷⁶³ Voir *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, p. 338. Pour Catherine Thibierge Guelfucci : « ce principe [de coopération] fait naître une exigence à la fois réciproque et proportionnée, d'autant plus forte que l'une des parties est en situation de force, de supériorité. Il participe d'une aspiration qualitative d'altruisme et de solidarité qui n'est cependant pas dépourvue d'intérêt pour la partie qui s'y trouve soumise, puisqu'il favorise la pérennité du contrat ». Voir « Libres propos sur la transformation des contrats », *supra*, note 55, 282.

¹⁷⁶⁴ Voir « Loyauté, Solidarité, Fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, *supra*, note 1377, p. 632 et s.

¹⁷⁶⁵ Voir *Corp. Crédit Trans Canada c. Duré*, [2003] R.L. 160 (C.Q.), paragr. 49-51.

¹⁷⁶⁶ Pour un exemple d'obligation de coopération conventionnelle dans le cadre d'une convention signée lors de la dissolution d'une société et que l'une des parties a tenté de torpiller, *Paré c. Collin*, 2013 QCCS 5933 (CanLII), paragr. 78-91.

la coopération découle naturellement des relations établies entre les parties est tel que, sans elle, la réalisation du contrat est vouée à l'échec. Il a par exemple été souligné qu'il est « de l'essence du contrat d'assurance que l'assuré doit coopérer avec son assureur lors d'une réclamation »¹⁷⁶⁷. Cette obligation de coopération de la part de l'assuré existe aussi bien lors de la déclaration du sinistre qu'en cas de réclamation. Dans le contrat de mandat, la mission du mandataire étant intimement liée aux intérêts de son mandant, celle-ci ne peut être adéquatement respectée que dans la mesure où un esprit de collaboration réelle existe entre eux¹⁷⁶⁸. Elle suppose non seulement l'évitement des actes qui nuisent au bon accomplissement de la mission prévue au mandat, mais encore de poser des actes positifs en vue de favoriser la réalisation du contrat¹⁷⁶⁹. Cet esprit de collaboration est requis surtout lorsque les parties travaillent dans le cadre d'une œuvre commune exécutée sur la durée¹⁷⁷⁰, notamment en matière de contrat d'entreprise¹⁷⁷¹. Reprenant les positions de la doctrine, le juge en a dégagé les critères en expliquant que : « l'existence d'une obligation de coopération repose principalement sur deux facteurs : la poursuite par les parties d'un but commun, et la fréquence ou la durée des rapports entre les parties »¹⁷⁷². La coopération ou « la grande collaboration » repose sur le besoin de rééquilibrer les forces en présence, principalement en matière d'information.

Le devoir de coopération comme palliatif au déséquilibre informationnel. Le devoir de coopération permet de prendre acte du déséquilibre informationnel existant entre les parties. C'est en substance ce qui ressort dans l'affaire *Salvatore L. Briqueteur Inc. c. Banque Nationale du Canada*¹⁷⁷³. Il y est reproché à la banque d'avoir « omis de communiquer à l'appelante un avis de vente pour taxes impayées »¹⁷⁷⁴. Dans *Association de la construction du Québec c. Entreprises Yves*

¹⁷⁶⁷ Voir *Chartrand c. Financière Manuvie*, 2013 QCCQ 9621 (CanLII) paragr. 26.

¹⁷⁶⁸ Ainsi, dans *Lortie c. Alerte Fissure inc.*, B.E. 2004BE-20 (C.Q.), il est noté que : « la défenderesse « se devait donc de les informer [ses mandataires] de tout défaut susceptible d'altérer leur jugement au regard de la décision d'acheter ou non la résidence des demandeurs. Toutes informations pertinentes se devaient donc d'être données sans toutefois sous-évaluer ni surévaluer, il va sans dire, les défauts constatés » (paragr. 35).

¹⁷⁶⁹ Voir *Re/max le Hameau inc. c. Bélair*, 1991 QCCA 3339 (CanLII), p. 9-10 du texte intégral.

¹⁷⁷⁰ Voir *Birdair inc. c. Danny's*, J.E. 2013-658 (C.A.), paragr. 136; *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2012 QCCS 6164 (CanLII), paragr. 283-288.

¹⁷⁷¹ Voir *Buesco Construction inc. c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, 2013 QCCS 3832 (CanLII), paragr. 239-254.

¹⁷⁷² Voir *Construction DJL inc. c. Montréal (Ville de)*, 2013 QCCS 2681 (CanLII), paragr. 29.

¹⁷⁷³ [2002] R.J.Q. 1985 (C.A.), paragr. 66.

¹⁷⁷⁴ La rupture avec l'optique individualiste du devoir de se renseigner est nette puisqu'elle aurait plutôt exigé du client de la banque de se renseigner par rapport à la vente pour taxes comme dans *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.), paragr. 33. D'ailleurs, sur la question de l'obligation de renseignement en matière de prêt avec une institution bancaire, deux courants existent. Le premier, traditionnel, plutôt libéral, et qui exige du client de la banque qu'il se renseigne et fasse les démarches pour obtenir une quittance s'il estime que certaines circonstances ont

M. Caron, il est expressément fait mention de ce qu'« une partie ne peut plus se contenter de répondre honnêtement aux questions de l'autre partie; elle doit prendre l'initiative de lui divulguer tous les faits qui sont normalement susceptibles d'influencer son consentement de façon importante : l'existence de cette obligation est reconnue à la formation du contrat et en cours de contrat »¹⁷⁷⁵. (Nos soulignements) Il est donc nécessaire que les parties aillent au-delà de la transmission passive de l'information et communiquent et agissent de leur propre initiative¹⁷⁷⁶. Le devoir de coopération ne relève pas tant de la liberté et de la responsabilité que des conséquences tirées de la logique dialogique qui doit présider la relation contractuelle¹⁷⁷⁷. Il en résulte un champ contractuel élargi.

Le devoir de coopération et l'élargissement du champ contractuel. La vocation de la coopération dans l'optique solidariste tend surtout à favoriser une autre approche du contrat mettant l'accent sur la communauté d'intérêt existant entre les parties, même si elle varie avec les différentes catégories de contrat. Ainsi, l'idée de collaboration a joué un rôle important dans le contrat de franchise. L'affaire *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*¹⁷⁷⁸ fournit un bon exemple de son approche objective. Dans cette affaire, les parties sont liées dans le cadre d'un réseau d'affaires par un ensemble de contrats au sein duquel se trouve un contrat d'affiliation que l'on peut qualifier de contrat de franchise. Cette convention prévoit que, contre le paiement d'une contrepartie, le franchisé est autorisé à exploiter un supermarché sous le label Provigo. Cependant, les conditions offertes par le franchiseur sont telles que le franchisé n'est pas à même de soutenir la concurrence. Le franchisé prétend alors que le franchiseur n'a pas respecté ses

eu pour effet de le libérer de sa dette (dation, novation ou cession de la dette, ou encore les délais). Le deuxième courant accepte de déduire du comportement du prêteur la possibilité d'une libération ou d'une novation même si elle n'est pas suivie d'une quittance ou d'un avis et pourrait découler de l'attitude de la banque. En tout état de cause, il appert que la balance penchera d'un côté ou de l'autre en fonction de l'importance que le juge accordera à l'obligation de s'informer soi-même ou à celle de renseigner adéquatement le client.

¹⁷⁷⁵ Voir J.E. 2003-312 (C.Q.), paragr. 22.

¹⁷⁷⁶ Ajoutons que la coopération qui implique la prise d'initiative de la part du débiteur peut également influencer l'interprétation de l'obligation d'information prévue dans le cadre de certains contrats nommés. Il en va ainsi de l'article 2345 C.c.Q. Dans l'affaire *Assurance-vie Desjardins-Laurentienne Inc. c. Société en commandite Les appartements Darche*, J.E. 2000-1987 (C.S.), il est précisé que « Si l'on devait limiter l'obligation du créancier à ce que dit expressément l'article 2345, il semble qu'il ne serait pas tenu de fournir des renseignements relatifs à l'état de l'immeuble donné en garantie, puisque l'article ne réfère qu'à l'obligation principale. Il n'y a pas lieu de retenir une interprétation si restrictive, ne serait-ce que par parce qu'on retrouve dans l'acte de prêt des dispositions relativement aux baux, de même quant à l'obligation de l'emprunteur de conserver l'immeuble en bon état » (paragr. 8).

¹⁷⁷⁷ Voir André BÉLANGER, VIOREL-DRAGOS MARARU et Andy VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats: Prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », (2010) 51 *C. de D* 51-82.

¹⁷⁷⁸ [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

obligations de collaboration et d'assistance, raison pour laquelle son activité n'a pas pu prospérer. Argument que le franchisé réfute, ce d'autant plus qu'aucune obligation de cette nature n'est expressément prévue par la loi ou le contrat. Le juge Jean-Louis Baudouin conclut de manière suivante sur les obligations du franchiseur :

Nulle part dans les contrats mentionnés plus haut ne trouve-t-on une obligation explicite de la part du franchiseur, Provigo, de s'abstenir de faire de la concurrence directe ou indirecte à ses franchisés pendant la durée du contrat. Nulle part, non plus, ne trouve-t-on formellement exprimée une obligation de loyauté de la part de l'appelante. Toutefois, les obligations découlant d'un contrat ne sont évidemment pas limitées à celles expressément prévues par les parties. Elles s'étendent aussi à celles qui en découlent d'après la nature du contrat, l'équité ou la loi. C'est donc la violation de ces obligations implicites, faisant partie du cercle contractuel élargi, représentatif du contenu obligationnel du contrat, qu'il convient de se référer, en l'absence de stipulation expresse, pour déterminer l'existence d'une éventuelle responsabilité civile¹⁷⁷⁹.

Cette décision comporte plusieurs faiblesses. D'une part, elle situe la question des obligations des parties sur le plan de la responsabilité extracontractuelle et, d'autre part, même si le juge sanctionne le non-respect d'une obligation d'assistance, celle-ci demeure enfermée dans la logique fautive et donc traditionnelle. Telle n'est pourtant pas tout son intérêt. Il y est surtout clairement établi que la coopération découle du lien entre les parties même sans qu'elles aient à l'exprimer expressément. Elle se greffe au contrat¹⁷⁸⁰. En l'espèce, le juge a mis à la charge du franchiseur entre autres des obligations de collaboration et d'assistance technique. Le juge a également rappelé que le franchiseur devait en l'occurrence suivre l'évolution du marché et adapter ses méthodes et techniques aux nouvelles réalités, fournir aux franchisés les outils nécessaires pour faire face à la concurrence et prendre des mesures afin de permettre au franchisé de minimiser ses pertes et de pouvoir se repositionner sur le marché, lesquelles obligations s'ajoutent à l'obligation d'agir de bonne foi et de manière loyale. Pour envisager l'existence de ces nouvelles obligations, il a fallu que le juge mette en partie de côté l'opposition d'intérêts entre les parties même si la lecture de la décision peut donner à penser que le tribunal aurait pu aller plus loin. L'élargissement de la logique de coopération peut susciter des craintes et accentuer la tendance à vouloir cantonner celle-ci à certaines conventions, argument pris de ce que tous les contrats ne se prêtent pas à une telle collaboration. Soit! Mais faut-il restreindre la

¹⁷⁷⁹ [1998] R.J.Q. 47 (C.A.), p. 24 du texte intégral.

¹⁷⁸⁰ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE qui y voient l'élargissement du « cercle contractuel ». Voir *Droit des obligations*, *supra*, note 158, p. 811. Voir aussi François ALEPIN et Lucie BOITEAU avec la collaboration d'Achanel ALEPIN et Maxime ALEPIN, « Le point sur les ristournes perçues par le franchiseur », dans *développements récents en droit de la franchise, service de la formation continue*, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, 97 et s.

portée de cette décision aux groupes de contrats ou aux réseaux? Ou bien convient-il d'en tirer une règle générale qui pourrait s'appliquer éventuellement à toute relation contractuelle s'y prêtant? La réponse des solidaristes est simple : la coopération doit pouvoir être envisagée de manière élargie et ce n'est qu'exceptionnellement que le défaut de collaboration peut être toléré entre deux contractants.

Un devoir de coopération réciproque. Dans la phase précontractuelle, le devoir de coopération se manifeste principalement à travers les obligations de renseignements, de conseil ou d'assistance. Il paraît encore plus important durant la période d'exécution puisqu'il a pour objectif avoué d'en faciliter la réalisation et sauvegarder la substance du contrat¹⁷⁸¹. Une exigence de coopération qui peut se manifester lorsqu'il s'agit d'installer ou de fournir un service, d'en assurer le suivi et dans la majorité des relations qui s'étalent dans la durée¹⁷⁸². Elle peut en outre être rendue difficile par la partie qui bénéficie du service. Aussi, manque au devoir de coopération, le contractant qui, après installation d'un système informatique, ne respecte pas la méthode d'implantation, conteste le plan de travail, ne forme pas ses employés et ne déploie pas les ressources afin de mener le tout à terme¹⁷⁸³. En cas de rupture du contrat, les parties doivent quelques fois tenir compte de l'intérêt légitime de l'autre¹⁷⁸⁴. Toutefois, c'est l'étude des obligations qui découlent du principe de coopération contractuelle qui permettra de mieux saisir la généralité de la notion. À ce stade, il convient simplement de rappeler la vocation de la coopération réciproque à imprégner le contrat. Une mission que le juge a pour fonction de contrôler et dont on peut craindre l'arbitraire.

¹⁷⁸¹ Voir *Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc.*, 2013 QCCA 580 (CanLII), paragr. 135-139.

¹⁷⁸² Voir *Voignier c. Beaulieu*, [2003] R.D.I. 894 (C.Q.), paragr. 31-41; Pour une relation concernant le médecin et de patient dans lequel il est mentionné que le second doit faire preuve de coopération et le premier de communication, voir *Fisch c. St-Cyr*, [2005] R.J.Q. 1944, paragr. 97. Par ses nombreux changements, ses multiples retards et le manque de coordination afin de faciliter la réalisation de travaux déjà programmés dans un cadre serré, le contrat obtenu sous appel d'offres de la Ville n'a été complété qu'au prix de nombreux inconvénients pour le concessionnaire. Voir *Terramex inc. c. Montréal (Ville de)*, 2005 QCCS 30286 (CanLII), paragr. 119-123; le client qui engage un entrepreneur pour la construction de son logement doit faire preuve de coopération en s'assurant notamment que les déboursés progressifs liés au paiement du constructeur par le créancier seront bien opérés. *Entreprises Réjean Goyette inc. c. Daigneault-Couillard*, 2005 (C.Q.), paragr. 39 et 68; Le client qui reçoit des ouvrages défectueux mais qui ne collabore pas avec le fabricant afin de réparer les dégâts ne fait pas preuve de collaboration, voir *Portes et fenêtres Hickson inc. c. Mondou*, 2007 QCCS 2994 (CanLII), paragr. 29-33.

¹⁷⁸³ Voir *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2012 QCCS 6164 (CanLII), paragr. 228.

¹⁷⁸⁴ Voir *Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc.*, 2013 QCCA 580 (CanLII), paragr. 136.

La crainte de l'arbitraire judiciaire. Le juge joue un rôle important dans la recherche du but ou de l'intérêt commun au cœur de la pensée solidariste. Quelques-unes des décisions que nous avons mentionnées ci-haut donnent à penser que l'idée de coopération telle qu'on la retrouve dans la doctrine solidariste n'est pas totalement absente de la jurisprudence, du moins offre-t-elle une lecture neuve de la position des juges. Pourtant, les détracteurs du solidarisme contractuel craignent non seulement que cette recherche de la coopération tende à un certain angélisme, mais surtout que le contrat finisse entre les mains du juge. Cette critique doit cependant être relativisée. En effet, la question de l'interventionnisme judiciaire ou légal dans le domaine contractuel en général doit probablement être considérée plus en profondeur. Dire que le pouvoir judiciaire joue un rôle majeur dans les positions solidaristes ne constitue pas en elle-même une réserve totalement pertinente, puisqu'elle dissimule l'orientation idéologique que peuvent prendre les choix judiciaires ou légaux de quelque nature. Ce n'est donc pas tant le principe de l'intervention qui est aujourd'hui en cause que la perspective dans laquelle elle s'inscrit. Éric Savaux souligne, par exemple, que « sous l'influence de multiples facteurs, le droit français semble plutôt consacrer une sorte d'interventionnisme libéral qui se borne dans la plupart des cas à restituer aux agents économiques les moyens de défendre leurs intérêts en préservant la liberté de la concurrence et du commerce ». C'est que pour les tenants de l'individualisme contractuel, cette forme d'immixtion est totalement légitime. À ce type d'intervention s'oppose peut-être un autre que l'on peut qualifier d'interventionnisme solidariste qui tend à substituer l'opposition des intérêts à la communauté des intérêts en stimulant la coopération et la collaboration entre les contractants. C'est d'ailleurs en ces termes que se pose la majorité des questions liées à l'immixtion des tiers dans le contrat. C'est donc davantage deux formes d'ingérence qui s'opposent que l'idée même de l'interventionnisme. Un activisme judiciaire duquel il peut résulter, au nom de la coopération, bon nombre d'obligations.

B Quelques obligations et devoirs découlant du principe de coopération

Le rôle du devoir de conseil dans la recherche d'un consentement éclairé. Précisons d'abord d'entrée de jeu que, sans prétendre traiter toutes les obligations qui pourraient éventuellement découler du principe de coopération, il importe de s'arrêter sur quelques-unes des principales propositions solidaristes qui présentent un intérêt quant à la sauvegarde des intérêts du

contractant défavorisé¹⁷⁸⁵. Il apparaît que, sans être totalement absentes du droit, ces obligations, de l'avis des défenseurs du solidarisme, gagneraient à être systématisées afin que les intérêts légitimes du contractant vulnérable soient mieux préservés. En ce qui concerne l'information des parties, comment s'assurer réellement, dans un contexte contractuel contemporain où le consentement fait office de « mascarade », que les deux parties ont effectivement compris le sens et la portée de leur engagement? Comme le souligne une auteure :

L'engouement contemporain pour le consentement va pourtant de pair avec une perte de sa signification. Le consentement devient souvent une fiction de consentement pour ne pas dire une mascarade de consentement. Le droit des contrats lui-même donne à voir aujourd'hui quelques figures contestables où, alors que la liberté contractuelle est affirmée avec force, on voudrait obliger son titulaire à l'exercer dans le sens qui nous convient¹⁷⁸⁶.

Pour que le consentement devienne une réalité significative, les solidaristes proposent de rompre avec la conception exceptionnelle, restrictive et passive de l'obligation de renseignement et d'y substituer le principe d'une obligation d'information, et ce, de manière active. Pour les solidaristes, la généralisation du devoir de conseil est au cœur d'une telle évolution. Pour opérer dans les faits un tel virage, il ne s'agit pas seulement de porter à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent des informations techniques et inintelligibles, mais plutôt de s'assurer que celui-ci en saisit le sens et la portée et que cela lui permet véritablement de décider. Ce qui ne peut se réduire au transfert indifférent d'informations sous le format standardisé, de formulaires ou des formules préparées et prêtes à être signées. Le consentement libre et éclairé exige bien davantage.

¹⁷⁸⁵ Rappelons encore que la nouveauté concerne surtout l'approche et l'étendue davantage que le mécanisme en lui-même. Il n'en reste pas moins que quelques fois, c'est le cas de la notion de cause. D'ailleurs, il a été noté à juste titre que le regain du solidarisme en matière contractuelle est aussi la forme par laquelle l'opposition célèbre en France, en causalistes et anti-causalistes, peut se donner à voir. Voir Philippe SIMLER, « La nouvelle controverse entre causalistes et anticausalistes, à propos des avant-projets de réforme du droit des contrats », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, supra, note 133, p. 623. Néanmoins, les propositions solidaristes peuvent déboucher sur une réelle innovation. C'est le cas de l'exigence systématique de vérité développée par Ghislain TABI TABI dans sa thèse. L'auteur soutient l'idée selon laquelle il devrait exister au profit de la partie vulnérable une présomption de vérité systématique. Ce qui aurait notamment pour avantage au plan procédural d'exiger de la partie forte qu'elle prouve que les déclarations de son cocontractant ne sont pas véridiques. Il faudrait tout de même faire attention à cette présomption qui ne doit pas être trop élargie non plus, dans un contexte où les parties ne saisissent pas toujours le bien-fondé de transmettre des informations véridiques à leur cocontractant. Voir dans le contexte français, pour une subjectivation plus grande de la cause en vue de la protection du contractant, Jean-Pascal CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle. À propos de l'arrêt Chronopost », (1998) *JCP* 152; Jean-Marie GUEGUEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », (1999) *D. Chr.* 352.

¹⁷⁸⁶ Voir Muriel FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, supra, note 133, p. 296.

D'une obligation passive d'information à un devoir de conseil. Le conseil nécessite un engagement positif de la partie qui y est soumise dans la mesure où c'est également de l'opportunité même de la décision dont il s'agit. Il renvoie à « une information orientée, destinée à guider son destinataire vers une décision conforme à ses intérêts »¹⁷⁸⁷. Le débiteur de l'obligation de conseil doit prendre en compte les attentes légitimes et les intérêts du créancier de l'obligation de conseil afin d'éclairer et guider son choix. Voilà qui donne une tout autre dimension au principe de coopération. Or, du point de vue solidariste, la protection du contractant vulnérable ne peut être parachevée que dans la mesure où l'obligation de renseignement et d'information est complétée par une obligation de conseil. Une position qui se démarque de celle du droit des contrats en général qui a tendance à cantonner cette obligation à certaines catégories précises de relations contractuelles, au grand dam des promoteurs du solidarisme qui estiment que la protection des intérêts légitimes du contractant vulnérable justifie largement une telle extension. Ce devoir de conseil reste pourtant restreint à certaines catégories de professionnels. Il est surtout exigé à des personnes en raison de la profession qu'elles exercent. Il en va ainsi du notaire, de l'avocat, des professionnels de la finance ou des courtiers. La liste n'est d'ailleurs pas exhaustive, mais l'obligation de conseil touche en premier lieu les professionnels.

Le devoir de conseil du notaire. Chez les notaires, le devoir de conseil intervient lorsqu'il agit à titre de conseiller juridique ou comme officier public. Quand il agit avec le second titre, le notaire est un tiers à l'opération et il a pour mission d'informer et de conseiller les deux parties sur la nature et les conséquences juridiques du contrat dans lequel ils s'engagent. Sa position comporte une certaine neutralité même si, dans les faits, c'est l'une des parties qui choisit très souvent le notaire. Un coup d'œil dans la jurisprudence permet de constater que le devoir de conseil du notaire fait l'objet d'une interprétation large et extensive¹⁷⁸⁸. Il faut en effet noter qu'à l'instar du

¹⁷⁸⁷ Voir la décision de la Cour suprême reprenant une position doctrinale dans *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 638, paragr. 33.

¹⁷⁸⁸ Dans la mesure où le notaire intervient à des moments importants de la vie des usagers, les tribunaux rappellent souvent l'importance de ce devoir dans l'exercice de leur profession et la sévérité de leur appréciation. Il a été rappelé que « le devoir de conseil du notaire est une obligation extrêmement importante qui domine l'exercice de la profession », *Gestion Paul M. Bellemare inc. c. Carrier (Carrier & Carrier Notaires et conseillers juridiques)*, 2012 QCCQ 8647 (CanLII), paragr. 13; « Bien qu'il occupe une place prépondérante dans les activités professionnelles du notaire et qu'il revête une très grande importance aux yeux du client, ce devoir n'est pas absolu et ne se traduit pas par une obligation de résultat, pas plus d'ailleurs qu'il n'a pour objectif de fournir une garantie additionnelle au client ». Dans *Lapierre c. Munn*, 2002 QCCQ 36502 (CanLII), paragr. 29. Une décision mettant l'accent sur l'intensité du devoir de conseil du notaire qui doit mettre en garde un client des conséquences néfastes de l'opération qu'il s'apprête à conclure, voir *Banque Toronto-Dominion c. Garceau*, 2007 QCCQ 7397 (CanLII). Un devoir qui peut se passer de tout lien

médecin, les raisons qui justifient le recours aux services du notaire comportent des enjeux sérieux dans la vie des individus qui y sont impliqués, notamment l'achat d'une propriété, le contrat de prêt affecté d'une hypothèque ou la signature d'un testament. En tant que professionnel juridique intervenant dans une transaction présentant des enjeux juridiques et financiers, le notaire est tenu de présenter à la personne ou aux parties les différentes options qui se présentent à elles, même si elles doivent décider en dernier ressort. L'attitude du notaire est loin d'être passive, il doit agir de manière active, avec prudence et diligence, et même quelques fois suggérer des modifications aux désirs du client qui ne saisit pas toujours les risques de ces choix, ni les mécanismes juridiques appropriés¹⁷⁸⁹. En matière de testament, il sera d'ailleurs apprécié essentiellement en fonction des spécificités de la situation qui se présente à lui. D'ailleurs, il ne peut pas prétendre que les parties n'ont pas sollicité son opinion sur une question qui est intimement liée à la transaction pour laquelle il a été sollicité, surtout lorsqu'il agit à titre de notaire instrumentaire, puisqu'il doit veiller aux intérêts des deux parties¹⁷⁹⁰. À l'instar du notaire, l'avocat est tenu à un devoir de conseil similaire.

Le devoir de conseil de l'avocat. Le devoir de conseil qui incombe aux avocats les oblige à fournir à leur client, en fonction de l'état du droit, la qualification juridique la plus appropriée en fonction des faits. L'avocat intervient dans un litige pour défendre les intérêts de son client et au besoin lui expliquer l'opportunité d'un recours¹⁷⁹¹. Ce qui suppose qu'il doit pouvoir fournir à ce dernier toutes les solutions possibles, compte tenu de la spécificité de la situation et les chances probables de réussite des différentes solutions qui pourraient être envisagées. L'avocat qui est un professionnel du droit doit assurer de manière prudente et diligente la défense des intérêts de son client. D'ailleurs, le devoir de conseil de l'avocat, comme celui du notaire, impose à celui-ci de conseiller à son client d'aller consulter un autre spécialiste si la question concerne un domaine

contractuel pour aller justifier l'existence d'une responsabilité *in solidum*, voir *Sabourin c. Dostie*, 2000 QCCA 11311 (CanLII), paragr. 24-32.

¹⁷⁸⁹ Il en va ainsi, par exemple de celui qui veut rédiger un simple testament alors même que l'âge de ses enfants ou les critères psychologiques, physiques ou intellectuels justifient plutôt le choix d'un testament fiduciaire.

¹⁷⁹⁰ La notaire doit déceler l'intention des parties, notamment lorsqu'un élément est essentiel à la transaction comme l'existence d'un permis ou de fausses représentations, voir *Abou-Kasm c. Levine*, 2003 QCCS 39069 (CanLII), paragr. 71-81; il arrive aussi que le notaire soit condamné pour n'avoir pas indiqué aux parties les risques liés à leur engagement mais il faudrait que la partie qui poursuit le notaire soit profane et confie au notaire un mandat spécifique en ce sens. Voir *Société d'aide au développement des collectivités des Laurentides c. Léonard, Ruel, Venne et Associés, Notaires*, 2012 QCCS 2416 (CanLII), paragr. 34-51.

¹⁷⁹¹ Pour ce faire, l'avocat peut être appelé à se renseigner sur la situation d'ensemble de son client afin de lui prodiguer les meilleurs conseils, notamment lorsqu'il s'agit d'une personne peu scolarisée. Voir *Labrie c. Tremblay*, [2000] R.R.A. 5 (C.A.), p. 11-12 du texte intégral.

dans lequel il ne dispose pas de compétence¹⁷⁹². C'est ce même devoir qui s'applique au professionnel des finances.

Le devoir de conseil du professionnel des finances. Le devoir de conseil joue également un rôle non négligeable au sein des relations contractuelles dans lesquelles les professionnels de la finance interviennent. Compte tenu du développement des échanges et de la nature de l'économie occidentale contemporaine, le recours aux services financiers a connu un développement exponentiel. La majorité des transactions courantes n'échappent quasiment plus au processus de financement offert directement ou indirectement par les institutions financières¹⁷⁹³. De la location ou l'achat d'une voiture, en passant par la vente d'une propriété immobilière, jusqu'à l'acquisition de meubles garnissant une maison dans les grandes surfaces de distribution à un billet d'avion pour des vacances au bord de la mer, rien n'échappe aux différentes méthodes de prêts et de financement offertes par les marchands¹⁷⁹⁴. Les professionnels de la finance ont vu leur devoir de conseil s'accroître devant la demande de crédit, mais surtout face aux enjeux financiers qui s'y rattachent et dont les bénéficiaires ne mesurent pas toujours la portée à court, moyen ou long terme. Le représentant de l'institution financière doit être capable de fournir toutes les informations et les conseils sur les choix et leur portée en fonction de la situation financière présente ou future des clients¹⁷⁹⁵. Il lui appartient de présenter les différents modes de financement ou les assurances qui peuvent ou doivent être contractées et toutes les autres garanties permettant de favoriser le remboursement de la dette. S'il est

¹⁷⁹² Voir *Coté c. Rancourt*, [2004] 3 R.C.S. 248, 252.

¹⁷⁹³ D'ailleurs, suite aux différentes crises de ces dernières années, la lutte contre l'endettement excessif des particuliers ne peut plus seulement se faire avec des acteurs de la société civile ou le gouvernement, les professionnels de la finance doivent activement y prendre part. Voir Ursula MENKE, « L'éducation financière au service des consommateurs », dans *Endettement des consommateurs : chronique d'une catastrophe annoncée, acte du colloque international sur la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 105-109.

¹⁷⁹⁴ Voir Rock LEFEBVRE, « Résultats d'un sondage sur l'endettement et la sollicitation au crédit », dans *Endettement des consommateurs : chronique d'une catastrophe annoncée, acte du colloque international sur la consommation, supra*, note 1265, p. 15-26.

¹⁷⁹⁵ Voir *Marineau c. Industrielle Alliance, assurances et services financiers inc.*, 2010 QCCQ 5646 (CanLII), paragr. 26. L'exercice du devoir de conseil est aujourd'hui difficile en grande partie par la complexification du processus de crédit. Actuellement, les concessionnaires d'automobiles neufs et d'occasion disposent, pour la grande majorité, de leur propre service de conseil financier. Plusieurs commerçants offrent des services de financement qui ne nécessitent pas de rencontrer un professionnel dans une institution bancaire. Dans ce contexte, il ne s'agit plus vraiment de conseiller, mais d'auxiliaire à la vente, dont le rôle essentiel est certes la présentation des différentes options financières possibles, mais avec pour but direct non d'éclairer le client, mais de finaliser le processus de vente déjà entamé par le vendeur. Par ailleurs, les difficultés proviennent de la difficulté à qualifier la nature juridique (contractuelle ou extracontractuelle) entre le conseiller financier (en matière de crédit ou placements) et le client, surtout lorsque les circonstances ne permettent pas de conclure à un mandat explicite ou implicite. Voir *Gagné (Succession de) c. Tremblay*, 2008 QCCQ 169 (CanLII), paragr. 23-25.

effectivement dans l'intérêt de celui qui offre le crédit de maintenir les garanties de remboursement constamment actives, il lui appartient de veiller à la bonne compréhension de son client en lui présentant le plus objectivement possible la situation. Devant la situation financière déjà problématique d'un débiteur principal, il appartient à la banque de s'assurer que la caution comprenne la portée de son engagement et éventuellement de décourager l'opération¹⁷⁹⁶. Et c'est à ce niveau que les difficultés pratiques du respect du devoir de conseil sont les plus graves, notamment en ce qui concerne l'endettement des particuliers et des consommateurs. Toute chose qui justifie que le devoir de conseil soit apprécié de manière factuelle.

L'appréciation factuelle du devoir de conseil. L'efficacité du devoir de conseil peut être contestée dans les faits, car il n'a de sens que dans la mesure où il repose sur des éléments avérés. En matière de crédit à la consommation, Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière constatent à juste titre que :

Dans les faits, cette obligation de conseil est moins contraignante qu'il n'apparaît. Tel que nous l'avons souligné, le banquier doit se fier aux affirmations de son client lorsque celui-ci lui fait part de l'état de ses revenus et de ses dépenses. Le banquier doit fonder sa décision à partir de ces informations et de la confiance qu'il témoigne envers son client. Si le client présente un dossier qui ne reflète pas sa situation exacte, le banquier pourra alors être exonéré d'un conseil qui pourrait s'avérer inexact¹⁷⁹⁷.

Pour qu'il en soit autrement, il ne faudrait pas seulement qu'il existe entre le banquier et son client une relation de confiance. Celle-ci ne peut être que limitée dans la mesure où chacun défend encore ses propres intérêts, le banquier, un service, et le client, la possibilité d'obtenir le service aux conditions les plus favorables. Il faudrait que le consommateur de crédit saisisse le bien-fondé de fournir des réponses justes et le fait qu'en cas de mensonge ou d'omission, les conséquences pourraient être graves. Les deux parties doivent appréhender les principes et les techniques qui régissent l'objet du contrat et les effets qui s'ensuivent. Pourtant, à l'évidence, le consommateur qui continue de donner des informations erronées à un commerçant ou un

¹⁷⁹⁶ Les principes de protection de la caution en position de vulnérabilité ont été dégagés dans l'arrêt *Trust La Laurentienne du Canada Inc. c. Losier*, J.E. 2001-254, paragr. 27-32. Il y en a trois : (a) une seule obligation de renseignement (b) l'omission de divulguer un renseignement doit avoir causé un préjudice, (c) cette obligation s'applique dans la mesure où la caution est dans une position informationnelle vulnérable. En outre, l'appréciation de cette obligation n'est pas forcément soumise à l'existence d'une mauvaise foi, voir *Banque Nationale du Canada c. Couture*, [1991] R.J.Q. 913 (C.A.), paragr. 2.

¹⁷⁹⁷ Voir Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation, supra*, note 62, n°173, p. 195.

banquier ne comprend pas l'enjeu ou la nécessité de transmettre les bons renseignements. Bref, il faudrait qu'il entre dans une logique de coopération. C'est pour des raisons similaires que celle-ci joue un rôle considérable dans la fonction du courtier.

Le devoir de conseil du courtier. La dernière catégorie de professionnels à laquelle nous voulons nous attarder et qui se voit imposer un devoir de conseil est le courtier¹⁷⁹⁸. En effet, de nombreuses opérations de la vie courante s'opèrent ordinairement avec l'aide active d'un courtier. Qu'il s'agisse de la vente ou de l'achat d'une propriété immobilière, de la recherche d'un financement ou d'une police d'assurance ou encore de la vente, les intermédiaires jouent de nos jours un rôle important. Dans le cadre du mandat qui lui est confié par son client, il qui intervient à titre d'intermédiaire et doit à son client conseil et assistance. Le rôle du courtier est essentiellement d'assurer la réalisation de l'opération poursuivie par son client et de défendre les intérêts de celui-ci tant dans le cadre général du mandat qu'en ce qui relève des conditions spécifiques de son exercice¹⁷⁹⁹. Il a pour mission d'informer son mandataire sur les différents aspects du service qu'il sollicite ou de l'opération envisagée, de lui permettre de faire la meilleure opération, en essayant le plus possible de lui éviter des frais et d'obtenir le plus de garanties possible. Le problème en matière d'obligation de conseil chez le courtier réside dans un éventuel conflit d'intérêts entre la recherche de profit et le service auquel a droit son mandataire. Ce dernier attend, par exemple, du gestionnaire de portefeuille financier qu'il lui fasse part de ses connaissances et de son expertise, qu'il assure au mieux ses intérêts eu égard aux objectifs et même qu'il le décourage lorsque les buts visés sont irréalistes. Un devoir qui est bien plus important que le simple renseignement¹⁸⁰⁰. Le mandataire courtier doit non seulement informer le client sur les risques que comportent certaines initiatives ou autres placements, mais également sur la nature même des engagements entre lui et le mandant, surtout lorsqu'il s'agit

¹⁷⁹⁸ Voir *Financière Banque Nationale inc. c. Dussault*, [2009] R.R.A. 943 (C.A.).

¹⁷⁹⁹ Il est vrai que le courtier ne peut prévoir toutes les fluctuations qui pourraient arriver, voir *Lafleur c. Financière Banque Nationale*, B.E. 2004BE-65 (C.S.), paragr. 12-22; Il y a donc toujours une part de risque en matière de courtage financier, voir *Ouellet c. J.T. Gendron inc. et Gendron*, [1976] C.S. 721, 723. Toutefois, l'intensité de ses obligations dépendra de la nature du mandat. Aussi, plus le conseiller aura de discrétion, plus sa responsabilité pourra être retenue. En outre, le devoir de conseil et d'information peut être associé à un devoir de suivi. Voir *Therrien c. David*, 2002 QCCQ (CanLII), paragr. 55-88.

¹⁸⁰⁰ Voir *Lafamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 638. Il faut mentionner que les choses ne sont pas toujours simples, notamment pour certains intermédiaires dans les services financiers qui doivent aider leur client en matière de placements, de gestion de patrimoine ou de planification à plus ou moins long terme. Le rôle de ces courtiers n'est pas toujours simple, car il y a en matière financière de nombreux aléas comme le démontrent depuis quelques années les crises économiques à répétition que même les économistes chevronnés ne parviennent pas à prédire.

d'un profane. Le courtier doit informer le client sur les conséquences positives ou négatives d'une modification de son mandat¹⁸⁰¹. Le devoir de conseil, qui s'étend bien au-delà des cas que nous avons mentionnés¹⁸⁰², joue un rôle assez puissant, raison pour laquelle les solidaristes estiment qu'il n'y a pas de raison de le cantonner à quelques contrats.

Les caractéristiques communes du devoir général de conseil : le dépassement du cadre contractuel. Bien que chacun des devoirs de conseil des professionnels présente des spécificités et des enjeux d'une nature différente, il est possible d'en tirer quelques données générales. La première est que le devoir de conseil dépasse le cadre contractuel. Le devoir général de conseil existe en principe à l'égard de tous les professionnels indépendamment des limites fixées par le cadre contractuel. En fait, il se greffe d'office à la relation et engendre des obligations qui, à l'égard du professionnel, transcendent le contrat établi avec le client¹⁸⁰³. De sorte que l'avocat, le notaire et le courtier ne peuvent se réfugier derrière les termes du contrat que dans la mesure où ils ont par ailleurs respecté leurs obligations découlant du devoir général de conseil. Ainsi, le médecin doit être au fait des derniers développements scientifiques pouvant aider éventuellement son client. L'avocat n'est pas censé être compétent dans tous les domaines du droit, mais il doit maîtriser les règles juridiques liées à ceux dans lesquels il prétend posséder une expertise¹⁸⁰⁴. Le notaire, en tant qu'officier public, doit conseiller ses clients sur la nature et les conséquences juridiques de leur engagement et ne peut d'ailleurs invoquer la pratique courante pour se délier de son devoir de conseil. D'une manière générale, en ce qui concerne la responsabilité des professionnels, la jurisprudence a réduit la portée d'un tel moyen de défense. Certes, le professionnel doit adopter l'attitude d'une personne prudente et diligente placée dans les mêmes conditions, mais cela peut impliquer qu'il s'écarte de la pratique habituelle. Toute chose qui rend complexe le devoir de conseil mais assure une meilleure protection du contractant

¹⁸⁰¹ La précision de la Cour suprême est importante lorsqu'on connaît la valeur et les enjeux pour les personnes qui procèdent à ces placements. Le devoir de conseil, dans le cadre des portefeuilles financiers, est aujourd'hui un réel défi lorsqu'on sait tous les scandales qui sont associés à la gestion des portefeuilles financiers par les grandes structures auxquelles les personnes font appel justement en vue de bénéficier de leur expertise, plus encore lorsqu'il s'agit de placements sophistiqués. Voir *Financière Banque Nationale inc. c. Dussault*, [2009] R.R.A. 943 (C.A.), paragr. 42.

¹⁸⁰² Voir pour le devoir général de conseil des architectes ou des ingénieurs : *Côté c. Boiler Inspection and Insurance Company of Canada*, 2006 QCCA 1398 (CanLII), paragr. 47-49; *Prud'Homme c. Gilbert*, J.E. 2012-1773 (C.A.), paragr. 63.

¹⁸⁰³ C'est ce que rappelle souvent le juge notamment, dans le cas d'un notaire où il est mentionné que non seulement celui-ci a violé les obligations relevant de son mandat, mais aussi le devoir général de conseil qui lui incombe. Voir *Dorion c. Roberge et al.*, [1991] 1 R.C.S. 374, 400; *Bourque c. Héту*, [1992] R.J.Q. 960 (C.A.), p. 3 du texte intégral.

¹⁸⁰⁴ Voir *Abou-Kasm c. Levine*, 2003 QCCS 39069 (CanLII), paragr. 81.

créancier du devoir de conseil¹⁸⁰⁵. Ces obligations dérivent du contrat et le transcendent à la fois. Cet aspect ressort clairement dans l'affaire *Côté c. Rancourt*¹⁸⁰⁶. Il y est rappelé que les obligations de l'avocat ne découlent pas limitativement du mandat qui lui est confié, mais découlent aussi de son devoir général de conseil. Les juges ont estimé qu'il n'y a aucune raison de limiter son application à un professionnel en particulier et ont décidé de l'étendre aux ingénieurs¹⁸⁰⁷. La généralité du devoir de conseil est également en lien avec sa nature, puisqu'il s'agit d'une obligation de moyen.

Une obligation de moyen. La seconde dimension commune du devoir de conseil renvoie à sa nature. Quelle que soit l'intensité du devoir de conseil et des enjeux qui interviennent dans la relation contractuelle, il s'agit toujours d'une obligation de moyen¹⁸⁰⁸. Ce qui marque la limite de ce devoir, mais également sa pertinence face aux critiques qui considèrent que le devoir de conseil aboutit à l'infantilisation du créancier¹⁸⁰⁹ et à une trop grande responsabilité à l'égard du débiteur. En tant qu'obligation de moyen, le créancier du devoir de conseil ne peut s'en prévaloir que jusqu'à un certain point et le type d'obligations qui en découlent n'est pas illimité. De même, la négligence et la passivité du créancier du devoir de conseil viennent en restreindre la portée. Dans la mesure où le devoir de conseil implique la collaboration et la coopération de celle-ci, leur absence annule la possibilité d'invoquer la violation du devoir de conseil¹⁸¹⁰. Le recours au devoir de conseil peut ne pas prospérer lorsqu'il s'avère illégitime ou tend à trop élargir les obligations de celui qui en est débiteur¹⁸¹¹. Il en va ainsi de celui qui reçoit les services d'un professionnel de l'informatique et qui ne met pas tout en œuvre afin que les services reçus puissent être utiles¹⁸¹².

¹⁸⁰⁵ Voir *Roberge c. Bolduc*, [1991] R.C.S. 374, 434-435. Voir aussi *Vachon c. Compagnie Trust Central Guaranty*, J.E. 98-77 (C.A.) *paxim*; *Fermes Forcier & Fils s.e.n.c. c. Promutuel Lac-St-Pierre- Les Forges, société mutuelle d'assurances générales*, 2006 QCCS 5131 (CanLII), paragr. 32-48.

¹⁸⁰⁶ Voir [2004] 3 R.C.S. 248, paragr. 10 du texte intégral.

¹⁸⁰⁷ Voir *Tremblay c. Dionne*, [2006] R.J.Q. 2614 (C.A.), paragr. 51.

¹⁸⁰⁸ Le juge le rappelle dans une décision : le débiteur du devoir conseille et le créancier décide. Voir *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2012 QCCS 6164 (CanLII), paragr. 228.

¹⁸⁰⁹ Voir Bernard RUDDEN, « Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement », (1985) *RTDciv.* 91 et s.

¹⁸¹⁰ Pour un notaire ayant suivi les instructions de son client a fait des paiements à des tiers, voir *Bergeron c. Racette*, 2006 QCCA 1440 (CanLII).

¹⁸¹¹ Un avocat spécialisé en droit criminel ne peut être condamné pour les conseils qu'il ne pouvait fournir dans l'aspect civil du dossier. Un notaire ne peut être sanctionné pour avoir respecté les ordres du client alors celui-ci faisait manifestement une erreur, voir *Djoufo c. Isabelle*, 2008 QCCA 547 (CanLII), paragr. 17-21.

¹⁸¹² Dans *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2012 QCCS 6164 (CanLII), paragr. 228 et s. Un contrat avait été signé entre les deux parties avec l'ambition de maximiser les capacités de production de Breton par l'implantation d'un système intégré de gestion. Le projet échoua. Le mandat mentionnait de façon spécifique entre autres obligations, un devoir d'information et de conseil. Sauf que de l'avis de la Cour supérieure, cette situation est d'abord due au manque de collaboration de Breton.

Les juges ne demandent d'ailleurs pas l'impossible aux professionnels et sont enclins à circonscrire la portée du devoir de conseil. Dans *Sylvestre c. Karpinski*¹⁸¹³, un avocat avait été consulté sur une question précise, notamment l'opportunité de la résiliation d'une offre d'achat. Le tribunal a estimé que celui-ci n'a pas manqué à son devoir de conseil en ne conseillant pas à son client de procéder plutôt à la conversion de l'immeuble en copropriété. Le juge explique que le devoir de conseil ne confère pas un « pouvoir omniscient » à l'avocat et ne fait pas de lui le conseiller d'affaires du client qui le sollicite sur un point précis. Comme le mentionne la Cour suprême du Canada, le devoir général de conseil est limité par les circonstances dans lesquelles il doit être exercé et les compétences du professionnel qui est mis en cause¹⁸¹⁴. Le risque d'abus judiciaire est un argument qui revient certes souvent, mais il occulte le rôle que les juges doivent jouer afin de protéger le profane et préciser les obligations des parties lorsque la relation est inégale.

L'existence d'une inégalité informationnelle. La troisième caractéristique commune à l'existence d'un devoir général de conseil est l'inégalité informationnelle et la déficience décisionnelle de l'une des parties. L'existence du devoir général de conseil et son respect mettent aux prises deux personnes : l'une, un professionnel, et l'autre, une partie en position de vulnérabilité informationnelle, souvent un profane¹⁸¹⁵. Le devoir de conseil incombe au professionnel en raison de sa compétence, de ses connaissances ou de sa qualité, pour assurer un engagement réel de la part du profane, puisque le professionnel engagé dans la relation maîtrise davantage les enjeux réels de celle-ci. D'ailleurs, si le profane a recours aux services d'un professionnel, c'est en grande partie parce que justement il estime ne pas avoir les habiletés nécessaires pour saisir toutes les subtilités de la situation et leurs implications. Concernant la gestion de portefeuille financier, la Cour suprême du Canada, reprenant la position de la doctrine, a récemment rappelé que « l'intensité du devoir de conseil sera d'autant plus importante que les connaissances du client en matière d'investissements sont faibles »¹⁸¹⁶. Cependant, il peut arriver que même dans des relations mettant en présence des professionnels, l'un se retrouve en situation de vulnérabilité informationnelle. Il convient aussi, dans ce cas, d'imposer un devoir de conseil¹⁸¹⁷.

¹⁸¹³ Voir 2011 QCCA 2161 (CanLII).

¹⁸¹⁴ Voir *Côté c. Rancourt*, [2004] 3 R.C.S. 248, paragr. 10.

¹⁸¹⁵ Voir *Trust La Laurentienne du Canada Inc. c. Losier*, J.E. 2001-254 (CA.), paragr. 27-32.

¹⁸¹⁶ Voir *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 638, paragr. 34.

¹⁸¹⁷ Dans l'affaire *Société nationale de fiducie c. Bariveau*, [1990] R.R.A. 755, le juge note que « l'intensité du devoir de conseil est en relation avec les connaissances et l'expérience du client à qui, en principe, une mise en garde est due » (p. 4 du texte intégral).

Une large sphère d'intervention du devoir de conseil. C'est encore le déséquilibre sur le plan de l'information qui justifie que le devoir de conseil ne soit pas seulement limité à la formation du contrat, puisqu'il s'agit dans les faits, d'un devoir continu. Dans tous les cas que nous avons invoqués précédemment, le devoir de conseil ne s'arrête pas à la formation du contrat, il s'inscrit très souvent dans la continuité. Qu'il s'agisse du suivi de l'avocat, ou du courtier ou encore du professionnel des finances, le conseil est souvent complété de l'assistance¹⁸¹⁸. Il s'étend à la période d'exécution du contrat et s'exerce de manière continue. Il incombe, par exemple, au fournisseur de service informatique d'assurer le maintien du service et de fournir son appui et ses conseils à son client quant au bon usage des instruments installés. De même, le courtier en assurance qui ne fournit pas les informations pertinentes à la bonne exécution du contrat se voit condamner pour violation du devoir de conseil reposant sur la coopération nécessaire entre les parties¹⁸¹⁹. La coopération est souvent attachée aux contrats à exécution successive. Pourtant, le devoir de conseil ne nécessite pas que le contrat ait vocation à s'étaler dans le temps, surtout s'il s'agit de la recherche d'un consentement éclairé. Le devoir de conseil peut aussi être rattaché à un devoir de sécurité. En effet, sa mise en œuvre peut impliquer pour le débiteur de fournir des informations nécessaires permettant d'assurer la sécurité des personnes qui sont appelées à utiliser le produit ou les services objet du contrat¹⁸²⁰. Le devoir de conseil prend naissance à la formation du contrat, et s'étend à l'exécution en vue d'en faciliter la réalisation jusqu'à la rupture du lien contractuel. Comme le rappelle la Cour suprême à propos de la gestion de portefeuille, qu'« il [le devoir de conseil] subsiste tant que l'objet du mandat confié par le client au gestionnaire n'est pas modifié, ce dernier étant tenu à une obligation continue de gestion, et pourrait même survivre à la fin du mandat »¹⁸²¹. Une telle précision ne doit pas nécessairement être limitée au mandat de courtier financier et peut être valide pour l'ensemble des professionnels.

La pertinence de la généralisation du devoir de conseil. Une fois qu'est faite l'analyse des caractéristiques communes du devoir de conseil, peu importe qu'il s'agisse d'un médecin, d'un notaire ou d'un autre professionnel, la question est de savoir si ce devoir peut être généralisé à

¹⁸¹⁸ Il en va ainsi notamment du fournisseur de service informatique ou du courtier en finance ou en placements qui peuvent être appelés à en assurer le suivi.

¹⁸¹⁹ Voir *Dorais c. Industrielle Alliance, assurances et services financiers inc.*, 2006 QCCQ 12166 (CanLII), paragr. 32-34.

¹⁸²⁰ Voir *Bombardier inc. c. Imbeault*, [2009] R.R.A. 82 (C.A.), paragr. 14.

¹⁸²¹ Voir *Lafamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 638, paragr. 33.

de nombreux autres professionnels, du moins peut-on sérieusement l'envisager. L'éventualité d'une telle systématisation crée des réticences, puisque de nombreux auteurs y voient, en plus de l'infantilisation du majeur et la responsabilisation accrue des professionnels déjà invoquées, la déstabilisation de la bonne marche des affaires, des échanges économiques et de la sécurité juridique. En fait, cet argument doit être relativisé. Les différents domaines dans lesquels le devoir de conseil a été mis en exergue par les tribunaux et le législateur n'ont pas donné lieu à des bouleversements ou aux catastrophes qu'on aurait pu craindre, ni nuire à la sécurité juridique pour autant¹⁸²². Cette appréhension semble donc plus théorique que réelle. Par ailleurs, on peut noter dans la jurisprudence de nombreux cas de reconnaissance du devoir de conseil en dehors des relations mettant aux prises des professionnels, notamment en matière de service informatique¹⁸²³, même les fonctionnaires d'un ministère n'échappent pas forcément à un devoir de conseil¹⁸²⁴. Ce devoir de conseil est d'autant plus important que certaines cautions s'engagent pour des raisons purement sentimentales, amicales ou familiales, dans un domaine où les risques économiques sont pourtant importants¹⁸²⁵. Le cantonnement du devoir de conseil à quelques types de relations contractuelles ne se justifie plus. Il en va de la qualité de l'engagement et de la réalisation du contrat d'admettre le principe de sa généralisation sur le fondement du principe de la coopération. Pour autant, tel n'est pas le seul devoir qui résulte de l'idée de coopération et de collaboration à la base de la doctrine solidariste. Elle favorise également une plus grande reconnaissance de l'obligation de motivation.

La signification de l'obligation de motivation. Aux yeux des tenants du solidarisme contractuel, le déséquilibre créé par la mise en œuvre même non fautive des pouvoirs unilatéraux d'un contractant peut engendrer une situation inacceptable pour la partie vulnérable. C'est la raison

¹⁸²² On peut aussi noter ici que toutes les craintes éprouvées au sujet de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision n'ont été vérifiées dans les pays où elle a été reconnue. Comme le mentionne Jean-Pascal CHAZAL, dans bien des cas, « l'angoisse de l'insécurité relève, en vérité, plus du sentiment que de la réalité ». Voir « Rapport de synthèse, », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat, supra*, note 1, p. 127.

¹⁸²³ Voir *Bal Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2012 QCCS 6164 (CanLII), paragr. 228 et s.

¹⁸²⁴ Le tribunal arrive à la conclusion que le fonctionnaire n'est pas en faute, mais rien n'exclut que ce dernier se voit imposer un tel devoir. Voir *Lauzon c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1239 (CanLII), paragr. 23-25.

¹⁸²⁵ Une évolution notable par rapport à l'affaire *Banque nationale du Canada c. Goulet*, 1997 QCCA 10411 (CanLII), p. 2-3 du texte intégral. La caution s'était engagée pour essayer de sauver les affaires de son époux sans vraiment comprendre la portée financière de son engagement. Toutefois, les juges ont estimé que la banque n'avait pas une véritable obligation d'information, encore moins un devoir de conseil sur les risques potentiels liés à un tel contrat alors même que la caution croyait son engagement limité à quelques milliers de dollars seulement. Voir aussi Louise LANGEVIN, « L'obligation de renseignement, le cautionnement et les dettes transmises sexuellement », (2005) 50 *McGill L. J.* (1-47).

pour laquelle l'exercice des privilèges dont bénéficie une partie doit être soumis à une obligation objective de motivation. Une obligation de motivation dont la légitimité découle de l'impossibilité de négocier ou de modifier le contrat. L'obligation de motivation peut être définie comme étant la nécessité de fournir des raisons objectives et rationnelles dans l'exercice d'un droit, d'une décision, d'un acte ou de l'usage d'un privilège ou d'un pouvoir. Comme le souligne un auteur, « elle a d'abord pour vocation à être appliquée chaque fois que l'exercice d'une clause de pouvoir par l'un des contractants met à mal les attentes obligationnelles légitimes de l'autre partie »¹⁸²⁶. Mais il ne faudrait pas pour autant restreindre la portée de l'obligation de motivation à cette situation. Inspiré de l'article Muriel Fabre Magnan, Ghislain Tabi Tabi soutient que :

L'on peut donc conclure que l'obligation de motivation sera toujours sollicitée chaque fois que, pour des raisons d'adoption ou de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, ou encore pour toutes les situations où soit le contenu obligationnel est en cause, soit la mise en application de la force obligatoire du contrat est requise, le rapport d'obligations enregistre un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties. Le titulaire de l'obligation de motivation est déterminé en fonction de la position que chacun des contractants occupe. Il s'agit alors, dans les circonstances, du contractant qui se trouve en position de force¹⁸²⁷.

Cela dit, il faut garder à l'esprit que l'obligation de motivation doit être appréciée *in concreto* et non pas de manière abstraite, car même le contractant qui peut être considéré *a priori* comme partie vulnérable peut être soumis à une forme d'obligation de motivation. Elle conditionne l'exercice du pouvoir et des privilèges unilatéraux des deux contractants.¹⁸²⁸ Elle peut intervenir durant la formation ou l'exécution du contrat, mais son lieu de prédilection est la rupture ou le non-renouvellement du contrat. Ce qui renvoie à la mise en œuvre des prérogatives ou avantages dont la loi lui permet de bénéficier et dont l'exercice peut, pour ne pas nuire à l'autre partie, être soumis à une obligation de motivation¹⁸²⁹. Cela dit, ce sera souvent la partie forte qui en sera débitrice, comme le montrent les différents pans du droit dans lesquels l'obligation de motivation a été développée. L'obligation de motivation a eu jusqu'ici un domaine bien réduit en matière contractuelle. Pour l'essentiel, mais sans prétendre en rendre totalement compte, elle intervient

¹⁸²⁶ Voir Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, supra, note 54, p. 273.

¹⁸²⁷ *Id.*

¹⁸²⁸ Voir Thierry REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de la vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », (2004) 2 *Revue des contrats* 579.

¹⁸²⁹ Il est vrai que certains voient d'un mauvais œil cette expansion de l'obligation de motivation et y voient une source supplémentaire d'insécurité totalement inutile. Elle devrait donc, là où elle est nécessaire, être cantonnée à ces situations spécifiques. Voir Laurent AYNÈS, « Motivation et justification », (2004) 2 *Revue des contrats* 555.

dans le cadre du contrat de travail, du contrat de bail de logement ou encore du contrat d'entreprise ou de service¹⁸³⁰.

L'obligation de motivation en matière de contrat de travail. L'une des formes les plus connues de l'obligation de motivation est probablement la motivation du licenciement d'un employé. Le droit du travail constitue l'exemple d'un droit de la protection du contractant en position de vulnérabilité, car des règles spécifiques y ont depuis longtemps été instituées. Dans la mesure où l'employeur est souvent en position de force, la loi exige de lui qu'il justifie sa décision de mettre fin au contrat qui le lie à son employé. Une simple clause de résiliation unilatérale ne suffit pas, notamment dans le contrat de travail à durée indéterminée. Bien que le contrat de travail soit régi par une multitude de législations et de textes règlementaires, si l'on s'en tient simplement au *Code civil du Québec*, l'article 2094 prévoit qu'« une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail ». Cet article soumet la résiliation à la preuve d'un motif sérieux. En outre, les motifs que l'employeur peut invoquer sont soit limitativement contrôlés, soit il lui est interdit de faire appel à certains motifs¹⁸³¹. L'obligation de motivation peut même aller plus loin et exiger de l'employeur, même dans une situation qui pourrait légitimement justifier l'exercice de sa prérogative, de tenter de trouver une alternative afin que l'employé puisse conserver son travail. Aussi, l'employeur doit procéder à l'accommodement d'un employé avant d'envisager le licenciement¹⁸³². Telle est en quelque sorte la dimension positive de la motivation attendue de la partie forte. Concernant le contrat de travail, il n'y a pas que la rupture ou le non-renouvellement du contrat qui est soumis à une obligation de motivation. Lors de la formation du contrat de travail, il y a des restrictions et des contraintes qui s'apparentent à la motivation de l'acceptation ou du refus d'un candidat. Un employeur ne peut utiliser des raisons discriminatoires pour refuser de retenir un candidat, à l'instar du sexe, de la race, de la maternité

¹⁸³⁰ Le droit civil pourrait aussi s'inspirer du droit administratif qui de l'autorité administrative de justifier au plan réglementaire et légal à l'égard du contribuable les décisions prises à leur encontre. Voir les analyses de Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, supra, note 54, p. 266 et s.

¹⁸³¹ Le principe est alors qu'il faut justifier d'une cause juste et suffisante pour licencier un employé, bien s'il n'est pas simple à définir. La *Loi sur les normes du travail* prévoit de nombreuses situations assimilées à des pratiques interdites et organise tout un cadre de protection du travailleur dans ces cas.

¹⁸³² Si, dans le contexte français, le reclassement fait l'objet d'un véritable régime légal de protection, l'accommodement est au Canada, l'œuvre de la jurisprudence. Voir l'étude de Anne-Marie LAFLAMME et Sophie FANTONI-QUINTON, « L'obligation d'accommodement au Canada et l'obligation française de reclassement : convergences, divergences et impacts sur le maintien du salarié en état d'incapacité », (2009) 3 *McGill L. J.* 121.

ou de la progéniture¹⁸³³. En dehors du cadre des relations de travail, on retrouve l'obligation de motivation dans le louage résidentiel.

L'obligation de motivation dans le bail de logement. Dans le *Code civil du Québec*, le contrat qui fournit le meilleur exemple de l'obligation de motivation, en dehors du contrat de travail, est assurément le contrat de bail de logement. Les rapports entre les locateurs et locataires résidentiels ont fait l'objet de règles de protection distinctes, étant donné l'importance du lieu d'habitation dans la vie des individus. Compte tenu d'un tel objectif, le législateur québécois a prévu que le bailleur ne peut mettre un terme au contrat de bail de logement ou refuser son renouvellement au locataire, en dehors des raisons limitativement énumérées dans le Code. L'article 1882 C.c.Q. prévoit à cet effet que la partie qui désire résilier doit fournir à l'autre un avis qui indique le motif de la résiliation. Le bailleur peut demander la résiliation du bail lorsque le locataire est en retard de plus de trois semaines pour le paiement du loyer ou, encore, s'il en subit un préjudice sérieux, lorsque le locataire en retarde fréquemment le paiement ». Cela étant, la loi interdit l'utilisation de certains motifs par le bailleur. Ce dernier ne peut résilier le contrat en cas de décès du locataire conformément à l'article 1884 C.c.Q. Il en est de même lors de la disposition de l'immeuble dans lequel le logement est loué. D'après les termes de l'article 1937 C.c.Q., le nouvel acquéreur ne peut résilier le contrat¹⁸³⁴. Le *Code civil du Québec* prévoit que le bailleur qui veut exercer son droit de reprise du logement ne peut le faire que dans la mesure où il veut occuper lui-même le logement, ou s'il veut le donner à un des membres de sa famille. Par ailleurs, le non-renouvellement du contrat de bail résidentiel peut être motivé par des travaux importants qu'il envisage d'effectuer. L'exercice de cette prérogative est soumis au contrôle d'un organisme créé spécifiquement pour connaître des conflits entre locataire et bailleur. Même bien fondé, le locataire peut encore contester la décision du bailleur qui devra alors prouver que le motif invoqué est bien le reflet de la réalité. Le locataire n'est pas seulement protégé dans le contrat du simple bail, il l'est aussi lorsqu'il occupe un logement loué dans le cadre d'une copropriété divise.

¹⁸³³ Au Québec, la discrimination à l'embauche est interdite tant en vertu de la Charte des droits et libertés de la personne (art. 10 et 16) que de la Loi canadienne sur les droits de la personne en ce qui a trait aux employeurs relevant de la compétence fédérale (art. 7). L'article 16 de la Charte indique : « Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploiS ».

¹⁸³⁴ En termes de motivation de la résiliation, la logique protectrice peut aller très loin. Pour protéger le locataire, le pouvoir de résiliation du bailleur est strictement serré. L'article 1974 C.c.Q. permet au premier de résilier le bail s'il obtient un logement modique.

L'article 1079 du *Code civil du Québec* précise que « le syndicat peut, après avoir avisé le locateur et le locataire, demander la résiliation du bail d'une partie privative lorsque l'inexécution d'une obligation par le locataire cause un préjudice sérieux à un copropriétaire ou à un autre occupant de l'immeuble ». Malgré les pouvoirs importants dont dispose le syndicat de copropriété, il ne leur est pas permis de résilier le bail d'un locataire sans fournir une raison valable à cet égard. Que ce soit dans le cadre du contrat de travail ou du bail résidentiel, l'obligation de motivation vise à maintenir le contrat ou à l'adapter. Il en est de même en ce qui concerne le contrat d'entreprise.

L'obligation de motivation dans les contrats d'entreprise et de service. Le principe de libre résiliation du contrat d'entreprise et de service est mentionné à l'article 2125 C.c.Q. au profit du client. Il n'en est pas de même pour l'entrepreneur. L'article 2126 C.c.Q. indique que « l'entrepreneur ou le prestataire de services ne peut résilier unilatéralement le contrat que pour un motif sérieux et, même alors, il ne peut le faire à contretemps; autrement, il est tenu de réparer le préjudice causé au client par cette résiliation ». Une telle restriction dans la mise en œuvre de la résiliation du contrat existe en vue de protéger le contractant. Elle est double d'ailleurs, car non seulement la résiliation doit être justifiée par un motif sérieux, mais encore elle est soumise au respect de quelques formalités¹⁸³⁵. L'entrepreneur qui ne les respecte pas prend le risque de se voir condamner à réparer le dommage subi par le client. Notre objectif n'est pas d'étudier de manière exhaustive tous les contrats nommés pouvant donner lieu à une obligation de motivation, mais de montrer qu'elle est présente dans le droit de la protection du contractant vulnérable, même si ces hypothèses restent encore campées dans des situations précises¹⁸³⁶. En plus des hypothèses légales portant sur l'obligation de motivation, on trouve dans la jurisprudence quelques signes du contrôle des pouvoirs unilatéraux des contractants pouvant être considérés sous l'angle de l'obligation de motivation.

Les traces de l'obligation de motivation dans la jurisprudence en matière d'appel d'offres. Bien qu'on ne puisse pas dire que l'obligation de motivation soit directement recherchée dans le cadre

¹⁸³⁵ Voir *Labrecque c. 9117-7402 Québec inc.*, 2013 QCCQ 15980 (CanLII), paragr. 28-33.

¹⁸³⁶ On peut d'ailleurs ajouter l'article 2261 C.c.Q. qui prévoit que « le contrat de société peut être résilié pour une cause légitime, notamment si l'un des associés manque à ses obligations ou nuit à l'exercice de l'activité des associés ». On peut y voir une exigence de motivation.

de la jurisprudence en matière de contrat, elle se dessine pourtant en filigrane dans quantité de décisions¹⁸³⁷. En tout cas, elles permettent de mieux comprendre la position du juge. À titre illustratif, nous pouvons revenir à l'affaire *Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc.*¹⁸³⁸, dans laquelle il est apparu que l'exercice du pouvoir contractuel unilatéral de résiliation devrait quelques fois être suffisamment justifié. Par conséquent, le titulaire d'une prérogative de résiliation unilatérale ne peut l'exercer de manière discrétionnaire. Il ne s'agit plus simplement d'avoir des prétextes suffisants pour éviter de demeurer dans les liens contractuels, il faut en outre fournir des explications positives permettant de légitimer l'exercice des pouvoirs contractuels. Le juge reproche au cocontractant de n'avoir pas cherché une alternative qui aurait pu éviter la résiliation du contrat. Non seulement il doit motiver positivement sa décision, mais il lui est en outre exigé de prouver qu'il a pris, sans succès, des mesures permettant de sauver le contrat. Il est clair que la décision du tribunal peut dépendre des circonstances ou être justifiée par la nature des relations de longue durée établies entre les parties et la confiance ayant été bâties réciproquement. Il n'en reste pas moins vrai que les leçons pouvant en être tirées présentent une portée beaucoup plus grande dans la perspective solidariste du rétablissement et du maintien de l'équilibre contractuel. Une telle évolution jurisprudentielle suggère la possibilité d'un contrôle judiciaire des motifs de cessation du contrat. Une logique que l'on retrouve en matière de contrat de distribution.

L'obligation de motivation dans le contrat de distribution. Les signes de l'obligation de motivation dans la jurisprudence peuvent être identifiés en matière de contrat de distribution. Examinons à cet égard l'affaire *Bertrand Équipements Inc. c. Kubota Canada Ltée*¹⁸³⁹. En 1976, Bertrand Équipements devenait le second distributeur au Québec des produits de marque Kubota : tracteurs, machinerie de construction, moteurs, pièces et accessoires. À la suite de problèmes financiers, Kubota vend une partie de ses avoirs en contrepartie de la résiliation de certains de ses contrats de distribution parmi lesquels celui de Bertrand Équipements. Kubota met brutalement fin audit contrat, au détriment du distributeur, en exerçant le droit de résiliation

¹⁸³⁷ Il convient de préciser que l'obligation de motivation porte sur le fond de la décision du contractant, car au niveau de la forme, notamment du respect du préavis, la jurisprudence semble plutôt claire quant à l'exigence de l'envoi d'un préavis en cas de non-renouvellement ou de rupture, de même qu'en cas de modification des termes du contrat. Voir *9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, J.E. 2012-1050 (C.A.), paragr. 31-33.

¹⁸³⁸ Voir 2013 QCCA 580 (CanLII).

¹⁸³⁹ Voir [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.).

unilatéral qui y est prévu. Le tribunal condamne Kubota pour un usage abusif de ce pouvoir. Si la conclusion à laquelle parvient le juge peut être partagée, le cheminement est, quant à son fondement, discutable. En effet, conclure à un contrôle objectif de l'exercice du pouvoir de résiliation contractuel est préférable à la notion d'abus, puisque la mise en œuvre de ce droit n'est pas tant abusive et le bénéficiaire n'a pas agi de mauvaise foi. Kubota pouvait légitimement exercer ce droit. Ce que le tribunal lui reproche en réalité est d'avoir nié la relation de coopération et collaboration franche et de confiance qui s'était installée au fil des années entre les parties. La Cour estime en réalité que, malgré le pouvoir prévu dans le contrat, les véritables motifs ayant poussé Kubota à la résiliation du contrat ne sont pas acceptables, puisqu'il n'a pas pris suffisamment en compte les impacts de sa décision sur ce distributeur exemplaire¹⁸⁴⁰. C'est bien le caractère illégitime des raisons ayant motivé l'exercice du privilège contractuel de résiliation et la perspective purement égoïste qui sont ici sanctionnés. Toute chose qui autorise peut-être à croire qu'une obligation générale de motivation est envisageable.

Une obligation générale de motivation de *lege feranda*. Certes, l'influence de l'obligation de motivation reste marginale en droit commun. Il n'empêche que, comme le montre des pans entiers du droit spécial de la protection du contractant vulnérable, elle offre des avenues à une plus grande protection de ce dernier dans le cadre du rééquilibrage du contrat. De l'avis des défenseurs du solidarisme contractuel, il n'y a pas de raison de ne pas élargir l'obligation de motivation, car elle est une façon efficace de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels unilatéraux qui devrait être explorée. L'obligation de motivation est souvent associée à la rupture du contrat. Il n'est pas nécessaire de l'y restreindre. Elle peut être imposée pour l'exercice d'un droit en cours de réalisation du contrat. Il en va ainsi du pouvoir unilatéral de modification du

¹⁸⁴⁰ Le tribunal précise clairement qu'« il est constant au débat que jamais Kubota Canada n'avait eu quoique ce soit à redire à la façon dont Bertrand Équipements exploitait sa concession et que le distributeur avait toujours scrupuleusement respecté ses obligations à l'égard de Kubota Canada. C'était un distributeur modèle à qui Kubota Canada avait décerné des "médailles" dans le passé. La seule raison pour laquelle on a retiré la concession de Saint-Eustache était liée directement à l'engagement pris par Kubota Canada, à l'insu de Bertrand Équipements, de fermer la concession de cette dernière avant le 1er septembre 1998, de manière à ne pas avoir à payer la pénalité de \$250,000.00 stipulée dans le contrat de vente de la concession de Saint-Janvier à Pro-Ab de Val-d'Or, contrat de vente qui permettait à Kubota Canada de récupérer ses billes suite aux investissements désastreux qu'elle avait faits dans une entreprise qui avait toujours été le mouton noir des concessions de l'ouest du Québec, comme l'ont démontré les témoignages rendus à l'audience. Du côté de Kubota Canada, on aura ainsi tenté de réparer, tant bien que mal, l'erreur de jugement commercial et financier commise antérieurement, mais au prix alors d'un certain "dommage collatéral", soit la fermeture d'une concession de 22 ans d'existence contre laquelle on n'avait jamais rien eu à reprocher, si ce n'est de ne pas avoir voulu acheter pour \$700,000.00 une bâtisse qui n'en valait pas \$300,000.00 ». Voir *Bertrand Équipements Inc. c. Kubota Canada Ltée*, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.), paragr. 51-52.

contrat. Il ne peut être exercé de manière arbitraire de sorte que le cocontractant se retrouve à la merci de son bénéficiaire. L'équilibre contractuel et la coopération réciproque justifient la surveillance de l'exercice du droit de changer unilatéralement le contenu contractuel, tout comme la décision de mettre un terme à la relation contractuelle. La doctrine solidariste invite à la consécration d'une obligation générale de motivation en vue d'assurer la garantie des intérêts légitimes de la partie en position de vulnérabilité et la conciliation des intérêts en présence. Ce qui ne saurait advenir sans surmonter quelques obstacles.

Les obstacles à la généralisation de l'obligation de motivation. Une telle évolution reste difficile à envisager, et ce, principalement parce que le *Code civil du Québec* consacre plutôt le principe de la libre résiliation du contrat. C'est que le solidarisme appelle à tout un bouleversement. Ce qu'on constate aisément à la lecture de l'article 1439 C.c.Q. qui mentionne que le contrat ne peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties. Le *Code civil du Québec* prévoit aussi que le contrat peut être résilié de plein droit sans aucune poursuite judiciaire¹⁸⁴¹. Les parties sont libres non seulement d'inclure dans le contrat une clause de résiliation ou de modification unilatérale, mais encore, elles n'ont même pas besoin de passer devant un juge pour résilier le contrat, et donc encore moins de fournir des motifs à cet égard. En dehors des situations légales strictement énumérées, il n'y a pas de raison d'étendre l'obligation de motivation au risque de restreindre par trop la liberté des parties. Même s'il arrive que les juges sanctionnent un usage abusif du droit de résiliation, l'abus ou le principe général de la bonne foi ne vont pas jusqu'à légitimer une obligation générale de motivation dans l'exercice des pouvoirs contractuels unilatéraux. Or, que faire toutes les fois que les parties ne sont pas sur un pied d'égalité et que la résiliation ne peut être que le privilège d'une seule? Une partie de la réponse peut être trouvée dans la jurisprudence. En fait, l'obligation de motivation ne doit pas être considérée de manière rigide dans le sens qu'elle est sanctionnée par les tribunaux lorsque les comportements des parties ne relèvent pas d'un esprit de coopération. Dans *Legault c. Gaudreau*¹⁸⁴², la Cour d'appel a confirmé une décision rendue par la Cour supérieure dans le cadre d'un contrat d'entreprise et de service. Elle a décidé qu'un client ne peut soulever la violation des articles 2125 et 2126 C.c.Q. alors qu'il est clairement établi qu'il n'a pas facilité la tâche à son cocontractant et a même entravé le bon déroulement des travaux. La collaboration se dévoile à

¹⁸⁴¹ Voir l'article 1605 C.c.Q.

¹⁸⁴² Voir 2010 QCCA 2183 (CanLII).

la fois comme le fondement et la limite de l'obligation de motivation. Toujours est-il que la généralisation de la motivation est surtout contestée parce qu'on y voit un outil de protection surabondant.

Un moyen de protection surabondant? Il est en partie avéré que l'exercice des prérogatives contractuelles peut être soumis au contrôle de la bonne foi et à l'abus. Mais cette remarque nécessite encore quelques précisions supplémentaires en vue de saisir la différence entre les deux catégories de procédés de protection et, éventuellement, l'apport de l'obligation de motivation. En plus du caractère vague et brumeux de la bonne foi qui ne permet pas d'en délimiter la sphère, l'obligation de motivation dans la perspective solidariste intervient en réalité comme le complément nécessaire de la notion d'abus. En effet, les deux mécanismes de protection portent sur le même objet : la manière dont un droit ou un privilège est exercé. La notion d'abus met l'accent sur le versant négatif, sur son usage fautif avec ou non une intention de nuire. L'obligation de motivation est le versant positif dans le sens qu'en plus de l'interdiction, elle contraint le bénéficiaire de ce droit à fournir un motif sérieux et cohérent qui justifie la manière dont il exerce son droit. La nature de l'abstention est de deux ordres : la première invite à exercer son droit sans abuser et la seconde en interdit carrément l'usage, sauf en ayant une raison suffisante de le faire. L'obligation de motivation est un cran au-dessus de la notion d'abus. N'y a-t-il pas là une trop grande emprise sur la liberté des contractants?

Un frein à la liberté contractuelle? Imposer une obligation de motivation aux contractants qui bénéficient de pouvoirs contractuels unilatéraux ne signifie en aucun cas annihiler l'exercice de la liberté de ce contractant et l'obliger à demeurer dans la relation. Il s'agit plutôt de protéger l'intérêt au contrat de son partenaire. L'obligation de motivation fait office de principe de sélection parmi les motifs qu'une partie peut invoquer pour exercer ses droits et privilèges. Il faut croire que la simple recherche d'accroissement du profit ne saurait suffire, ni le comportement purement opportuniste¹⁸⁴³. L'obligation de motivation est opposée à l'analyse coût-bénéfice de l'approche économique du contrat. En effet, cette théorie a pour effet de pousser un contractant à sortir de la relation contractuelle si, en fin de compte, cette solution lui est profitable. Sauf que

¹⁸⁴³ Ainsi, un contractant qui a développé une relation privilégiée avec le cocontractant ne peut soulever le non respect des formalités prévues au contrat, alors même qu'au fil du temps, celles-ci ont été implicitement mises de côté. Voir *Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc.*, 2013 QCCA 580 (CanLII), paragr. 193-195.

cette décision se prend souvent au détriment de son partenaire. Soumettre l'exercice de cette possibilité de sortir du contrat à un motif légitime va alors tempérer, voire empêcher ce type de comportement. Ce qui n'a pas pour effet de compromettre le recours à des raisons légitimes pour cesser toute relation contractuelle ou pour modifier les termes d'un contrat. Une partie peut librement exercer son pouvoir de résiliation unilatérale face à des difficultés financières réelles, les entraves d'adaptation à un nouveau marché ou à la concurrence, voire le besoin de réorienter ses activités afin d'y faire face. L'obligation de motivation constitue l'accessoire essentiel des devoirs de cohérence et de proportionnalité.

Un complément nécessaire à l'exigence de cohérence. L'obligation de motivation se présente à la fois comme le complément de la cohérence et de la proportionnalité contractuelles. Exiger du contractant de motiver la résiliation ou à la modification du contrat signifie aussi qu'il opère entre ses choix et leurs effets un rapport de proportion. Elle permet d'ajuster les pouvoirs unilatéraux et les conséquences de leur exercice. L'exigence d'un motif sérieux et raisonnable en assure la juste mesure. S'il existe une raison véritable de résilier le contrat, les conséquences de ce choix ne devraient pas être disproportionné compte tenu de l'ensemble des circonstances. C'est ce que rappelle d'ailleurs le juge dans *Boisvert c. Desrochers*¹⁸⁴⁴. Il rappelle qu'une personne liée par un contrat d'entreprise et de service ne peut se prévaloir de l'article 2126 C.c.Q. alors qu'il a résilié le contrat de manière disproportionnée. L'exigence de motivation s'inscrit dans une logique plus large au sein de la doctrine solidariste qui prône la généralisation de devoirs contractuels qui pourraient favoriser la protection du contractant vulnérable.

Le renouvellement des nouveaux devoirs contractuels. Dire que le solidarisme contractuel inscrit les outils juridiques de protection de la partie vulnérable dans une perspective de renouvellement ne signifie pas nécessairement qu'il fasse appel à des instruments juridiques nouveaux inexistants dans le droit des contrats. En fait, il s'agit, quelques fois, de la généralisation ou de la systématisation de mécanismes pouvant adéquatement assurer la sauvegarde de l'intérêt légitime du contractant en situation de vulnérabilité. Dans cette optique, le solidarisme contractuel ne fait pas jaillir *ex nihilo* les moyens de protection, mais il tend plutôt à étendre la sphère d'outils, qui, sous l'effet de l'individualisme juridique ambiant, restent inactifs ou campés

¹⁸⁴⁴ Voir 2014 QCCQ 516 (CanLII).

à des contrats ou des circonstances encore trop restrictifs, réduisant de fait leur potentiel protecteur. Dans bien des hypothèses, ce renouvellement consiste à sortir certains procédés de protection de leur carcan et d'y jeter une lumière nouvelle. Cette prétention a d'ailleurs été l'une des principales critiques adressées à la doctrine¹⁸⁴⁵. Toute chose qui nous appert à bien des égards fondée. En effet, on peut difficilement envisager tous les contrats sous le prisme solidariste, ne serait-ce que parce que la coopération n'est pas essentielle dans tous les cas, du moins, pas avec une intensité identique. C'est la raison pour laquelle non seulement certains contrats sont soumis à des règles particulières, mais il arrive que des pans entiers du droit soient séparés du droit commun au profit des règles spéciales. Néanmoins, cela ne signifie pas que la théorie solidariste soit aussi diffuse et imprécise que ses détracteurs voudraient le faire croire. Elle repose d'abord sur l'existence de relations inégalitaires. C'est d'ailleurs l'une des caractéristiques des nombreux droits spéciaux. Cependant, rétorque-t-on, là encore, une telle catégorie n'est pas aussi précise que l'invention par Saleilles du contrat d'adhésion¹⁸⁴⁶. Les solidaristes ne font pas à ce niveau œuvre de création, mais plus modestement peut-être, d'actualisation. C'est dans cette perspective que Christophe Jamin estime qu'en plus des contrats d'adhésion, il faut ajouter d'autres formes d'assujettissement contemporaines qu'il qualifie de contrats de sujétion. Ce qui désigne globalement les hypothèses dans lesquelles l'une des parties se retrouve dans une situation où les règles lui sont dictées par l'autre, et ce, même si elle met aux prises des professionnels. Ce qui importe surtout dans la perspective solidariste est que la protection du contractant en position de force intègre le droit commun. Sans être forcément l'apanage de tous les contrats, c'est l'approche par exception et à la marge de la protection du contractant vulnérable, en vue de sauvegarder et de maintenir l'individualisme juridique dominant, que le solidarisme conteste. De plus, dans le contexte de complexité et de rapidité des échanges, l'inégalité et le déséquilibre contractuel ne peuvent plus être restreints à quelques corps de règles exceptionnels. La logique de conflit d'intérêts ne peut demeurer dans un tel environnement économique sans que les couches défavorisées ne soient victimes. Par ailleurs, ce n'est pas parce que la logique libérale et individualiste continue d'exercer une profonde influence sur les

¹⁸⁴⁵ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Didier*, supra, note 1479, p. 259-261. Denis Mazeaud a lui-même reconnu la justesse de la remarque à laquelle il a tenté d'apporter une réponse. Voir « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, supra, note 1476, p. 917 et s.

¹⁸⁴⁶ Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Didier*, supra, note 1479, p. 260.

échanges que le droit ne devrait pas prendre acte de la nature et de la complexité des relations contractuelles sur le plan juridique. Même s'il arrive que la jurisprudence fasse sienne cette approche¹⁸⁴⁷, la congruence entre l'approche libérale des échanges et le volontarisme contractuel n'est qu'un effet accidentel, non une nécessité. De l'opinion des solidaristes, le juge et le législateur doivent pouvoir se laisser tenter par les principes de cette théorie, s'ils sont mus par le besoin de rétablir l'équilibre au sein du contrat. Toute chose qui ne suppose pas seulement un renforcement et un complément des principes normatifs de protection du contractant, mais également de tirer toutes les conséquences juridiques de l'équilibre économique qui devrait inévitablement en résulter.

Sect. II Au renouvellement indispensable de l'équilibre économique du contrat

La dimension économique de l'équilibre contractuel dynamique. La recherche de l'équilibrage dynamique du contrat comporte une face économique. En effet, plutôt que de s'en tenir à l'échange des consentements, la détermination du contenu contractuel et des conditions de la réalisation du contrat provient en partie de la prise en compte de l'aspect économique de l'échange¹⁸⁴⁸. Ce qui n'est pas sans lien avec la justice contractuelle qui peut être réduite comme nous l'avons vu à la convention ou étendue à l'échange économique¹⁸⁴⁹. Il a été souligné à cet égard qu'« il demeure opportun de distinguer, comme en droit romain, l'opération économique consistant en un échange de valeurs (*contractus*) et l'échange des consentements qui en fixe les modalités (*conventio*) »¹⁸⁵⁰. Il faut cependant se garder de croire que ces deux perspectives doivent être opposées là où elles interviennent de manière assez complémentaire. L'équilibre contractuel dynamique implique un contrôle *a posteriori* et objectif du contenu contractuel en vue de procéder à un nouvel agencement des stipulations contractuelles¹⁸⁵¹ en fonction des

¹⁸⁴⁷ Voir la position du juge dans *Le Groupe Desjardins assurances générales c. La Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, J.E. 91-1599 (C.A.), p. 18-19 du texte intégral.

¹⁸⁴⁸ Voir Jean- Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : Est-on allé trop loin? », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat, supra*, note 1, p. 99-133.

¹⁸⁴⁹ En fait, lorsque nous avons analysé l'équilibre normatif proposé par le solidarisme contractuel, nous en avons abordé divers aspects de l'équilibre économique, notamment l'échange de valeurs avec toute la question de la lésion ou de la clause abusive. Ce ne sont cependant pas les seules dimensions de l'équilibre économique.

¹⁸⁵⁰ Voir Jean-Pascal CHAZAL, « La justice contractuelle », *supra*, note 33, p. 743.

¹⁸⁵¹ Ainsi, les effets du solidarisme sont davantage à considérer lors de la période d'exécution du contrat. Voir la deuxième partie de la thèse d'Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel, supra*, note 1377, p. 331 et s. Par ailleurs, signalons que c'est le contrôle du contenu contractuel qui fait l'objet d'une appréciation à partir de principes qui se veulent objectifs, mais le déséquilibre contractuel, quant à lui, peut être envisagé subjectivement, à l'instar de clauses unilatérales insérées dans le contrat par la partie en position de force. Il peut l'être objectivement,

nouveaux principes dégagés¹⁸⁵². Les principes et les devoirs identifiés servent d'instruments de mesure de l'équilibre contractuel sur le plan normatif et induisent la correction de celui-ci sur le plan économique. Comme l'équilibre normatif, les mécanismes de contrôle résultant de l'équilibre économique inscrivent la correction du contrat dans une perspective à la fois positive et prospective. Étant donné qu'aucun compartiment du contrat ne semble échapper à cette nouvelle logique, il convient, dans un premier paragraphe, de s'attarder sur le contrôle des stipulations essentielles et, dans un second paragraphe, sur le contrôle des clauses accessoires et périphériques.

Para I Le contrôle des stipulations essentielles : l'exemple du prix

Une conception large du contrôle des stipulations essentielles. Le désir de protection de la partie vulnérable a justifié le développement d'un contrôle matériel du contenu du contrat. Seulement, c'est l'étendue de ce contrôle qui fait l'objet de controverse au sein de la doctrine. De manière schématique, à l'approche restrictive qui autorise seulement le contrôle des stipulations accessoires, s'oppose l'approche plus favorable qui prône la révision de l'ensemble des clauses pouvant déboucher sur des rapports contractuels déséquilibrés. En ce qui concerne les clauses essentielles du contrat, la nécessité de procéder à leur contrôle découle à la fois des principes de proportionnalité, de cohérence et de coopération souhaités par les partisans du solidarisme. Elles renvoient habituellement aux prestations principales des parties ou au contenu obligationnel¹⁸⁵³. Le caractère essentiel d'une clause peut pourtant varier d'un contrat à l'autre en fonction de la spécificité de l'opération envisagée¹⁸⁵⁴. Cela dit, l'une des principales clauses concernées est celle relative au prix. C'est en tant qu'instrument de mesure que le principe de proportionnalité s'applique à l'ensemble du contenu contractuel, c'est pourquoi le prix devrait faire l'objet d'une

notamment en cas d'imprévision. Toute chose qui justifie alors tant la mise en œuvre des règles de correction du contrat que dans l'intervention du juge. Voir les précisions de Denis MAZEAUD, « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 59.

¹⁸⁵² Nous avons vu, tout au long de la première partie, comment l'organisation et la gestion du processus contractuel s'opéraient à partir de principes et d'instruments qui relevaient d'une approche individualiste et libérale de la relation contractuelle. Nous allons, dans les lignes qui suivent, envisager la perspective solidariste en matière contractuelle.

¹⁸⁵³ Voir Pierre-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *Rev. Bar. Can.* 1, 13; Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) *RTDciv.* 77.

¹⁸⁵⁴ Voir l'étude de Brigitte LEFEBVRE, « La clause d'exclusivité territoriale serait-elle une clause essentielle du contrat de franchise? », 92 *R. du N.* 253-258. D'ailleurs, la détermination du caractère essentiel d'une clause joue un rôle important dans la qualification d'une convention à titre de contrat d'adhésion. Or, l'opération n'est pas toujours évidente. Voir Benoît MOORE, « Sur l'avenir incertain du contrat de consommation », *supra*, note 612, 19-20. Également, Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », *supra*, note 161, 444.

correction s'il s'avère déséquilibré. En outre, la coopération devant exister entre les parties implique que celui qui a le pouvoir de fixer le prix ne le fasse pas de manière à nier les intérêts légitimes de la partie en position d'infériorité.

A La proportionnalité dans le prix

La lésion ou le contrôle objectif de la valeur de l'objet du contrat. Le contrôle objectif de l'équilibre économique du contrat ne se limite pas à la question du prix. Cette dernière présente cependant de nombreux enjeux, notamment en ce qui concerne la sanction de la lésion. Cette dernière notion a connu au Québec une double histoire : celle du droit de la consommation et celle du *Code civil du Québec*. Dans la première, le désir de protection du consommateur a permis d'admettre et de consacrer la lésion. La consécration du contrat d'adhésion au sein du Code en 1994 n'a pas eu les mêmes effets. Elle est pourtant souhaitable à plus d'un titre dans une relation contractuelle où le rôle d'une partie se limite à adhérer¹⁸⁵⁵. Lorsqu'on aborde la lésion, il convient de garder à l'esprit l'interrogation et le constat suivants d'Élise Charpentier :

La justice requiert-elle que tous les contrats valablement formés soient exécutés, quel que soit leur contenu? Ou requiert-elle plutôt l'anéantissement des contrats iniques? Peu importe l'époque à laquelle on se situe, le sort des contrats lésionnaires est intimement lié à la conception que l'on se fait du contrat, au contexte plus large de la théorie du contrat qui prévaut¹⁸⁵⁶.

Dans le cadre de la vision solidariste, la lésion ne saurait être considérée comme étant uniquement une condition de formation du contrat, il faudrait davantage y voir un outil de contrôle de l'équilibre matériel du contrat. Le contrôle objectif du prix qui résulte de la *Loi sur la protection du consommateur* repose bien sur la recherche d'un rapport de proportion entre les termes et le contenu des prestations. Mais telle est loin d'être l'évolution du droit contemporain des contrats. Ainsi, la définition de la lésion de l'article 8 de la Lpc, telle que reprise à l'article 1405 du *Code civil du Québec* en 1994, met l'accent sur la présomption d'exploitation du contractant

¹⁸⁵⁵ Ce rejet de la lésion est en grande partie justifié par l'optique volontariste et individualiste du contrat qui domine dans le *Code civil du Québec* et qui n'a pas favorisé l'admission de la lésion. D'ailleurs, si elle est reconnue en droit romain, c'est essentiellement dans la mesure où le contrat y est d'abord envisagé comme un bien. C'est également en toute logique que la lésion est sanctionnée dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur* puisque la protection du consommateur s'inscrit dans une perspective réaliste mettant l'accent sur ce qu'est la relation entre les parties dans les faits afin d'établir les moyens de contrôle qui leur seront applicables. Voir ÉLISE CHARPENTIER, « L'article 8 sur la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34, p. 511.

¹⁸⁵⁶ *Id.*

découlant du caractère disproportionné du prix¹⁸⁵⁷. Il en va de même pour l'approche de la lésion dans les principes Unidroit qui met l'accent sur les deux aspects, dans les principes européens du droit des contrats de la commission Lando, ou encore au sein des propositions faites dans le cadre d'un code commun européen du droit en matière de droit des contrats¹⁸⁵⁸. En général, la tendance actuelle du droit n'est pas tant le rejet de la notion de lésion qu'à la reconnaissance de la lésion qualifiée. Celle-ci conditionne le contrôle de la disproportion du contrat au comportement d'une partie, la rapprochant alors de la bonne foi, et ce, au détriment d'une approche purement objective de la lésion¹⁸⁵⁹. Une position éloignée de celle des partisans du solidarisme qui n'accepte d'ailleurs pas les liens entre la lésion et les vices de consentement.

Le rejet du rapprochement entre la lésion et la théorie des vices de consentement. Le contrôle de la lésion n'est pas aisé. Ce qui est en partie dû à son assimilation à un vice de consentement et à sa dimension subjective. Sur un plan objectif, il faudrait d'une part admettre que la lésion joue un rôle au moment de l'exécution du contrat et, d'autre part, ne pas associer systématiquement l'exploitation d'une partie à l'existence de la disproportion entre le prix et l'objet. Autrement, la lésion devient un concept lourd dont les difficultés de mise en œuvre pourraient nuire à la protection du contractant qui en bénéficie. D'ailleurs, les liens entre imprévision et lésion viennent de ce qu'une situation extérieure et imprévisible fait que le prix devient lésionnaire, dans

¹⁸⁵⁷ Si le critère principal est objectif, puisqu'il s'agit de la disproportion entre les prestations, il n'en demeure pas moins que le législateur estime qu'elle doit équivaloir à l'exploitation, critère subjectif, donc assimilable à une faute. Même si on peut soutenir qu'une telle mention à l'article 8 de la Lpc est surabondante, il n'en reste pas moins que le subjectivisme reste présent chez le législateur. Ce qui semble ramener la lésion à la théorie des vices de consentement. Voir Élise CHARPENTIER, « L'article 8 sur la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34, p. 517 et s.

¹⁸⁵⁸ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement, supra*, note 113, p. 3 et s. Les auteurs analysent la licéité du contrat et l'existence de l'objet ou de la cause et apportent des nuances dans la compréhension de ces différents outils juridiques dans un contexte où un droit européen des contrats est en pleine naissance. Les choix qui seront opérés auront forcément un impact sur l'approche de la protection du contractant faible. Le défi est d'autant plus grand qu'il n'y a pas une seule, mais plusieurs positions idéologiques sur la question. La littérature y est abondante. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer Denis MAZEAUD et Christophe JAMIN, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Économica, 2001; Denis MAZEAUD, « Faut-il avoir peur du droit européen des contrats? », dans *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, Paris, 2005, p. 309; « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », (2007) *D. chr.* 2959; Catherine PRIETO, « Une culture contractuelle commune en Europe », dans Catherine Prieto (dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen des contrats et sur le droit français*, PUAM, 2003; Claude WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », (2000) *D. chr.* 79; Dominique BLANC et Jérôme DEROULEZ, « La longue marche vers un droit européen des contrats », (2007) *D. chr.* 1615.; Louise ROLLAND, « Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : variations et mutations », dans *Les principes d'Unidroit et les contrats internationaux : aspects pratiques. Les Journées Maximilien-Caron 2001*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 181.

¹⁸⁵⁹ Voir Marie Annick GRÉGOIRE, « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois », (2009) 50 *C. de D.* 301-325.

le sens où la proportionnalité a disparu pendant la réalisation du contrat. Si tel peut être le cas, le rapport avec l'exploitation d'une partie n'est pas nécessaire et elle n'a pas à être prouvée pour qu'il y ait lésion¹⁸⁶⁰. Par conséquent, lorsque la lésion est objective, elle existe en dehors de toute exploitation d'un contractant et de toute violation de la bonne foi. Dans ces conditions, le contrôle de la lésion devrait se faire sur la seule base de la disparition du rapport de proportion entre le prix et l'objet du contrat. Un tel virage permettrait de se tourner vers la recherche du juste prix.

La lésion et la notion de juste prix. La soumission du prix au contrôle de proportionnalité n'est pas sans rencontrer des obstacles tant au sein de la doctrine que de la jurisprudence. Dans une étude récente, Jacques Ghestin met en doute l'opportunité même de la généralisation d'un contrôle objectif de l'échange économique qu'est le contrat, et particulièrement de la lésion¹⁸⁶¹. L'auteur tente de montrer que non seulement les références traditionnelles sur lesquelles reposent les arguments des auteurs qui défendent un contrôle objectif de l'équivalence des prestations sont souvent erronées ou mal comprises, mais encore que Saint-Thomas d'Aquin lui-même s'orientait vers une interdiction du contrôle du prix. Pour Jacques Ghestin, l'approche objective de la lésion renvoie essentiellement à la notion de juste prix, c'est-à-dire celui du marché¹⁸⁶². Or, justement, au sein de la théorie économique et même de la politique économique, cette notion de prix du marché ne traduit aucune réalité et ne constitue qu'une notion floue insaisissable, et finalement inutilisable dans la pratique. Toute chose qui aboutit au rejet de l'approche objective de la lésion basée sur la recherche du prix du marché ou de la valeur marchande¹⁸⁶³. Cette hostilité à l'égard du contrôle objectif du prix n'est pas sans pertinence. En effet, il ne suffit pas de vouloir y soumettre le prix du contrat, encore faudrait-il procéder à travers l'énoncé de critères clairs. Néanmoins, les limites des critères objectifs de contrôle de la

¹⁸⁶⁰ Ce qui est conforme à la double approche de la lésion que suggèrent les auteurs en doctrine. Il y va du choix du consommateur de se placer du point de vue objectif de la disproportion ou de celui, plus subjectif, de l'exploitation. Voir ÉLISE CHARPENTIER, « L'article 8 sur la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Clause Masse. En quête de justice et d'équité, supra*, note 34, p. 511. Voir *Riendeau c. Compagnie de la Baie d'Hudson*, J.E. 2000-641 (C.A.), paragr. 28 et s.; *Compagnie de Finance Household du Canada c. Bélanger*, J.E. 89-1463 (C.Q.), paragr. 144. Voir Vincent KARIM, *Les obligations*, 4^e éd., Vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 517 et s.

¹⁸⁶¹ Voir Jacques GHESTIN, « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équilibre des prestations est-elle opportune? », *supra*, note 589, p. 350 et s.

¹⁸⁶² *Id.*

¹⁸⁶³ Dans le même sens, voir l'étude de Gaël CHANTEPIE, *La lésion*, Paris, LGDJ, 2006. Chez l'auteur, l'analyse y est légèrement différente, riche et détaillée. Elle repose sur les travaux ayant précédé la réforme du *Code civil du Québec* et qui annonçaient la reconnaissance de la lésion. Il y voit une source d'inspiration pour le législateur français, même si celui du Québec a finalement reculé.

proportionnalité du prix ne sauraient pas occulter le fait que le prix peut être l'instrument d'exploitation d'une partie par l'autre. Pour les détracteurs du contrôle de l'existence d'une proportion entre le prix et la prestation, il faut encore se contenter du prix communément accepté par les parties¹⁸⁶⁴. Si une telle hypothèse concerne évidemment les contrats faisant l'objet de négociations, il en va tout autrement de ceux mettant aux prises des parties en situation d'inégalité. Que les conditions d'appréciation de la lésion soient floues ou difficiles à mettre en œuvre, soit! Cela n'exclut ni la pertinence ni les possibilités même limitées du mécanisme. La sanction de la lésion peut même justifier la recherche d'un prix extérieur aux parties. Ce qui semble préférable à la fiction volontariste qui considère le prix déterminé par l'une des parties et imposé à l'autre comme étant le résultat d'une négociation contractuelle. Ce constat justifie la recherche du juste prix et la sanction du contrat lésionnaire¹⁸⁶⁵.

La sanction de la clause abusive et la lésion. Dans le contexte du Québec, une partie de la doctrine voudrait profiter du champ laissé ouvert par le législateur en matière de clause abusive pour favoriser la sanction de la lésion. Il faut pourtant croire que, même si l'étendue de l'article 1437 C.c.Q. sur les clauses abusives reste imprécise, il n'y a pas lieu d'y inclure la lésion. Dans une analyse parue récemment, la professeure Charpentier a tenté de faire le point de la situation et déterminer dans quelle mesure il est possible de sortir de cette opposition¹⁸⁶⁶. Elle propose de rechercher et de retenir, au-delà de l'apparence de contraction entre les positions du législateur québécois, l'interprétation qui semble le plus en harmonie avec les principes du *Code civil du Québec*. À partir de là, elle aboutit à la distinction entre les clauses objectivement abusives qui tombent sous le coup de 1405 C.c.Q. et ne peuvent faire l'objet de contrôle et celles qui peuvent être assimilées à de l'exploitation d'une partie et devraient être sanctionnées à titre de clause abusive, mais sous le fondement de la bonne foi¹⁸⁶⁷. Un raisonnement qui découle de l'importance accordée par le législateur à ce principe, seule référence légale pouvant justifier un quelconque renforcement de la clause abusive et des pouvoirs du juge. Cette distinction présente l'avantage d'élargir effectivement la sphère de la clause abusive aux dispositions contractuelles caractérisant

¹⁸⁶⁴ Voir Jacques GHESTIN, « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équilibre des prestations est-elle opportune? », *supra*, note 589, 343 et s.

¹⁸⁶⁵ Voir à cet égard, les positions Gaël CHANTEPIE, *La lésion*, Thèse, 2006, LGDJ, p. 509-530.

¹⁸⁶⁶ Voir Élise CHARPENTIER, « Pour une interprétation (très) large de l'article 1437 du *Code civil du Québec* », *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, *supra*, note 133, p. 255.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 263.

une exploitation du contractant et pouvant être lésionnaires. Il n'empêche qu'elle laisse de côté toutes les hypothèses dans lesquelles le contractant pourrait être défavorisé par une disproportion objective entre la prestation reçue et le prix. Une protection n'est alors possible qu'en dehors des terres de la bonne foi.

Le non-rôle de la bonne foi dans l'appréciation de la clause abusive. Une partie de la jurisprudence semble avoir pris le parti de ne pas tenir compte de la bonne foi dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Mises à part quelques rares décisions¹⁸⁶⁸, il ressort de nombre d'exemples que, soit le tribunal en fait mention, sans plus, soit il le considère dans l'appréciation des autres critères objectifs comme le désavantage ou l'excès¹⁸⁶⁹. Dans les deux cas, on peut conclure avec une relative certitude que la référence ou non de la bonne foi est purement superfétatoire. Le fait que la clause soit excessivement désavantageuse et déraisonnable la met par conséquent en contradiction avec la bonne foi. Le lien est bien inutile, que l'on conclut ou non à une contradiction à la bonne foi n'apporte rien. Les leçons susceptibles d'être tirées de cette jurisprudence sont profondes et d'un intérêt réel : le contrôle judiciaire du contenu du contrat n'exige pas systématiquement que l'on fasse appel à la morale. C'est la lutte contre le déséquilibre contractuel qui importe et qui guide l'action du juge. Or, celui-ci peut être totalement objectif.

Le contrat lésionnaire par opposition à la clause abusive. De nombreux arguments ont été mis de l'avant afin de justifier la position restrictive du législateur québécois en matière de lésion en lien avec la clause abusive. L'une des raisons a trait à l'étendue des deux types de sanctions. Ainsi, la lésion vise tout le contrat et l'équilibre contractuel global, cette forme de contrôle ne serait pas *a priori* souhaitable; la clause abusive, quant à elle, ne porterait que sur une disposition contractuelle spécifique et ne devrait pas toucher aux clauses essentielles, mises à part les exceptions légales. Ces arguments sont-ils décisifs? Le détour solidariste par le principe de proportionnalité permet de constater qu'ils ne résistent pas à la critique. Sur un plan strictement logique, on pourrait remarquer que c'est une clause lésionnaire qui entache le contrat et peut être modifiée afin d'assurer l'équilibre de celui-ci. Certes, cette clause est essentielle, il n'en reste

¹⁸⁶⁸ Voir *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), paragr. 55-61.

¹⁸⁶⁹ Voir *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.); *Blais c. I.T.T. Canada Finance Inc.*, J.E. 95-772 (C.S.), p. 5 du texte intégral; *Demers c. Caisse populaire de Gentilly*, J.E. 95-2147 (C.S.), p. 8 du texte intégral; *Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc.*, J.E. 95-1356 (C.Q.), p. 15 du texte intégral; *Crédit TransCanada Ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.) *paxim*.

pas moins qu'il s'agit ordinairement d'une disposition spécifique. En plus, les rares hypothèses légales adoptées à l'égard de la lésion ne tendent pas seulement à la nullité du contrat. Ainsi, l'article 2332 C.c.Q.¹⁸⁷⁰ sur le contrat de simple prêt offre une panoplie de sanctions au juge. À côté de la nullité, la réduction ou la révision des modalités de l'obligation est également possible. L'office du juge consiste ici à rétablir la proportion entre les prestations ou à ajuster les effets de la stipulation. Ce qui réduit passablement la portée de la distinction entre contrat lésionnaire et clause abusive. L'admission de la lésion par le législateur semble être difficile à envisager dans un futur proche, il faudrait peut-être se tourner vers le pouvoir judiciaire et le rôle que celui-ci peut jouer en termes de contrôle de la proportionnalité du prix.

B Le rôle des tribunaux dans le contrôle de la proportionnalité du prix

Le refus du contrôle de la lésion par la jurisprudence. De manière constante dans la jurisprudence, le juge refuse de procéder à l'ajustement de la clause relative au prix, notamment dans les contrats signés après appel d'offres¹⁸⁷¹. Le moins que l'on puisse dire est que les tribunaux sont majoritairement orientés vers la sécurité juridique des transactions garantie selon eux par le prix initialement convenu. L'attitude dominante consiste à inviter le contractant vulnérable à faire preuve de discernement avant d'accepter le prix proposé. Dans *Société immobilière du Québec c. Mario Bernier inc.*¹⁸⁷², les soumissionnaires sont invités par le juge à faire preuve de prudence et de précaution dans l'établissement du prix, puisqu'il s'agit d'un aspect important du contrat. Dans *Construction Ceriko Asselin Lombardi inc. c. Gestion immobilière Nexacor inc.*¹⁸⁷³, le tribunal rappelle que « force est de constater que CAL n'a pas été prudente dans l'établissement de son prix. Elle doit donc en subir les conséquences ». Dans le contexte des relations autres que de consommation, la lésion ne peut être soulevée par les parties et les risques associés à la

¹⁸⁷⁰ Les dispositions sont les suivantes : « Lorsque le prêt porte sur une somme d'argent, le tribunal peut prononcer la nullité du contrat, ordonner la réduction des obligations qui en découlent, ou encore, réviser les modalités de leur exécution dans la mesure où il juge, eu égard aux circonstances, qu'il y a eu lésion à l'égard de l'une des parties. »

¹⁸⁷¹ Voir *Société immobilière du Québec c. Mario Bernier inc.*, 2002 QCCA 25875 (CanLII), paragr. 27-29; *Construction DJL inc. c. Montréal (Ville de)*, 2013 QCCS 2681 (CanLII), paragr. 29 et s. Il faut reconnaître que ces contrats suivent un régime particulier dans la mesure où ils sont soumis à un processus d'appel d'offres spécifiques dont les règles ont été définies au fil du temps à la fois par règlement et par les tribunaux. Ils sont également soumis aux principes généraux des contrats et aux dispositions du Code civil sur les contrats de prestation des services. Il n'empêche que le juge est souvent intervenu pour modifier les règles du jeu et ajouter aux obligations des parties, notamment en vue de restaurer un équilibre rompu soit par les circonstances, soit par le comportement des parties. Voir *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 585-586.

¹⁸⁷² 2002 QCCA 25875 (CanLII).

¹⁸⁷³ 2011 QCCQ 6706 (CanLII).

fluctuation du prix doivent être assumés par la partie qui a accepté le prix. La seule alternative qui reste aux parties est de prévoir une clause contractuelle qui leur permet de renégocier le prix du contrat. Une telle solution est peut-être envisageable dans les relations équilibrées, mais montre toutes ses limites lorsqu'une partie se voit imposer le contenu contractuel. La doctrine solidariste offre les moyens de faire évoluer la position des juges. En effet, il faudrait pour cela donner davantage de place à la coopération et à la proportionnalité entre les obligations des parties. Le prix à payer au nom de la sécurité juridique et le refus systématique d'intégrer la lésion en droit civil québécois n'est-il pas trop élevé? La question mérite au moins d'être posée¹⁸⁷⁴.

Le contrôle des clauses relatives au prix et la réserve des tribunaux. En matière de contrôle des clauses essentielles, la position des tribunaux reste très réservée et les principes demeurent ceux de la liberté contractuelle, de la force obligatoire et de l'intangibilité du contrat. Le contrôle judiciaire des clauses essentielles relatives au prix semble ressortir de l'ordre de l'exception puisque les juges estiment qu'il appartient au législateur de leur octroyer un tel pouvoir. Une position jurisprudentielle qui a souvent été tenue par le passé. L'évolution du sort de la clause pénale en est un bon exemple. Avant que le législateur n'octroie un large pouvoir de contrôle au juge qui peut aujourd'hui réviser le montant de l'indemnité prévue par les parties en cas d'inexécution du contrat, tant à titre comminatoire que compensatoire, la position des tribunaux était assez rigide sur ce point. À titre d'exemple, rappelons les faits dans l'affaire *116704 Canada Inc. c. 113500 Canada Inc.*¹⁸⁷⁵. À l'issue d'intenses négociations dans le cadre d'un projet d'acquisition d'un immeuble, les documents précontractuels prévoient que si le promettant acquéreur ne se présente pas à la séance de clôture finale du processus de vente, il se verra imposer une indemnité de 500 000 \$, affectée d'un taux d'intérêt de 24 % à titre de pénalité de retard. L'acquéreur ne se présente pas pour divers motifs et le bénéficiaire réclame le paiement intégral du montant de l'indemnité et de la pénalité de retard. Le juge Lebel estime qu'un tel montant est inique, et donc hors de proportion avec le préjudice réellement subi et avec les objectifs du bénéficiaire de la clause. Il n'empêche qu'elle maintient le montant et précise qu'il ne lui appartient pas d'intervenir. Selon la cour, il aurait fallu qu'il y ait un texte législatif lui permettant de réduire le montant de l'indemnité et de la pénalité. Dans la mesure où cette clause

¹⁸⁷⁴ Voir Élise CHARPENTIER, « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle : L'exemple de l'évolution du sort réservé à la lésion en droit québécois », (2008) *R. du N.* 545-562.

¹⁸⁷⁵ Voir J.E. 90-86 (C.A.).

ne violait pas l'ordre public économique, la cour choisit alors de ne pas intervenir, au motif, entre autres, que cela équivaldrait à la lésion qui n'est pas reconnue par les textes. Réduire le montant de la pénalité ou de l'indemnité semble inadmissible pour le juge. Depuis, un large pouvoir de révision de la clause pénale a été reconnu au juge par l'article 1623 C.c.Q. Mis à part quelques situations exceptionnelles, les tribunaux québécois sont rétifs à l'idée d'intervenir activement en matière de prix ou sur les questions financières du contrat. Une attitude qui peut surprendre puisque, dans nombre de contrats, les pouvoirs contractuels exercés de manière unilatérale portent souvent sur ces aspects. La protection des intérêts et des attentes légitimes de la partie en position de vulnérabilité implique un tournant et un pouvoir judiciaire plus actif.

Le rôle du juge dans le rééquilibrage économique du contrat. Bien que la position des juges soit encore relativement teintée par l'individualisme juridique, de nombreux développements tant jurisprudentiels que légaux permettent tout de même de penser que non seulement une évolution est faisable et souhaitable, mais elle peut prendre appui sur les pouvoirs déjà reconnus au juge. L'attitude passive des juges à l'égard de la protection du contractant vulnérable qui requiert le contrôle de l'équilibre économique du contrat contraste non seulement avec le zèle dont les juges ont parfois fait preuve ces dernières années en vue de sauvegarder les intérêts de la partie défavorisée, mais également avec les ouvertures que leur donne la loi et sur lesquelles ils pourraient s'appuyer. En faisant de la proportionnalité et de la cohérence les nouvelles finalités du contrat, la doctrine solidariste donne au juge un rôle plus intrusif dans la recherche et le rétablissement de l'équilibre de valeur au sein du contrat. Le « bras armé »¹⁸⁷⁶ ou le « levier du solidarisme contractuel contre la lettre du contrat, c'est naturellement le juge, partout où la loi n'a rien prévu »¹⁸⁷⁷. Il doit intervenir en matière de fixation de la contrepartie pécuniaire du contrat.

Le rôle des juges dans l'appréciation objective du contrat. À s'en tenir à certaines décisions, les articles 1405 et 1406 C.c.Q. paraissent tels des obstacles infranchissables. Dans *Martineau*,

¹⁸⁷⁶ Denis MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 59.

¹⁸⁷⁷ Voir Jean CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », en ligne dans http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html.

*Provencher & Associés Ltée c. Grace*¹⁸⁷⁸, affaire portant sur une transaction, un créancier, en l'occurrence l'actionnaire d'une compagnie qui prenait sa retraite, se plaignait d'avoir fait l'objet d'un "chantage économique" destiné à le forcer à consentir à une transaction au rabais. La cour d'appel conclut que le fait qu'une transaction soit jugée inéquitable ou lésionnaire *a posteriori* ou qu'elle n'ait pas découlé de concessions mutuelles, ne constitue pas une cause d'annulation. Le juge se prononce de la manière suivante :

Cet abus de la part de Martineau n'est pas une cause d'annulation de la transaction. Tous les jours, des créanciers acceptent moins que ce qui leur est dû pour éviter des procédures judiciaires. Après avoir reçu partiellement ce à quoi ils croient avoir droit, ces créanciers ne peuvent plus, à loisir et à leur aise, faire fi de la transaction et poursuivre leurs débiteurs pour obtenir le solde de ce qu'ils croyaient leur être dû. Et un tribunal ne peut annuler une transaction au motif qu'*a posteriori* on peut dire qu'en la faisant une partie a été lésée¹⁸⁷⁹.

L'argumentaire est plutôt surprenant! En tout cas, la disparité sur le prix et les effets sur les parties en position de vulnérabilité ne suffisent pas pour convaincre le juge d'intervenir en matière de prix. Et lorsque le prix est pris en compte, il ne l'est encore que de manière très indirecte et diluée dans d'autres motifs, bien que le résultat puisse être identique. Tel est le cas dans l'affaire *Kabbachian*¹⁸⁸⁰. Rappelons que dans ce cas, le vendeur avait tenté d'abuser de son partenaire en lui vendant pour plus de 50 000 \$ un fonds de commerce qui valait à peine quelques dollars. Le contrat a été revu. Il apparaît clairement dans cette hypothèse que le juge sanctionne la disproportion entre le prix demandé et la prestation réellement reçue malgré le contrat signé. Cependant, la décision n'est pas illustrative par rapport à la lésion, dans la mesure où de nombreuses règles auraient pu être soulevées pour en arriver à la même conclusion. Il n'en reste pas moins que les principes de proportionnalité entre le prix et l'objet et le devoir de cohérence dans le comportement du contractant offrent des grilles d'analyse toutes aussi valables et convaincantes. Cette décision est certes isolée et ne permet pas d'inférer la consécration d'un principe de contrôle judiciaire du prix. On peut néanmoins noter que les juges ne sont pas totalement insensibles aux situations d'iniquités contractuelles résultant de l'insertion dans un contrat d'un prix dérisoire ou excessif. Il arrive ainsi que l'interdiction du principe de la lésion ait pour effet de réduire la portée des articles qui autorisent les tribunaux à intervenir dans les cas où la loi le permet. Dans *Gosselin c. Carruthers*, s'étant vu imposer des taux d'intérêt trois à quatre

¹⁸⁷⁸ [2001] R.J.Q. 2414 (C.A.).

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, paragr. 96.

¹⁸⁸⁰ [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.).

fois plus élevés que ce qui est pratiqué sur le marché, l'une de parties a demandé au juge d'intervenir en vertu des larges pouvoirs de modification, de réduction et d'annulation en cas de lésion à l'article 2332 C.c.Q.¹⁸⁸¹. Le juge d'appel infirme la décision de la Cour supérieure qui avait fait droit à cette demande, au motif que les preuves ne sont pas suffisantes, même s'il constate la disproportion évidente entre les taux demandés et ceux pratiqués sur le marché, il estime que la preuve de la valeur marchande n'a pas été fournie. Il est vrai que la recherche d'un prix objectif n'est pas évidente, cela devrait-il pour autant empêcher le juge de procéder à un contrôle lorsque les prestations sont à l'évidence disproportionnées? La tendance à appliquer de manière très restrictive le pouvoir de révision judiciaire est encore forte. Dans une approche solidariste, les pouvoirs judiciaires apparaissent non seulement comme le moyen de mesurer la proportionnalité et la cohérence au sein du contrat, mais aussi comme des outils de correction du contrat disproportionné et incohérent. Face aux réserves que peut susciter le contrôle judiciaire du prix, il faudrait rappeler que les articles 8 et 9 de la Lpc n'ont pas entraîné la destruction de la consommation. Bien au contraire, la jurisprudence a la possibilité de surveiller la pratique de prix arbitraire ou abusif sans en arriver à une intrusion systématique¹⁸⁸². Pour en vérifier la véracité, il faudrait s'attarder sur les stipulations contractuelles dites périphériques dont la pertinence du contrôle s'avère moins problématique.

Para II Le contrôle des clauses accessoires disproportionnées et incohérentes

A La définition des clauses accessoires

Définition. Les clauses accessoires sont celles dont l'existence dépend d'autres dispositions dites principales. Elles sont considérées comme étant périphériques par opposition à celles qui sont essentielles. La distinction entre la clause accessoire et principale doit être minimisée, puisque dans un contrat, une clause peut être accessoire et dans un autre être l'objet même de la

¹⁸⁸¹ Voir 2006 QCCA 1489 (CanLII). À cet égard, les tribunaux interviennent souvent pour réduire les obligations des parties, notamment en ce qui concerne les taux d'intérêts abusifs ou usuraires. Voir *Crédit Trans-Canada ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.). En l'espèce, un taux d'intérêt de 39,85 % avait été jugé abusif et réduit au taux d'intérêt légal. Mais les tribunaux sont plus hésitants en ce qui concerne les commerçants. Dans *Potvin & Bouchard Inc. c. 3127877 Canada Inc.*, J.E. 98-2319 (C.S.), un taux de 27% avait été convenu entre les commerçants et maintenu par le juge.

¹⁸⁸² Un refus d'autoriser un recours collectif concernant les tarifs et frais d'itinérance pratiqués par les compagnies de téléphonies mobile, notamment Fido, Roger, Bell et Telus. Le tribunal a estimé que le rapport de l'OCDE, qui place le Canada parmi les pays dont les frais d'itinérance sont les plus élevés, n'est pas pertinent, car le classement dépend de multiples facteurs et scénarios. Voir *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2014 QCCS 3235 (CanLII), paragr. 80-84.

convention ou avoir dans un contrat en particulier une importance réelle¹⁸⁸³. En général, le contrôle du caractère abusif de la clause accessoire est relativement admis. L'apport de l'optique solidariste ne se situe pas tant à ce niveau que dans les leçons que l'on pourrait en tirer. Qu'elles soient accessoires ou périphériques ne diminue en rien leur caractère déterminant et les injustices pouvant résulter de leur déséquilibre. L'approche du solidarisme contractuel repose sur l'idée que ce qui est vrai pour les dispositions accessoires devrait l'être pour toutes les autres dans la mesure où il s'agit d'abord et essentiellement du rééquilibrage du contrat. Celui-ci doit s'opérer indépendamment du type de contrat ou de la nature des clauses. En outre, compte tenu du préjudice que peuvent causer ces clauses, elles doivent être considérées comme étant d'une égale importance. Sans prétendre examiner en détail tous les différents types de clauses, nous avons choisi les plus représentatives dans le cadre de la correction du contrat. Nous verrons alors quelles conclusions tirer d'une lecture solidariste des clauses liées à l'inexécution du contrat, à l'exercice d'un droit ou d'un privilège.

B Les clauses relatives à la sanction de l'inexécution du contrat

L'exemple de la clause pénale abusive. La clause pénale peut être définie comme étant une disposition contractuelle qui détermine à l'avance, de manière anticipée et forfaitaire, la somme que l'une des parties devra payer à l'autre en cas d'inexécution de son obligation¹⁸⁸⁴. Comme toutes les autres clauses du contrat, elle peut ou non faire l'objet d'une négociation. Elle peut intervenir dans les contrats les plus divers, et donc aussi dans les contrats d'adhésion¹⁸⁸⁵. Elle est souvent considérée comme une clause accessoire, elle peut aussi être l'accessoire d'une disposition elle-même périphérique, à l'instar des clauses de non-concurrence, de non-

¹⁸⁸³ On pourrait prendre l'exemple de la clause d'option d'achat dans un avant-contrat ou dans l'opération envisagée dans un avant-contrat. En tout état de cause, elle peut jouer un rôle très important dans le cadre des négociations précontractuelles. Il en est de même pour la clause de non-concurrence, de confidentialité ou d'exclusivité assortie d'une clause pénale. Voir *Burnac Corp. And Joseph Burnett c. Les entreprises Ludco Ltée*, (1991) R.D.I. 304 (C.A.), paragr. 43-51.

¹⁸⁸⁴ Voir l'article 1623 C.c.Q.

¹⁸⁸⁵ Pour un contrat de travail à durée déterminée, *Walker c. Norcan Aluminium inc.*, 2012 QCCA 2042 (CanLII); contrat de travail, *Commission des normes du travail c. Motos Daytona Inc.*, J.E. 2009-1865 (C.A.); un contrat de consommation, *9118-7781 Québec inc. (Groupe Sutton Millénia) c. Lerer*, [2012] R.J.Q. 331 (C.A.); un contrat préliminaire d'achat de propriété avec acompte, *Hazan c. Madeco Mascouche inc.*, 2012 QCCA 2056 (CanLII); un contrat de crédit-bail photocopieuse, *CIT Financial Ltd. c. Boisjoly, Bédard et Associés inc.*, J.E. 2005-2000; *Bourgoin c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, [2010] R.J.Q. 1914 (C.A.).

sollicitation, de confidentialité ou de non-divulgateion¹⁸⁸⁶. L'article 1623 C.c.Q. autorise le juge à réviser la clause pénale et lui donne un pouvoir étendu à tous les contrats, à la différence de la clause abusive restreinte aux contrats d'adhésion et de consommation.

L'écart entre les régimes de la clause abusive et de la clause pénale. Il y a une nette différence entre le régime général de la clause abusive et celui de la clause pénale abusive. Une différence d'autant plus surprenante qu'il faudrait considérer que le premier pose le principe général tandis que le second n'en est qu'une application. La cohérence aurait été maintenue si les termes de l'article 76 du Projet de Code civil avaient été conservés. Il disposait que : « La clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible »¹⁸⁸⁷. L'article 1623 C.c.Q. n'était alors qu'une illustration. En supprimant l'article 76, il en a résulté une disparité et l'étendue des deux types de contrôle est devenue pour le moins illogique. Plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer l'incohérence entre les deux. Il semble que les discussions sur cette question se seraient davantage orientées vers la contestation du principe d'un contrôle systématique de la clause abusive que sur son application à travers l'article 1623 C.c.Q. Une telle explication est peu satisfaisante. Du reste, la clause pénale abusive n'est pas l'unique disposition contractuelle pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire en vue de rétablir un équilibre contractuel fondé sur la proportion entre les droits et obligations des parties, sans égard à la nature du contrat. L'article 1474 C.c.Q. prive de tout effet les clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité n'ayant pas été portées à la connaissance de la partie contre laquelle elles sont invoquées. Cette disposition ne s'applique pas

¹⁸⁸⁶ Le créancier de la clause pénale y affecte souvent une fonction punitive afin de servir d'exemple et de dissuader les éventuels contrevenants. Cet aspect punitif et exemplaire n'est pas toujours admis par le juge et demande, pour qu'il y ait droit, davantage de preuve. Voir *9148-2588 Québec inc. c. Daigle*, J.E. 96-8160 (C.A.), paragr. 96. Affaire dans laquelle, le tribunal estime qu'une pénalité de 1000\$ par jour est abusive; un contrat de placement avec clause de non-concurrence trop lourde : *Agence Maître Boucher inc. c. Robert*, 2009 QCCS 1120 (CanLII), paragr. 23-27; Pour un bail commercial d'un pharmacien avec clause pénale accessoire d'une clause de non-concurrence dans un contrat de gré à gré éteinte et dont la violation ne cause aucun préjudice au créancier, voir *Haddad c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2010 QCCA 2215 (CanLII); pour un cas de vente d'entreprise par un contrat de gré à gré contenant une clause de non-concurrence assortie d'une clause pénale dont le sort suit celui de l'obligation principale, tant en cas de restriction que d'annulation, voir *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.*, J.E. 2007-1563 (C.A.), paragr. 51-54; voir aussi *Mirarchi c. Lussier*, [2007] R.J.Q. 301 (C.A.), paragr. 85-87; pour un contrat de travail assorti d'une clause de non-sollicitation et de non-concurrence dont la violation ne crée aucun préjudice au bénéficiaire, voir *Gestess Plus (9088-0964 Québec inc.) c. Harvey*, [2008] R.J.Q. 364 (C.A.), paragr. 14-18; est acceptée la clause de rétribution qui justifie le paiement des honoraires de l'agent lorsque la transaction n'a pas pu se faire de la faute du vendeur, voir *9118-7781 Québec inc. (Groupe Sutton Millénia) c. Lerer*, [2012] R.J.Q. 331 (C.A.), paragr. 33-35.

¹⁸⁸⁷ Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil*, vol.1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978, livre V, art. 76. Une position qui paraissait plus réaliste, car comme le fait remarquer Marc Lemieux, tous les contrats peuvent contenir une clause abusive. « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *supra*, note 79, 78 et s.

uniquement au contrat d'adhésion ou de consommation¹⁸⁸⁸. Certes, le contrat d'adhésion constitue l'archétype de l'unilatéralisme contractuel mais, plus largement, c'est la présence des clauses abusives en elle-même qui appelle des réponses, de sorte qu'il n'est pas illogique de les sanctionner dans les contrats entre professionnels¹⁸⁸⁹. Pour octroyer un tel pouvoir général au juge, le législateur a opéré une rupture avec la conception volontariste du contrat pourtant consacrée par l'article 1378 du *Code civil du Québec* qui définit le contrat comme un accord de volonté et qui implique que le contenu du contrat s'impose également au juge¹⁸⁹⁰. En réalité, dans le cadre de la clause pénale, il y a d'une part la liberté laissée aux parties de fixer le contenu du contrat, et donc de prévoir une clause pénale en cas de non-respect des obligations contractuelles. Celle-ci pouvant indifféremment se retrouver dans un contrat d'adhésion ou de gré à gré. Et, d'autre part, le pouvoir de contrôle reconnu au juge pour réduire, voire annuler la clause pénale incluse au contrat par les parties. En outre, à travers quelques dispositions spéciales, le législateur interdit ou limite la possibilité de recourir à une clause pénale¹⁸⁹¹. En effet, en accordant un tel pouvoir au juge, ou en limitant l'exercice de la liberté des contractants, le législateur permet qu'une autorité extérieure s'immisce dans la transaction des parties afin d'en corriger les éventuels effets injustes¹⁸⁹². Comment dès lors justifier un pouvoir si étendu, mais restreint à la clause pénale, sans aboutir à des situations inextricables et à un régime de protection discordant? Ne faut-il pas considérer le régime de la clause pénale comme le modèle de contrôle des dispositions économiques du contrat?

¹⁸⁸⁸ Voir les analyses de Marc LEMIEUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *supra*, note 79, 83.

¹⁸⁸⁹ Voir Jacques GHESTIN, « Rapport introductif », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, *supra*, note 764, p. 3 et s. L'auteur relève que si les règles de protection du consommateur contre les clauses abusives existent, il est surprenant que tel ne soit pas également le cas dans les relations entre professionnels, qu'en pratique, les clauses abusives sont bien présentes dans ce type de relations.

¹⁸⁹⁰ Voir Vincent KARIM, « La clause pénale et le pouvoir de révision des tribunaux Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse En quête de justice et d'équité*, *supra*, note 34, p. 528-569.

¹⁸⁹¹ Voir spécialement les dispositions de l'article 13 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Qu'il s'agisse d'évaluer par anticipation la pénalité à laquelle le débiteur s'expose s'il n'exécute pas son obligation ou de prévoir une pénalité dans les mêmes circonstances est interdit à l'article 13 de la Lpc. L'objectif étant d'empêcher le recours aux clauses pénales. Toutefois, cet article a été interprété de façon tellement restrictive par les tribunaux, qu'au final, le pouvoir de révision de l'article 1623 C.c.Q. semble offrir une meilleure protection. Voir *Dubreuil c. D.K. Automobile Inc.*, [1996] R.J.Q. 1144 (C.A.), p. 5 du texte intégral. Dans cette dernière affaire, le juge explique que l'article 13 Lpc n'exclut pas le recours à la clause pénale, mais seulement le jumelage des sommes dues à titre de loyers et de pénalités autres que les intérêts. Voir Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur: Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 192.

¹⁸⁹² D'ailleurs, la jurisprudence rappelle souvent que la clause pénale relève de la liberté contractuelle. Voir *Bourgoin c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, [2010] R.J.Q. 1914 (C.A.) para 62; *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.* J.E. 2007-1563 (C.A.), paragr. 33; *Lemieux c. Marsh Canada Itée*, 2005 QCCA 1080 (CanLII), paragr. 19.

La clause pénale, archétype de la reconnaissance du contrôle économique du contrat. Dans la perspective solidariste, la logique interne au cœur du principe de proportionnalité peut servir de grille de lecture à une meilleure compréhension du régime de la clause pénale. La possibilité d'une révision judiciaire de la clause pénale implique que la partie qui a le pouvoir d'en fixer le montant soit soumise à l'obligation de faire preuve de juste mesure¹⁸⁹³. Qu'elle soit envisagée dans sa fonction comminatoire ou réparatrice, le créancier ne peut pas prévoir un montant disproportionné par rapport aux conséquences de l'inexécution du débiteur de l'obligation¹⁸⁹⁴. Quant au pouvoir de révision judiciaire de ce type de clause, il participe du contrôle du contenu matériel du contrat qui, dans son ensemble, doit reposer sur la proportionnalité. À ce titre, la clause pénale n'en est qu'une illustration. L'intérêt de cet exemple ne réside pas tant dans cette faculté offerte au juge, que sur sa portée. Le principe de proportionnalité est le moyen idoine permettant au juge de mesurer le caractère excessif du montant de la clause. D'ailleurs, la jurisprudence se réfère habituellement au critère de la raisonnable de la clause afin d'en apprécier le caractère abusif. Dans l'affaire *Agence Maître Boucher inc. c. Robert*¹⁸⁹⁵, Martin Lessard est placé dans une boucherie par l'Agence Maître Boucher inc. Il y travaille jusqu'en octobre 2004. Par la suite, il continue à y travailler, mais par l'entremise d'une autre agence, Gesco JFP inc. Or, le contrat qui lie Martin Lessard à l'Agence Maître Boucher inc. contient une clause de non-concurrence assortie d'une clause pénale¹⁸⁹⁶. L'Agence Maître Boucher inc. exige de Martin Lessard la somme de cent vingt mille dollars (120,000.00 \$) en vertu de la clause pénale fixant une pénalité de cinq cents dollars (500.00 \$) par jour pour la violation de la clause de non-concurrence prévue au contrat de service. Il a été établi que Lessard a effectivement enfreint ladite clause de non-concurrence. Toutefois, le juge limite sévèrement la portée de la clause

¹⁸⁹³ Ce que vérifie le juge lorsqu'il apprécie la pénalité prévue dans le contrat. Pour une clause révisée dans un bail, voir *15276 Canada Inc. c. Verville*, J.E. 94-1917 (C.S.). Il peut arriver que le juge intervienne parce que le comportement du créancier est assimilable à une faute remettant en cause son droit à la pénalité, voir *Ansa Construction Inc. c. Commission Hydro-électrique du Québec*, J.E. 87-971 (C.A.) *paxim*.

¹⁸⁹⁴ En matière de clause pénale, il importe qu'il existe un rapport de proportionnalité entre la peine imposée au débiteur et le préjudice occasionné par son défaut. Par conséquent, il faudra prendre en compte l'exécution partielle de l'obligation pour calculer le montant résultant de la clause pénale. Voir *Arthur Lavallée c. 134525 Canada Inc.*, 1993 QCCA 4053, p. 10 du texte intégral; pour l'annulation dans une convention d'actionnaires d'une clause permettant de récupérer gratuitement les actions de celui qui violerait certaines dispositions de ladite convention, *Bergeron c. Ringuet*, [1960] R.C.S. 672, 676-680.

¹⁸⁹⁵ Voir 2009 QCCS 1120 (CanLII).

¹⁸⁹⁶ La clause pénale prévoit que : « L'employé ou le prestataire de services de l'Agence convient que s'il contrevient au présent engagement [...] il devra verser à l'Agence, à sa demande, une somme de deux cents dollars (200.00\$) par jour de contrevention à titre de pénalité, sans préjudice à tout autre recours de l'Agence [...] Le montant de pénalité est augmenté, par amendement subséquent, à cinq cents dollars (500.00\$) par jour lors d'une « mise à jour » de l'entente de service » (paragr. 12).

pénale, condamnant Lessard à payer seulement la somme de trois mille dollars (3,000.00 \$) à l'Agence. Le juge estime que ces clauses visent un objectif de compensation et de dissuasion, mais elles ne doivent pas être abusives. En outre, le juge a soulevé d'office le critère de la raisonnable de la clause pénale¹⁸⁹⁷. Utiliser le critère de la raisonnable pour sanctionner la démesure de la somme à payer au contractant en cas de violation de son obligation de non-concurrence par son cocontractant est pour le moins flou et vague. L'abus ne relève-t-il pas manifestement, dans le cas ci-dessus, de la disproportion entre le besoin de dissuader ou de compenser les montants réclamés? Le principe de la proportionnalité ne est-il pas plus objectif que la recherche floue de la raisonnable?¹⁸⁹⁸ Cette dernière est difficile à saisir et peut varier d'un juge à un autre, là où la recherche d'une proportion, tant dans la fonction réparatrice que comminatoire de la clause, offre un cadre plus précis. En tout cas, malgré l'utilisation de la raisonnable, l'opération effectuée par le juge relève bien de la proportion. D'ailleurs, ne peut-on pas croire que ce qui est proportionnel est forcément raisonnable? L'apport des principes issus du solidarisme contractuel ne tend pas forcément à une conclusion différente, mais contribue à construire la décision du tribunal sur des bases plus solides et moins subjectives. Il convient donc de substituer à la raisonnable la recherche d'une juste proportion entre le manquement et la sanction afin de mieux appréhender et prévoir l'appréciation de l'abus. Quelques fois, il arrive que cette exigence de proportion soit expressément mentionnée dans les décisions rendues par les tribunaux. Dans *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.*, la Cour d'appel rappelle « qu'une clause pénale peut avoir un caractère abusif intrinsèque, lorsqu'il y a disproportion entre la pénalité prévue et la contrepartie ou l'importance de l'obligation qu'elle sanctionne »¹⁸⁹⁹. Le contrôle du caractère disproportionné de la clause abusive ne gagnerait-il pas à être étendu au profit de l'ensemble des contractants vulnérables?

La clause pénale et la généralisation du principe de proportionnalité. Le régime de la clause pénale est assez particulier parmi les dispositions du *Code civil du Québec*. Le législateur a pris acte de ce que le caractère abusif d'une clause pénale ne dépend pas forcément de la nature du contrat en cause. En effet, rien ne permet *a priori* d'exclure un tel contrôle et de ne pas le

¹⁸⁹⁷ Voir aussi *Société d'énergie Foster Wheeler Itée c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCS 4670 (CanLII), paragr. 636 et s.

¹⁸⁹⁸ Voir Louise LANGEVIN, « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le *Code civil du Québec* », (2005) 46 C. de D. 351-375.

¹⁸⁹⁹ Voir 2007 QCCA 1052, paragr. 51.

généraliser à toutes les autres dispositions contractuelles. Ce pouvoir de révision du juge est le reflet de l'exigence de proportionnalité. La question est alors de savoir pour quelle raison une telle perspective ne peut être généralisée, non seulement aux autres clauses reliées à l'inexécution ou à la mauvaise exécution du contrat. En plus de la clause abusive, le contrôle des honoraires des professionnels est aujourd'hui reconnu par la jurisprudence. Ainsi, les montants d'honoraires fixés par les professionnels, notamment les avocats, peuvent être révisés par le juge s'ils s'avèrent déraisonnables, et ce, peu importe le nature du contrat de mandat¹⁹⁰⁰. Aussi doit-on déduire dans la perspective solidariste que ce qui n'est encore possible que de manière éparse pourrait être élargi à l'ensemble du contenu matériel du contrat. Il convient de bien s'entendre, il ne s'agit pas de remettre tout le contrat au juge, mais de soumettre le contrôle de l'exercice de la liberté contractuelle à un principe de proportionnalité et un devoir de juste mesure et, qui plus est, dans un contexte d'unilatéralisme contractuel. L'exemple de la clause pénale montre que cette nouvelle hiérarchie entre les principes directeurs du contrat est souhaitable et faisable. S'il l'a été dans le cadre de la clause pénale abusive, qu'en est-il des autres dispositions périphériques, notamment de la clause résolutoire?

Le contrôle de la clause résolutoire. La clause résolutoire a pour objectif de sanctionner le défaut d'exécution totale ou seulement partielle¹⁹⁰¹, le retard dans l'exécution¹⁹⁰², ou l'exécution défectueuse¹⁹⁰³. La clause résolutoire permet de sanctionner l'inexécution du contrat en y mettant un terme. Pour les solidaristes, sa mise en œuvre doit être soumise à la cohérence et l'harmonie d'ensemble du contrat. La partie qui décide de la mettre en œuvre doit éviter de l'utiliser de manière disproportionnée et garder à l'esprit l'intérêt de son cocontractant. La clause résolutoire ne peut donc être utilisée pour rompre le contrat de manière prématurée au mépris des intérêts de l'autre partie. Ainsi, la précarité financière d'un cocontractant ne peut justifier un usage abusif d'une clause résolutoire valide. C'est pourquoi le juge sanctionnera l'actionnaire qui

¹⁹⁰⁰ L'avocat doit avertir le client de la différence entre les honoraires initialement accepté et le nouveau montant afin de permettre à ce dernier d'acquiescer, de changer de stratégie ou même d'abandonner le mandat. Voir *Mathieu c. Marchand*, [1986] R.D.J. 296 (C.A.), 302-303; *Gauthier c. Montpetit*, [2001] J.Q. no 8653 (C.Q.), paragr. 15-23. Voir aussi en droit français la position d'Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel, supra*, note 1377, p. 634.

¹⁹⁰¹ Voir *9051-5909 Québec Inc. c. 9067-8665 Québec Inc.*, [2003] R.D.I. (C.A.) 225, paragr. 31-33.

¹⁹⁰² Voir *Commission des écoles catholiques de Pointe-Claire et Beaconsfield c. Tétreault & frères Ltée*, [1973] R.C.S. 735, 737 et s. *Vermont Construction Inc. c. Beatson*, [1977] 1 R.C.S. 758 760-763.

¹⁹⁰³ Voir *Investissements Salias Inc. c. Brunelle*, [1988] R.J.Q. 1778 (C.A.), p. 9 du texte intégral; *Ville de Jonquière c. Beaver foundations Ltd.*, (1981) C.S. 834 *paxim*.

tente de profiter de la faillite de son partenaire pour mettre en œuvre une clause résolutoire qui lui permet de racheter les actions de ce dernier à un prix inférieur à leur juste valeur marchande, nuisant par là même à ses intérêts¹⁹⁰⁴. Elle doit être mise en œuvre dans la mesure où, compte tenu des circonstances, elle est la sanction appropriée et non pas seulement parce qu'il s'agit d'une prérogative légale ou contractuelle que le bénéficiaire peut brandir à contretemps, au mépris de l'intérêt légitime de son cocontractant ou même des tiers intéressés. En matière de baux commerciaux, le propriétaire peut être tenu de prendre en considération les intérêts du syndic de copropriété ou des créanciers du locataire et lui permettre de continuer l'exploitation de son fonds de commerce ou de le louer à une autre personne que le failli lorsque ledit fonds de commerce conserve une certaine valeur. Sinon, l'utilisation de la clause résolutoire peut être qualifiée d'abusive ou d'illégale dans son existence et sa mise en œuvre¹⁹⁰⁵. Qu'elle soit contractuelle, judiciaire ou exercée de plein droit, la clause résolutoire ne doit pas échapper au contrôle de proportionnalité. Il importe que le juge en apprécie la validité et le recours afin de préserver l'intérêt légitime du contractant qui en subit les conséquences¹⁹⁰⁶. Le contrôle de l'équilibre économique du contrat porte aussi sur les clauses ayant pour effet de restreindre l'exercice d'un droit ou d'une liberté.

¹⁹⁰⁴ Une clause résolutoire peut être valide et son exercice abusif, voir *91133 Canada Ltée. c. Groupe Thibault Van Houtte & Associés Ltée.*, 2003 QCCA 46804 (CanLII), paragr. 52-57.

¹⁹⁰⁵ *Id.*

¹⁹⁰⁶ Voir à ce propos, *9051-5909 Québec Inc. c. 9067-8665 Québec Inc.*, [2003] R.D.I. 225 (C.A.), paragr. 31-33. Notons que l'existence et l'exercice de ce pouvoir de contrôle judiciaire de la clause résolutoire fait l'objet d'une certaine controverse doctrinale. Voir Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., *supra*, note 79, p. 707; Pierre-Gabriel JOBIN, « Le louage », dans Paul-André Crépeau (dir.), *Traité de droit civil*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 468; Carole MURRAY, « *Les sanctions ou cas d'inexécution des obligations* », dans Collection de droit, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002-2003, p. 266. Le principe de la résiliation de plein droit ressort bien de l'article 1605 C.c.Q. Cependant, la rédaction de certains articles et la nécessité de protection du contractant peuvent imposer des formalités ou le recours au juge. Il en va ainsi du contrat de bail de logement. Ainsi, des articles 1863 et 1883 C.c.Q., on peut déduire que, par leur rédaction et l'usage d'expressions telles que « demander la résiliation », « locataire poursuivi », la voie judiciaire est le principe dans cette matière. C'est ce que la jurisprudence appliquait même dans le bail commercial. Voir *Place Fleur de Lys c. Tag's Kiosque Inc.*, [1995] R.J.Q. 1659 (C.A.). La tendance semble quelque peu avoir changé, Dans *9051-5909 Québec inc. c. 9067-8665 Québec inc.* [2003] R.D.I. 225 (C.A.), paragr. 27 à 32, affaire dans laquelle la Cour d'appel a déclaré que l'insertion d'une clause de résiliation extrajudiciaire dans le bail commercial était valide et emporte résiliation de plein droit. Toutefois, les parties demeurent libres de saisir le tribunal afin de contester ladite clause ou sa mise en œuvre. Voir aussi *Crosston Rubber (Québec) Inc. c. Société en commandite Place St-Germain*, [2004] R.D.I. 699 (C.S.), paragr. 19-28.

C

Les clauses limitant l'exercice d'un droit ou d'une liberté

Les critères de la clause de non-concurrence. La clause de non-concurrence est un engagement à ne pas faire quelque chose, notamment à ne pas exercer une activité en conflit avec des droits dont l'autre partie peut se prévaloir en raison du contrat¹⁹⁰⁷. La jurisprudence a déjà établi que cette restriction est en principe valable, mais doit être limitée dans le temps et dans l'espace. Ainsi, elle doit porter sur une période et un territoire bien précis. Telles sont les conditions de base d'appréciation de la validité de la clause de non-concurrence. À celles-ci il faudrait ajouter l'évaluation par les juges des divers aspects liés au contexte général d'insertion de la clause et de sa mise en œuvre. En fait, une clause de non-concurrence peut avoir pour effet de restreindre la liberté de travail¹⁹⁰⁸, la liberté de commerce ou encore celle d'exercer une activité professionnelle¹⁹⁰⁹. L'impact de cette clause sur ces libertés doit donc être pris en considération. Entrent également en ligne de compte, à titre de condition supplémentaire, le but recherché par les parties et la fonction attribuée à la clause de non-concurrence. Ce qui se traduit habituellement par l'idée que le droit ou la liberté restreinte doit être nécessaire à la protection des intérêts légitimes de la partie qui en bénéficie. Ce critère n'est pas sans lien avec le déséquilibre qui caractérise quelques fois les parties lors de la rédaction ou de la conclusion du contrat. Deux professionnels engagés dans le cadre d'une convention ne seront pas forcément considérés de la même manière qu'un contrat mettant aux prises un adhérent et un stipulant pour l'appréciation de la clause de non-concurrence¹⁹¹⁰. Celle-ci doit être examinée en fonction de l'objet du contrat, à la lumière des circonstances dans lesquelles les parties se sont engagées et qui entourent l'affaire¹⁹¹¹. La Cour suprême exige qu'il y ait un lien étroit entre la clause de non-concurrence, le but poursuivi par le créancier et la portée de l'obligation assumée par le débiteur, eu égard au déséquilibre de pouvoir entre les contractants. Au demeurant, en présence de contractants de forces égales, la vérification de l'impact de la clause de non-concurrence ne va

¹⁹⁰⁷ Elle présente de nombreuses variantes. On peut ainsi la rapprocher de la clause de non-sollicitation de clientèle qui est d'ailleurs considérée comme une clause de non-concurrence restreinte ou à portée limitée, car elle cible une dimension précise de la clause de non-concurrence.

¹⁹⁰⁸ Voir les articles 1 à 9, 2087, 2089 et 2095 C.c.Q.

¹⁹⁰⁹ Voir les articles 8 et 1411 C.c.Q. et la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, cC-34.

¹⁹¹⁰ Voir *Burnac Corp. And Joseph Burnett c. Les entreprises Ludco Ltée*, [1991] R.D.I. 304 (C.A.), paragr. 43-52.

¹⁹¹¹ Lorsqu'une transaction débouche à la fois sur un contrat de vente d'entreprise suivi d'un contrat de travail, les clauses de non-sollicitation ou/et de non-concurrence sont habituellement en lien avec le premier contrat, mais peuvent aussi résulter du contrat de travail. Dans tous les cas, elles n'ont pas forcément le même sens. Voir *Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Limited*, [1978] 2 R.C.S. 916, 924 et s. Plus récemment, voir *Payette c. Guay inc.*, [2013] 3 R.C.S. 95, 96.

pas au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts économiques du créancier¹⁹¹². Et pour s'assurer que tel n'est pas le cas, les tribunaux fondent leur analyse sur le caractère raisonnable de la clause, notamment dans un rapport déséquilibré. Dès lors, une clause de non-concurrence dans un contrat de franchise, se formant habituellement par adhésion, pourrait s'avérer déraisonnable compte tenu de l'inégalité entre les parties¹⁹¹³. À ce niveau encore, en lieu et place de la référence vague à la raisonnable, l'évaluation de la clause de non-concurrence table sur l'existence objective d'un rapport de proportion, puisqu'il s'agit de tenter de concilier deux termes : l'activité économique en lien avec le contrat et la limitation du droit ou de la liberté d'un individu. Pour être valide, la clause doit avoir été rédigée et mise en œuvre en tenant compte des intérêts légitimes de la partie en position de vulnérabilité. La sauvegarde de ceux-ci se traduit par la protection contre les atteintes portées à sa liberté qui pourrait être par trop aliénée. Le besoin de concilier les intérêts entre les contractants a été explicitement reconnu dans un arrêt de principe en la matière, *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*¹⁹¹⁴, même si le juge fait aussi appel au bon sens, il rappelle la nécessité de :

Concilie[r] les intérêts de l'employeur avec ceux de l'ex-employé relativement au besoin qu'éprouve celui-là de se protéger sur le plan commercial et celui-ci d'être mobile sur le marché du travail eu égard à une conception qui tend à s'opposer à toute restriction de la liberté individuelle, spécifiquement de la liberté de profiter des occasions qui s'offrent sur le plan économique ou sur le marché de l'emploi¹⁹¹⁵.

L'exemple du contrat de travail permet de constater à quel point la nécessité de concilier les intérêts des parties n'est pas étrangère à l'appréciation du contenu contractuel. Elle est reconnue par le juge et ne peut s'opérer que dans la mesure où il n'y a pas de disproportion entre l'interdiction posée par la clause de non-concurrence et les restrictions à la liberté de l'autre partie, notamment en matière de contrat de travail. Il doit y avoir un rapport de proportionnalité entre les deux termes. Ce qui suppose, pour la protection du contractant vulnérable, que la clause de non-concurrence soit adaptée aux objectifs poursuivis par les deux parties en fonction de leur position et du contexte entourant le contrat. Par ailleurs, s'il est vrai que la clause de non-concurrence est aujourd'hui codifiée, il convient pourtant de rappeler à quel point l'évolution de son régime est d'abord l'œuvre de la jurisprudence soucieuse de protéger l'intérêt légitime de la

¹⁹¹² Voir *Burnac Corp. And Joseph Burnett c. Les entreprises Ludco Ltée*, [1991] R.D.I. 304 (C.A.), paragr. 49-51.

¹⁹¹³ Voir *Cameron c. Canadian Factors corporation Limited*, [1971] R.C.S. 148, 164. La cour réitère cependant que toutes les clauses de non-concurrence doivent être analysées au cas par cas.

¹⁹¹⁴ Voir [1971] R.C.S. 148.

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 163-164.

partie vulnérable¹⁹¹⁶. Un souci que l'on retrouve aussi en matière de contrôle de la clause d'exclusivité.

Le sort de la clause d'exclusivité. La clause d'exclusivité est un autre exemple qui offre l'occasion d'examiner la nécessité d'opérer l'équilibre économique du contrat. Elle vise à empêcher qu'une partie ne sollicite, initie ou poursuive toute discussion ou négociation de quelque nature que ce soit avec un tiers et en lien avec l'objet d'autre transaction ou d'autre discussion faite avec une autre personne. La clause d'exclusivité, comme celle de non-concurrence, a pour effet de restreindre la liberté de contracter. Dans la pratique, la clause d'approvisionnement unique et d'exclusivité territoriale se retrouve régulièrement dans les contrats de franchise ou de concession commerciale¹⁹¹⁷. Brigitte Lefebvre estime toutefois que cette clause d'exclusivité est nécessairement contenue dans tout contrat de franchise ou de concession qu'elle y soit ou non explicitement mentionnée¹⁹¹⁸. Il y va de la nature même de cette catégorie de contrat, puisque son appréciation est soumise aux impacts sur les intérêts et les droits de celui qui en le créancier¹⁹¹⁹. Le franchisé en matière automobile notamment doit pouvoir bénéficier d'un espace territorial raisonnable lui garantissant une clientèle potentielle réelle. Un concédant ne peut donc la violer sans nuire aux intérêts légitimes du concessionnaire issu d'un précédent contrat de concession et visant un périmètre trop proche de l'espace territorial concerné par un second contrat de concession¹⁹²⁰. En matière de baux commerciaux, les parties prévoient quelques fois une clause d'exclusivité relative à la vente de biens et services dans un espace commercial donné afin de réduire l'emprise de la concurrence sur l'activité économique du bénéficiaire¹⁹²¹. Dans tous les cas, la validité de la clause d'exclusivité peut non seulement être liée à sa connaissance par les parties, mais doit être intégrée dans l'ensemble harmonieux du contrat et maintenir la proportionnalité entre leurs obligations réciproques. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions contractuelles qui octroient des avantages ou des privilèges à une partie

¹⁹¹⁶ Voir *Copiscope Inc. c. TRM Copy Centers (Canada) Ltd.*, J.E. 99-77 (C.A.), p. 18 et s. du texte intégral; *Nordenfelt v. Maxim, Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535 (H.L.) 565; *Elsley Estate v. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916, p. 924; *Consumers Distributing Co.*, [1984] 1 S.C.R. 582, 595 et s.

¹⁹¹⁷ Voir *Marcellin Ducharme inc. c. Moteurs Kawasaki Canadien inc.*, 2001 QCCA 20682 (CanLII), paragr. 12.

¹⁹¹⁸ Voir « La clause d'exclusivité territoriale serait-elle une clause essentielle du contrat de franchise ? », (1989) 92 R. du N. 254 257.

¹⁹¹⁹ *Id.*

¹⁹²⁰ Voir *Marcellin Ducharme inc. c. Moteurs Kawasaki Canadien inc.*, 2001 QCCA 20682 (CanLII), paragr. 13-24.

¹⁹²¹ Voir *Haddad c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2010 QCCA 2215 (CanLII), paragr. 28.

D Le contrôle des clauses accordant une prérogative ou un avantage à un contractant

Les clauses limitatives et exclusives de responsabilité. Les stipulations contractuelles accordant des avantages à l'un des contractants sont, à l'instar des clauses entraînant la restriction d'un droit ou d'une liberté, le moyen par lequel le bénéficiaire exerce son pouvoir, voire sa domination sur l'autre partie. En principe, rien n'empêche l'exercice d'un tel pouvoir unilatéral, exception faite de quelques restrictions légales¹⁹²². Compte tenu de la disparité pouvant exister entre les parties, ce type de clause devra être soumis aux principes normatifs afin que leur présence ne nuise pas à la conciliation d'intérêts entre les parties chère aux solidaristes. Parmi ces clauses se trouve la disposition par laquelle l'une des parties restreint ou annule sa responsabilité. En fait, en droit civil québécois, les dispositions contractuelles ayant pour effet de limiter ou d'exclure la responsabilité d'une partie ne sont pas en principe interdites. Néanmoins, compte tenu de leur impact sur le cocontractant, des restrictions sont apportées à l'usage de la clause de limitation ou de restriction de responsabilité à plusieurs endroits dans le *Code civil du Québec*, notamment à l'article 1474 ou en matière de transport¹⁹²³. Elle est frappée de nullité dans bon nombre d'hypothèses, spécialement aux articles 1732 et 1733 sur la vente¹⁹²⁴, à l'article 1893 pour le bail

¹⁹²² Voir l'article 74 de la Lpc qui prévoit qu'« est réputée non écrite toute stipulation par laquelle le commerçant se réserve le droit de déterminer unilatéralement:

- a) les conditions de l'inexécution, par le consommateur, d'une obligation;
- b) tout fait ou situation prévus au contrat ».

¹⁹²³ Ces cas sont spécialement mentionnés aux articles 1470 à 1477 C.c.Q. On retrouve aussi, au sein du contrat de transport, l'article 2034 C.c.Q. : « Le transporteur ne peut exclure ou limiter sa responsabilité que dans la mesure et aux conditions prévues par la loi »; En outre, l'article 2070 C.c.Q. prévoit qu'« est nulle toute stipulation du contrat qui exonère le transporteur ou le propriétaire du navire de l'obligation de réparer le préjudice résultant des pertes survenues aux biens transportés, à moins qu'il ne s'agisse du transport d'animaux vivants ou de marchandises en pontée, mais non, en ce cas, du transport de conteneurs chargés à bord, si le navire est muni d'installations appropriées pour ce type de transport. Une clause cédant le bénéfice de l'assurance au transporteur ou toute clause semblable est considérée comme une stipulation exonérant le transporteur ». Sur le transport maritime des biens, l'article 2084 C.c.Q. précise qu'« est inopposable au chargeur et au destinataire, toute clause ayant pour objet ou pour effet de dégager l'entrepreneur de manutention de sa responsabilité, de renverser la charge de la preuve qui lui incombe, de limiter sa responsabilité à une somme inférieure à celle fixée par règlement, ou de lui céder le bénéfice d'une assurance du bien ».

¹⁹²⁴ Article 1732 C.c.Q. : « Les parties peuvent, dans leur contrat, ajouter aux obligations de la garantie légale, en diminuer les effets, ou l'exclure entièrement, mais le vendeur ne peut, en aucun cas, se dégager de ses faits personnels. ». L'article 1733 C.c.Q. : « Le vendeur ne peut exclure ni limiter sa responsabilité s'il n'a pas révélé les vices qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer et qui affectent le droit de propriété ou la qualité du bien. Cette règle reçoit exception lorsque l'acheteur achète à ses risques et périls d'un vendeur non professionnel ».

d'un logement¹⁹²⁵ ou encore à l'article 2414 C.c.Q. en matière d'assurance terrestre¹⁹²⁶, sans parler des contrats régis par la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁹²⁷. Dans ces conditions, au lieu d'adopter une position de principe, le législateur choisit d'opérer au cas par cas. Ce faisant, il donne l'impression de vouloir conserver l'intégrité et la supériorité d'une vision volontariste et individualiste du contrat, tout en lui assignant quelques limites¹⁹²⁸, la protection restant elle-même calquée sur le modèle de l'accord des volontés¹⁹²⁹. Une plus grande prise en compte du principe de proportionnalité et du devoir de juste mesure invite à un réajustement de perspective. Ce qui se justifie d'autant que les contractants en situation de force voient dans les clauses limitatives de responsabilité la possibilité de tirer avantage du contrat et de limiter, voire d'exclure la responsabilité qu'ils auraient pourtant dû assumer. Par cette clause, l'une des parties cherche surtout à réduire l'impact économique des coûts réels de la réparation qu'elle aurait dû supporter

¹⁹²⁵ «Est sans effet la clause d'un bail portant sur un logement, qui déroge aux dispositions de la présente section, à celles du deuxième alinéa de l'article 1854 ou à celles des articles 1856 à 1858, 1860 à 1863, 1865, 1866, 1868 à 1872, 1875, 1876 et 1883 ». En matière de bail de logement, on peut encore ajouter les articles 1900, 1901, 1904, 1905, 1906, ou 1910 qui prévoient la sanction de certaines clauses abusives ou réputées nulles dans le bail.

¹⁹²⁶ Art. 2414 : « Toute clause d'un contrat d'assurance terrestre qui accorde au preneur, à l'assuré, à l'adhérent, au bénéficiaire ou au titulaire du contrat moins de droits que les dispositions du présent chapitre est nulle. Est également nulle la stipulation qui déroge aux règles relatives à l'intérêt d'assurance ou, en matière d'assurance de responsabilité, à celles protégeant les droits du tiers lésé ».

¹⁹²⁷ La *Loi sur la protection du consommateur* vise plusieurs clauses explicitement interdites : interdiction expresse des clauses d'exclusion de responsabilité (art. 10), de certaines clauses donnant un pouvoir unilatéral au commerçant (art. 11), de celles qui imposent un arbitrage obligatoire ou qui restreignent le droit du consommateur d'ester en justice (art. 11.1), de celles qui permettent au commerçant de modifier unilatéralement le contrat, sauf à certaines conditions (art. 11.2), de celles qui permettent au commerçant de résilier unilatéralement un contrat de service à exécution successive à durée déterminée et, dans le cas d'un contrat de service à exécution successive à durée indéterminée sans en avoir préalablement avisé le consommateur (art. 11.3), de celle qui impose au consommateur d'autres frais que l'intérêt couru (art. 13), de celle qui oblige à se soumettre à une loi étrangère (art. 19), des clauses d'élection de for (art. 22.1).

¹⁹²⁸ D'ailleurs, les explications du ministre de la justice ne cachent pas la préférence pour la sécurité juridique entendue ici dans le sens de la responsabilisation des individus. Ce qui a été dit de la lésion peut s'étendre à la clause abusive ou au principe même du contrôle de l'équilibre contractuel : « Le domaine d'application de la lésion n'a pas été étendu à toute personne physique, même majeure et pleinement capable. Même si elle se situait dans le prolongement d'une extension constante du concept de lésion entre majeurs en droit québécois, notamment avec l'émergence du droit de la consommation, l'extension du domaine de la lésion, non circonscrite à des cas spécifiques, paraissait dangereuse et susceptible de compromettre la stabilité de l'ordre contractuel, d'engendrer éventuellement certains abus et de diminuer dans une certaine mesure le sens des responsabilités des citoyens ». Voir Gil REMILLARD, *Commentaires du Ministre de la justice : Le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, Art. 1405.

¹⁹²⁹ De l'avis de Nathalie CROTEAU, la protection accordée se réduit aux contrats d'adhésion et de consommation parce que ceux-ci sont particulièrement caractérisés par l'absence de consentement réel. Voir *Le contrat d'adhésion, de son émergence à sa reconnaissance*, *supra*, note 2, p. 95. Voir également « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », (1996) 26 *R.D.U.S.* p. 403 et 407. Une position que réfute Marc Lemieux, qui explique que les clauses abusives n'ont pas pour but de rétablir la volonté, mais une certaine justice contractuelle qu'il assimile à l'équité. Voir « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *supra*, note 79, 83. Il en va de même pour la proportionnalité dans le contrat que les règles relatives au contrôle du consentement n'ont pas vocation à assurer. Cependant, la protection de la qualité et de la réalité du consentement reste un point important de la doctrine solidariste sur laquelle nous reviendrons dans notre seconde section.

si sa responsabilité n'était pas limitée¹⁹³⁰. La validité de ce type de clause s'explique par le besoin légitime de permettre dans certaines circonstances au contractant économiquement fort de préserver ses intérêts. La protection de la partie qui se voit imposer ce type de clause doit être conciliée avec celle du maintien de la situation économique de l'autre. Cependant, pour éviter des situations abusives, dans une perspective solidariste, ce type de stipulations contractuelles doit être soumis aux devoirs de juste mesure et de cohérence, de sorte que le non-respect de ceux-ci entraîne le contrôle du juge¹⁹³¹. La possibilité de limiter sa responsabilité est une chose, elle ne saurait pour autant fournir un prétexte pour en arriver à réduire, voire à vider de leur substance, les obligations essentielles d'une partie¹⁹³². L'élaboration de même que l'interprétation ou la mise en œuvre d'une clause limitative de responsabilité doit être insérée au contrat sans en rompre l'harmonie d'ensemble. Auquel cas il faudrait conclure au caractère abusif de ladite clause¹⁹³³. Pour s'assurer que dans le contrat la présence d'une clause limitative de responsabilité n'est pas abusive et qu'elle en maintient la cohérence, l'un des éléments essentiels auquel la jurisprudence soumet le contrôle de celle-ci est son effet sur les prestations et les attentes légitimes des parties. Cette exigence se retrouve dans la jurisprudence et les critères de contrôle peuvent être interprétés dans ce sens¹⁹³⁴. C'est dans la même optique que doivent être compris les articles 1436, 1437, 1475 et 1476 C.c.Q., dans la mesure où la tentative d'exclure les effets de sa faute lourde, en présence d'un contrat d'adhésion, peut être regardée comme le

¹⁹³⁰ D'ailleurs, l'un des domaines de prédilection du recours à la clause limitative des responsabilités est le connaissance en matière de contrat de transport. Les transporteurs n'étant pas toujours en mesure d'assumer la perte ou la détérioration des biens transportés, et dont ils ignorent quelques fois la valeur. Ils n'accordent alors qu'une mince compensation qui correspond à un poids maximal de marchandise ou de biens transportés ou encore à une valeur forfaitaire. Pour un ordinateur perdu par Purolator, et pour lequel, seule la maigre somme de 32\$ a été remboursée à la commission scolaire, voir *Courrier Purolator ltée c. Commission scolaire de Quévillon*, 1992 QCCA 2858 (CanLII), p. 6 du texte intégral; *Birdsall inc. c. In Any Events Inc.*, [1999] R.J.Q. 1344 (C.A.), p. 11 du texte intégral.

¹⁹³¹ Comme le rappelle la Cour suprême, « La théorie de l'iniquité rend inapplicable une clause limitative de responsabilité lorsqu'une partie abuse de son pouvoir de négociation pour tirer un avantage indu de son cocontractant ». Voir *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 461, paragr. 82.

¹⁹³² Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *supra*, note 1377, n°210, p. 232. Une position qui peut se rapprocher de celle de la common law et des théories du *fundamental Breach of contract* ou de l'*unconscionability*. Ainsi, comme le rappelle la Cour suprême, en common law, « une clause limitative de responsabilité négociée entre deux commerçants demeure en principe valide à moins d'être déclarée inapplicable, soit en vertu de la théorie de l'iniquité (*unconscionability*), soit parce que la clause vise une obligation dont le non-respect constitue une inexécution fondamentale du contrat (*fundamental breach of contract*). Voir *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 461, para 81.

¹⁹³³ Voir Denis MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller trop loin? », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *supra*, note 1, p. 142.

¹⁹³⁴ Ainsi, le contractant ne doit pas utiliser de stratégie qui ne favorise pas la lisibilité d'une telle clause afin que son existence et son contenu soient connus de son cocontractant. La lisibilité renvoie donc à la connaissance de la clause qui est une condition de validité. Même encore, la clause pourrait s'avérer en elle-même abusive, et ce, par ses effets sur les intérêts de la partie qui se la voit imposer. Voir le rappel du juge dans *Télébec ltée c. Alain*, 1994 QCCA 6317 (CanLII), p. 4 du texte intégral.

mépris des intérêts de la partie en position de vulnérabilité¹⁹³⁵. Tout porte à croire que la cohérence interne et l'harmonie contractuelle sont rompues lorsqu'un des contractants essaye d'utiliser la clause limitative de responsabilité afin d'exclure un vice dont elle connaissait ou était censée connaître l'existence¹⁹³⁶. Les clauses limitatives de responsabilité ne sont pas les seules qui pourraient déboucher sur un usage incohérent ou disproportionnel des pouvoirs du contractant. Il arrive que la faculté de modifier unilatéralement le contrat aboutisse à la violation du devoir de juste mesure ou de cohérence.

La clause de modification unilatérale du contenu contractuel. Le contractant en position de force procède quelques fois par des clauses contractuelles lui permettant de modifier les termes du contrat en sa faveur. Les modalités et les hypothèses dans lesquelles une telle prérogative peut être exercée sont infinies, mais il est clair qu'elle ne peut l'être de manière abusive ou excessive. Il faut dès lors opérer une distinction entre l'existence d'un droit de modification unilatérale et l'exercice de ce droit. Un tel privilège n'est pas en lui-même problématique, sauf que les difficultés commencent lorsqu'on examine les conditions et les effets résultant de sa mise œuvre. Comme les autres stipulations du contrat que nous avons déjà abordées, celles qui permettent à l'une des parties de modifier, de sa seule initiative, les modalités essentielles ou les conditions du contrat ne sont pas par principe prohibées. Mais elles ne sauraient avoir pour effet d'annihiler les intérêts légitimes de l'autre partie. Les pouvoirs de modification unilatérale du contrat ont ceci de dangereux qu'ils peuvent aggraver les obligations du cocontractant. Il est déjà apparu que l'obligation de motivation que prône le solidarisme contractuel contribue à réduire les effets délétères d'une telle prérogative, notamment dans le bail de logement ou au sein du contrat de travail. L'obligation de fournir des motifs sérieux à la modification du contrat est assez reconnue, l'apport du solidarisme renvoie plutôt à sa généralisation, spécialement aux contrats de non gré à gré. Il en va ainsi du pouvoir unilatéral de modification du loyer dans un contrat de bail commercial. En effet, il arrive que le bailleur insère dans un bail à long terme la possibilité

¹⁹³⁵ La position du juge est claire dans les contrats en matière de distribution des services de câbles et de téléphonie. Voir *Diamond c. Bell Mobilité inc. (Bell Mobilité Cellulaire inc.)*, 2006 QCCS 2063 (CanLII). Le juge note que : « cette clause ne pourrait pas jouer si la preuve montrait qu'une interruption provient de la faute lourde et intentionnelle de l'intimée. On parle de la faute grossière et inexcusable qui dénote un total mépris pour les intérêts des abonnés » (paragr. 85). Il faudrait préserver la cohérence du contrat même en cas de limitation de la garantie, de sorte que celle-ci ne doit pas avoir pour effet de vider les obligations de l'un des contractants.

¹⁹³⁶ Voir *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 461. Si la partie bénéficiant d'une clause limitative de responsabilité ne « réussit [pas] à réfuter la présomption de connaissance qui pesait contre elle, elle ne peut invoquer en sa faveur la clause limitative de responsabilité » (paragr. 106).

d'augmenter le loyer selon diverses modalités. Pour autant, celles-ci ne doivent pas en arriver à une surcharge excessive du locataire dont il convient aussi de protéger l'activité économique. Dans une perspective conciliatrice, un bailleur ne saurait, malgré les pouvoirs contractuels exorbitants qui sont les siens, exercer son droit d'augmenter les loyers sans égard pour les intérêts du locataire, et ce, surtout lorsqu'une telle attitude est guidée uniquement par des considérations de profits. Cependant, pour qu'un tel changement puisse avoir lieu, il faudrait encore que l'approche du contrat de bail commercial soit en partie délestée des présupposés volontaristes¹⁹³⁷. On retrouve la même exigence dans les clauses qui ont pour effet de priver une partie de l'exercice d'un privilège.

La privation d'un droit ou d'un privilège. Il arrive que le pouvoir d'amender les clauses contractuelles ait pour effet non pas d'aggraver la situation du cocontractant, mais plutôt de les priver des droits et avantages que celui-ci aurait normalement attendus du contrat. Dans ce cas, la conciliation des intérêts entre les deux parties et le besoin de rétablir l'équilibre peut justifier la compensation accordée à la partie lésée. C'est ce qui ressort de l'affaire *Samoisette c. IBM Canada Itée*¹⁹³⁸. En vertu des pouvoirs contractuels qui lui étaient reconnus, IBM avait décidé de modifier les régimes de retraite et de mettre fin aux prestations de raccordement pour les employés qui prendraient leur retraite après le 31 décembre 2007. Elle avait en outre procédé à une modification du régime de soins de santé et à une limitation de l'accès aux allocations pour soins de santé et fixé la barre à 65 ans plutôt qu'au décès. Ce qui a eu pour conséquence d'obliger les employés à partir en retraite avant décembre 2007. Un recours collectif a été introduit et a été accepté au motif que cet amendement a causé un préjudice à ces employés et qu'il incombe à IBM de le réparer afin de compenser la perte qui en avait résulté. La réparation peut mieux s'expliquer par la non-prise en compte des intérêts des employés aux régimes de retraite et de soins existant avant les amendements. Par ailleurs, les changements apportés au contrat, lorsqu'ils ont pour effet de réduire les avantages attendus ou que l'on peut légitimement en attendre, ne peuvent être opérés sans mettre en péril les intérêts de la partie qui subit ces modifications. Il faudrait au moins que le cocontractant lui offre des alternatives, sinon, il peut en

¹⁹³⁷ Le tribunal rappelle souvent que la modification du bail ne peut se faire que sur la base de la volonté mutuelle des parties. Voir *Développement Métro-Montréal Canada Corp. c. 9027-1586 Québec inc.*, 2004 QCCA 73086 (CanLII), paragr. 2-6.

¹⁹³⁸ Voir 2012 QCCA 946 (CanLII).

résulter une perte importante. Ce d'autant plus que la possibilité de changer les règles initialement prévues entre les parties peut avoir pour effet d'exclure l'une d'elles des profits légitimement attendus par les conditions communes initialement convenues entre les parties. Ce qui survient souvent en ce qui concerne notamment les appels d'offres publics. Les tribunaux ont reconnu le pouvoir discrétionnaire des municipalités d'accepter une soumission non conforme aux exigences décrites dans le document d'appels d'offres utilisé par les soumissionnaires¹⁹³⁹. Elles peuvent, par exemple, se donner le droit d'accepter la soumission conforme qui n'offre pas le prix le plus bas possible et nuancer des résultats de l'appel d'offres, mais ce pouvoir ne pouvait s'exercer de manière arbitraire. Il devait être envisagé et interprété de manière à s'harmoniser avec l'ensemble des exigences inscrites au dossier d'appel d'offres, au risque de remettre en cause l'entente des parties¹⁹⁴⁰. Le pouvoir de modification unilatérale des termes de l'offre de contracter doit être étroitement concilié avec les intérêts de celui qui y répond et les attentes créées à son égard en fonction des termes et de la documentation fournie dans le cadre de l'offre d'appel. De plus, la modification unilatérale du contrat peut influencer sur les autres dispositions du contrat. Quelques fois, ce ne sont pas forcément les conditions essentielles du contrat qui font l'objet d'une modification, mais celles qui portent sur les aspects secondaires. L'impact n'est pas nécessairement moindre sur le cocontractant et peut même aggraver la situation obligationnelle de celui-ci ou réduire implicitement et de manière excessive celle du contractant en position de force. On peut penser ici à la modification unilatérale de certaines conditions générales du contrat sans tenir compte à chaque fois de la fragilité qui en résulte pour le cocontractant, notamment dans le bail résidentiel ou le contrat d'assurance¹⁹⁴¹. Comme la clause de modification unilatérale,

¹⁹³⁹ Une clause de réserve dûment dénoncée par la Ville peut exclure l'obligation de ne retenir que les soumissions conformes. Voir *M.J. B. Entreprises Ltd. c. Construction de Défense (1951)*, [1999] 1 R.C.S. 619, paragr. 43-48.

¹⁹⁴⁰ Et ce d'autant plus que la Cour suprême a établi que le processus d'appel d'offres procédé par la remise de documents complexes et exigeants. Le soumissionnaire qui y donne suite s'engage en fonction des termes de ceux-ci. Toute chose qui constitue une réponse à une offre de contracter et qui emporte formation du contrat. Voir *M.J.B. Entreprises Ltd. c. Construction de Défense (1951)*, [1999] 1 R.C.S. 619, paragr. 19.

¹⁹⁴¹ Voir l'article 1901 C.c.Q. sur le bail résidentiel qui interdit d'y insérer des clauses déraisonnables. Il existe également des dispositions légales qui empêchent les contractants de procéder à certaines modifications ou à la rédaction du contrat de façon à obtenir des avantages au détriment de son cocontractant. En matière d'assurance, l'article 2417 C.c.Q. stipule : « L'assureur ne peut, par une clause générale, exclure ou limiter la garantie d'assurance en raison d'une affection non déclarée dans la proposition, à moins que cette affection ne se manifeste dans les deux premières années de l'assurance ou qu'il n'y ait fraude »; Quant à l'article 2414 C.c.Q., il y est rappelé que : « Toute clause d'un contrat d'assurance terrestre qui accorde au preneur, à l'assuré, à l'adhérent, au bénéficiaire ou au titulaire du contrat moins de droits que les dispositions du présent chapitre est nulle. Est également nulle la stipulation qui déroge aux règles relatives à l'intérêt d'assurance ou, en matière d'assurance de responsabilité, à celles protégeant les droits du tiers lésé ».

celle qui octroie le pouvoir de rompre le contrat de son propre chef peut mettre en péril les intérêts du contractant vulnérable.

La clause de rupture ou de non-renouvellement du contrat. L'un des domaines dans lequel le pouvoir unilatéral de contrôle est probablement le plus usité est la capacité pour l'une des parties de mettre un terme à la convention ou de ne pas la renouveler. Ce à quoi peut s'opposer le désir de maintien du contrat par l'autre partie. Sous un autre angle, le pouvoir de résiliation unilatérale ne peut plus, de l'avis des solidaristes, être exercé en dehors de la prise en compte de leur impact sur le cocontractant qui en subit les répercussions négatives, notamment sur le plan économique. La protection des intérêts légitimes de la partie vulnérable présume que, lors de la rupture ou du non-renouvellement du contrat, le contractant qui dispose d'un tel pouvoir soit tenu de veiller à exercer son droit dans le respect de certaines conditions¹⁹⁴² et, spécialement, au regard des conséquences de sa décision sur les affaires de son cocontractant¹⁹⁴³. C'est pourquoi il est, par exemple, inadmissible qu'après avoir imposé des sacrifices à ses partenaires durant des années, un concessionnaire décide de mettre fin à la relation de manière purement opportuniste. Évidemment, on ne saurait pas aller jusqu'à obliger les parties à demeurer liée. Pour autant, celui qui veut mettre un terme à la relation ne peut le faire à n'importe quelle condition, sans intégrer l'intérêt de son partenaire. Cette faculté de résiliation unilatérale des contrats est présente notamment au sein des baux commerciaux¹⁹⁴⁴, ou dans la vente de fonds de commerce¹⁹⁴⁵ ou encore dans les contrats de distribution ou appel d'offres¹⁹⁴⁶. Le contrôle des clauses unilatérales de pouvoirs reste pourtant encore largement dominé par le principe de la liberté contractuelle, même en présence d'un contrat d'adhésion. Il faut dire que la conciliation entre les libertés de

¹⁹⁴² Notamment un avis de résiliation. Encore faut-il s'entendre sur la durée du délai raisonnable qu'il faudrait donner à son cocontractant. Voir *9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, J.E. 2012-1050 (C.A.), paragr. 31-33.

¹⁹⁴³ Lorsque la possibilité de résilier unilatéralement un bail n'est pas organisée par le contrat de manière détaillée, elle est soumise à l'envoi d'un avis ou d'une mise en demeure. Voir *Placements G. Murray (Québec) ltée c. Enseignes Néon-Otis inc.*, J.E. 97-1565 (C.A.), p. 16-17 du texte intégral. Pour l'examen de la position du juge en France par exemple, voir Denis MAZEAUD, « Le solidarisme contractuel et la réalisation du contrat », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, supra, note 149, p. 59.

¹⁹⁴⁴ Voir *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouvrées St-Philippe Inc.*, J.E. 95-1595 (C.S.); *Société de gestion Place Laurier Inc. c. Beaulieu et al.*, J.E. 99-1070 (C.S.).

¹⁹⁴⁵ Voir *Gauthier c. Marché E. Prud'homme Inc.*, J.E. 92-422 (C.A.).

¹⁹⁴⁶ Voir *Bertrand Équipements Inc. c. Kubota Canada Ltée*, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.). Il arrive que, malgré le processus d'appels d'offres, les municipalités se retrouvent en situation de vulnérabilité. C'est aussi la raison qui explique que certaines d'entre elles prévoient des clauses de modifications unilatérales dans leurs soumissions. Voir *Cétil Inc. c. Hôtel-Dieu de Montréal*, J.E. 96-653 (C.S.), paragr. 35-50.

contracter, de commercer et la sauvegarde des intérêts économiques de la partie vulnérable n'est pas toujours simple. De plus, le droit du travail peut servir d'inspiration à la généralisation du contrôle de l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale dans les autres rapports déséquilibrés. Dans les relations d'affaires, la position de la jurisprudence reste encore largement imprégnée de la logique libérale et individualiste¹⁹⁴⁷. En outre, jusqu'où doit-on protéger les intérêts économiques d'une partie en position de vulnérabilité face à l'exercice d'un pouvoir unilatéral? L'examen de la décision *BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert Inc.*¹⁹⁴⁸ donne l'occasion de mesurer la difficulté. Dans cette affaire, le franchiseur avait décidé de mettre un terme au contrat de franchise à durée indéterminée convenu entre les parties. La Cour d'appel décide que, bien que cette prérogative unilatérale ait été exercée sans qu'il y ait manquement de la part du franchisé à aucune de ses obligations contractuelles, on ne saurait obliger le franchiseur à rester indéfiniment lié par un contrat qui prévoit pourtant la possibilité de ne pas renouveler la franchise. En l'espèce, il n'y a pas violation de la bonne foi de la part du franchiseur, ni comportement opportuniste. Par conséquent, il n'y a pas de raison de lui refuser une telle possibilité. Certes, on ne saurait forcer un franchiseur à rester contractuellement lié, toutefois, il ne saurait impunément donner effet à la clause de résiliation automatique sans tenir compte des conséquences sur les intérêts du franchisé dont l'activité prospère. La reconnaissance d'un droit au renouvellement du contrat de franchise n'est alors possible que si la conciliation objective d'intérêts intervient pour contrebalancer la liberté de contracter ou ne pas contracter. Par ailleurs, il arrive que pour protéger un contractant, la loi lui offre la possibilité de rompre unilatéralement le contrat sans avoir à fournir un motif. Il en va ainsi du contrat d'entreprise et de service qui permet au client de rompre le contrat à tout moment¹⁹⁴⁹. Cependant, il ne s'agit pas d'exercer cette faculté de manière arbitraire. Ainsi, dans le *Code civil du Québec*, il existe des conditions minimales qui visent à préserver les intérêts économiques de l'entrepreneur¹⁹⁵⁰. Ce qui importe dans la perspective solidariste est que la conciliation d'intérêts contribue à la protection des deux

¹⁹⁴⁷ D'ailleurs, une attitude similaire peut être observée dans la jurisprudence, puisque les juges sont plus enclins à sanctionner la clause de non-concurrence dans un contrat de travail par rapport à un contrat de vente de fonds de commerce ou de service. Dans ces derniers cas, son appréciation fait l'objet d'une attitude moins intrusive. Voir *Cameron c. Canadian Factors corporation Limited*, [1971] R.C.S. 148 *paxim*. L'interventionnisme judiciaire est donc à visages multiples, non pas seulement en fonction du déséquilibre contractuel, mais aussi et surtout, selon les intérêts que semblent privilégier les juges.

¹⁹⁴⁸ Voir J.E. 2006-1694 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée le 22 février 2007, 31685.

¹⁹⁴⁹ Voir l'article 2125 du C.c.Q.

¹⁹⁵⁰ Voir Patrick GIRARD et Frédéric POIRIER, « La résiliation unilatérale du contrat d'entreprise ou de service : le client a-t-il toujours raison? », (2002) 36 *R.J.T.* 314.

contractants et repose sur l'idée générale selon laquelle l'ensemble du contenu matériel du contrat doit passer au crible de ce principe en vue de le rééquilibrer.

Conclusion du chapitre I

La généralisation souhaitable du contrôle matériel du contrat. À l'issue de ce chapitre, il est apparu que le solidarisme contractuel repose sur des principes nouveaux qui ne tendent pas seulement à compléter la bonne foi et l'abus de droit. Cette doctrine propose de nouvelles finalités objectives qui imposent aux parties des devoirs et obligations accrus qui se greffent au contrat et le transcendent. Le survol des différentes clauses du contrat pouvant faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité par le juge n'avait rien d'exhaustif. Il a permis essentiellement de démontrer que tout le contenu matériel du contrat est appelé à être équilibré s'il est soumis aux principes de proportionnalité, de cohérence et de coopération. Ces finalités trouvent application dans plusieurs domaines du droit des contrats et offrent quelques fois une approche inédite ou le cadre d'un élargissement des règles existantes. Le solidarisme contractuel soumet le contrat à des instruments inédits de mesure et de correction du déséquilibre contractuel. Les principes qui en sont déduits se sont avérés d'une plus grande flexibilité quant à la recherche objective de l'équilibre contractuel, et contribuent au surplus à surmonter le flou et l'incertitude inhérents à plusieurs mécanismes de protection.

Conclusion du titre II

Au terme de ce titre, dans la mesure où notre étude s'inscrit dans le cadre positif du droit des contrats au Québec, faut-il conclure que le solidarisme contractuel y est présent? La réponse est assurément nuancée. S'il n'est pas clairement apparu que cette doctrine influence directement le législateur ou le juge, il n'en reste pas moins qu'on peut y voir une forme de justification théorique offrant une meilleure appréhension et intégration d'instruments de protection existant déjà dans le droit, ou de légitimer la possibilité d'en accueillir de nouveaux. C'est en vain que l'on cherchera à saisir immédiatement la doctrine solidariste en droit des contrats au Québec. Ce qui se justifie peut-être en grande partie parce que la moralité contractuelle y tient une place tellement importante qu'elle n'en laisse pas vraiment à un autre mode de pensée¹⁹⁵¹. Faire reposer le

¹⁹⁵¹ De l'avis tant de ses détracteurs que de ses défenseurs, elle n'a d'ailleurs pas connu plus de succès en France. Voir Yves LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *supra*, note 1479, p. 270-271; Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, *supra*, note 1034, p. 33 et s. Denis MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *supra*, note

contrat sur la notion de relation, entendue dans le sens solidariste du terme, reste largement minoritaire. Ce qui n'empêche pas de l'envisager de manière paradigmatique¹⁹⁵². Une position qui peut paraître surprenante étant donné son caractère marginal. Cela dit, cet état de fait ne pouvait pas constituer une raison suffisante pour ne pas en rendre compte, bien au contraire. L'enjeu aujourd'hui étant de rechercher quelles alternatives pourraient sinon remplacer la conception volontariste individualiste, du moins en réduire les effets pervers, notamment dans un contexte de déséquilibre contractuel! Il ne s'agit pas tant de substituer le volontarisme individualiste, que d'aborder les contrats dans lesquels une telle approche est pour le moins inappropriée et lui substituer une autre conception du contrat. Bien que même les défenseurs de cette doctrine ne lui prédisent pas un avenir radieux, le solidarisme contractuel relève à la fois du droit actuel et prospectif. Il n'est pas certain que son impact sera forcément visible, mais on peut croire qu'il laissera des traces. Leur incursion dans le droit positif relève plus du futur que du présent. Philippe Jestaz souligne à ce propos qu'« aujourd'hui, le juge du contrat, donc le juge civil, commence à subir la contagion de cette expansion - la proportionnalité -, dont chacun imagine déjà qu'elle remplacerait avantageusement le recours tous azimuts à la bonne foi »¹⁹⁵³. Le solidarisme contractuel apparaît telle une grille de lecture pertinente pour une transformation souhaitable des moyens de protection du contractant vulnérable, lesquels restent encore sous le joug de l'individualisme juridique, fondement principal de la théorie générale des contrats¹⁹⁵⁴. Comme le faisait remarquer René Demogue, ce n'est pas parce qu'une doctrine est dominante qu'elle ne présente pas pour autant de nombreux défauts. Dans ce contexte, il appartient à la doctrine de même qu'à la jurisprudence de faire de tenter de reposer les questions sur des bases nouvelles¹⁹⁵⁵.

1476, p. 911. Ce dernier estime que le solidarisme renaitra de ses cendres. Dans certains travaux récents, c'est sa pertinence même qui est remise en cause, Voir Louis THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, Économica, 2011.

¹⁹⁵² Philippe PEDROT explique dans ce sens que « selon Thomas Khun, il y a changement de paradigme lorsque le paradigme dominant montre suffisamment de difficultés à rendre compte de nouveaux phénomènes, créant ainsi une rupture des visions conceptuelles du monde ». Voir Philippe PEDROT, « vie et mort : la frontière brouillée », dans Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot (dir.), *Droit et complexité, supra*, note 230, p. 78.

¹⁹⁵³ Voir « Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain », dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat, supra*, note 1, p. 257.

¹⁹⁵⁴ Voir Bernard REMICHE, « Droit économique, marché et intérêt général », dans *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue? Mélanges en l'honneur à Gérard Farjat, supra*, note 1276, p. 258.

¹⁹⁵⁵ Voir René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 345. L'auteur soulignait, à propos du sujet de droit, qu'« il faut constater que la doctrine du XIX^e siècle a échafaudé une certaine technique, nette et dure, qui peut rendre des services, mais qui a aussi de terribles défauts, et que les législateurs, les juges vivant dans ces idées ont établi des règles qui s'adaptent bien à elle. Mais cela ne veut pas dire qu'il ne surviendra pas une poussée doctrinale qui fera éclater le vieux moule et reprendre les questions sur de nouvelles bases, tout d'abord dans la doctrine et la jurisprudence » (p. 345).

Conclusion générale

Dans la partie introductive de notre étude, nous avons mentionné que notre objectif était de faire la lumière sur les piliers qui soutiennent la protection de la partie vulnérable. Tout au long de notre réflexion, nous avons pu identifier *grosso modo* quatre principales colonnes sur lesquelles le droit de la sauvegarde des intérêts du contractant a été progressivement construit. Dans l'optique de la morale individualiste et libérale remaniée, la prise en compte du besoin de protection du contractant vulnérable repose sur les idées de liberté et de responsabilité. Dans une perspective mettant de l'avant le contrat à titre de relation, on a pu identifier d'une part une protection technico-formelle, voire technocratique et, d'autre part, une autre forme mettant de l'avant l'idée de solidarité. Il est apparu dans l'ensemble qu'adopter une conception du contrat basée sur la relation suppose nécessairement une critique, voire un abandon de l'approche fondée sur la morale individualiste.

Arrivée au terme de notre étude, une conclusion est-elle possible? En effet, la protection de la partie vulnérable au contrat, à travers la notion ambiguë de justice contractuelle dans chacune des perspectives que nous avons étudiées présente des points forts et des faiblesses. Il est apparu qu'il est erroné de partir uniquement de l'individu, c'est-à-dire du contractant pris de manière isolée, pour fonder l'ensemble des règles qui doivent régir la sauvegarde des intérêts de celui qui se trouve en situation de vulnérabilité. Garantir le respect des attentes légitimes des deux parties, surtout en cas de déséquilibre contractuel, ne semble pas pleinement possible, si cela s'opère uniquement par la simple juxtaposition des contractants, représentés de manière atomisée. C'est ce constat qui peut justifier le recours à l'idée de relation. Cette dernière permet alors de mettre l'accent sur le contrat en tant que fait social, le lieu de nombreuses contraintes extérieures. Si le lien contractuel est déséquilibré, cela ne résulte pas seulement à la situation ou du comportement intrinsèque des parties, mais davantage du milieu social dans lequel le contrat s'insère et dont il subit les influences. Ce qui pourrait aboutir à une prise en charge totale du contrat par un tiers, notamment l'État, qui essaierait alors d'imposer aux parties, de l'extérieur, un cadre contractuel préconçu pouvant apparaître comme un bon compromis. Cela ne va pourtant pas sans inhiber gravement la liberté des parties. Sûrement, cette liberté ne doit pas être postulée, elle ne peut pas non plus être complètement occultée. L'idée du solidarisme contractuel n'en est pas très éloignée, du moins, elle s'apparente comme la recherche d'une position médiane entre une

protection exclusivement basée sur la liberté et la responsabilité et celle reposant uniquement sur des règles étatiques techniques et formalistes. Le contrat est alors considéré avant tout comme un lien social incarné dans une relation contractuelle. Il n'en reste pas moins que pas plus que la vision individualiste, la protection de la partie vulnérable ne peut pas simplement partir de la seule référence sociale.

Relation et morale apparaissent telles deux utopies entre lesquelles il faudra toujours choisir en fonction de la forme, de la nature et de l'étendue de la vulnérabilité de la personne à protéger. En matière de protection de la partie vulnérable, comme dans bien d'autres questions relatives à l'idée de justice, il n'y a pas lieu d'absolutiser une approche. Il ne peut y avoir de critère absolu de protection du contractant au risque d'aboutir à des situations iniques. La protection de la partie vulnérable doit dès lors éviter de tomber dans tout dogmatisme et le juriste est appelé à recourir à sa raison et sa faculté de juger afin de retenir le fondement le plus approprié. Ici encore, il sera question de mesurer, de peser et de tenter d'évaluer avec justesse la position à retenir entre plusieurs théories du contrat et du lien entre les parties. Cependant, si la nécessité d'une protection fait l'unanimité, tant de dispersion dans les visions témoigne en réalité de la discorde quant aux solutions et de la difficulté de toutes les tentatives de généralisation d'une approche unique. Par conséquent, la question de l'approche à adopter en vue de protéger le contractant vulnérable, tant sur le plan jurisprudentiel que législatif, ne vise pas seulement à reconnaître la situation de vulnérabilité du contractant, mais à choisir entre plusieurs perceptions pouvant efficacement assurer la sauvegarde de ses intérêts légitimes. La question de fond se situe dans ces conditions au niveau indécidable des présupposés philosophiques et théoriques des solutions et mécanismes juridiques adoptés en droit positif et par la jurisprudence. Dans la mesure où le choix entre ces approches n'est pas évident, nous nous sommes efforcé de faire ressortir le plus possible les différents enjeux des deux types de pensées qui s'opposent et de démontrer l'hétérogénéité tant des angles d'explication que des moyens de protection qui en résultent.

Le but poursuivi n'était pas tant d'être « pour » ou « contre » une conception que de rendre compte de l'ensemble des visions présentes et pertinentes pouvant être considérées comme dominantes ou comme vecteurs d'un changement de paradigme sur la protection du contractant vulnérable. Nous nous sommes attelés à présenter cette protection à la fois quantitativement et qualitativement afin d'en mettre en lumière toute la complexité. De fait, une conclusion au sens

classique ne semble pas opportune étant donné la complexité du sujet. En effet, comme l'explique Jacques Le Goff :

La pensée de la complexité ne peut être qu'une pensée de la non-clôture ou de la dé-clôture. Elle a horreur des totalités closes, verrouillées d'assurance [...] La complexité n'est pas le contraire de la simplicité, le complexe n'étant pas nécessairement compliqué. Elle serait plutôt le contraire de l'unidimensionnalité, de l'unilatéralité, du monisme comme dénégaration du foisonnement créateur de la réalité¹⁹⁵⁶.

Nous ne pouvons adopter une vision manichéenne des différentes approches de la protection du contractant et considérer à tort une valeur comme supérieure à une autre. De même, il n'y a pas de raison de regarder une approche comme étant systématiquement négative ou au contraire forcément positive. Notre sujet ne se prête pas à une telle conclusion, et le travail que nous avons effectué a permis d'explorer bon nombre d'aspects de la protection du contractant qui mériteraient d'être approfondis. Sur ce point, nous n'avons alors fait qu'effleurer le sujet. Il y aurait encore beaucoup de recherches à faire. Notre travail apparaît alors tel un ensemble d'hypothèses ou de suggestions qui justifieraient encore des vérifications et des analyses fouillées. Notre objectif était, plus modestement, de mettre en lumière les nombreuses difficultés et les enjeux de la protection du contractant caractérisé par sa vulnérabilité.

Plus qu'une prise de position définitive sur la question de la protection du contractant faible – est-ce d'ailleurs possible? - il résulte surtout de notre parcours que la protection du contractant vulnérable ne peut plus être aujourd'hui envisagée autour d'une idée centrale ou d'une nervure principale à partir de laquelle l'ensemble des règles et principes pourrait tirer sa source. En réalité, elle permet de dégager l'existence d'une multitude d'influences. Si, par exemple, l'esprit juridique tant au Québec qu'en France présente une nette propension à la systématisation, l'étude des fondements de la protection de la partie vulnérable montre que celle-ci ne peut être adéquatement saisie de manière globale sans procéder en même temps à une approche analytique. Elle justifie surtout de prendre conscience des dangers d'une simple description d'ensemble. Comme le souligne Christophe Jamin, les juristes « ont tendance à ramener les décisions judiciaires à quelques principes fédérateurs, en réduisant les incohérences et les contradictions à l'état de *scories*, quand nous ne procédons pas à leur élimination pure et

¹⁹⁵⁶ Voir *Introduction*, dans Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot (dir.), *Droit et complexité*, *supra*, note 230, p.14.

simple »¹⁹⁵⁷. Cette remarque mérite de ne pas être limitée à la jurisprudence; elle doit être étendue au droit en général. La protection du contractant n’y échappe pas. D’ailleurs, l’appel à la bonne foi est dans ce sens emblématique en droit québécois des contrats et on peut aisément succomber à la tentation d’en faire une sorte de panacée!

Il semble qu’il soit de la nature du contrat d’être en crise! Là encore tout est question d’approche! Lorsqu’on songe à la part de liberté et de volonté dans le contrat, on ne peut nier qu’elles y sont toujours plus absentes, au grand dam de ceux qui voient le contrat comme un haut lieu d’expression de liberté. À s’en tenir au versant du contrat à titre de fait social, il y aurait là aussi une crise, entendue dans le sens que les multiples interventions extérieures ont miné le peu de liberté qui caractérisait encore le contrat dont on a dépossédé les parties. Face à ce constat, une étude comme la nôtre ouvre à d’autres débats dont elle aura peut-être contribué à faire percevoir la pertinence. La sauvegarde des intérêts du contractant vulnérable est le lieu de nombreuses contradictions, imprécisions et incohérences que nous avons surtout tenté de mettre en lumière. Leur examen n’est pas clos, il s’inscrit naturellement dans le cadre de la transformation continue du droit en fonction des enjeux que la société donne à voir. Le seul espoir étant que le droit lui-même soit à même d’y apporter des réponses précises et appropriées sans se laisser enfermer dans telle ou telle vision du contrat qui ne peut prétendre restituer la réalité contractuelle dans toute sa densité.

OUVRAGES GÉNÉRAUX

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*. tr. fr. J. Trico, Paris, Vrin, 1983.

ARZANO, M., *Je consens, donc je suis*, Paris, PUF, 2006.

BENTHAM, J., *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, traduction du Centre Bentham, Paris, Vrin, Collection: Analyse et philosophie, 2011.

¹⁹⁵⁷ Voir Christophe JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brèves répliques », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel—Mythe ou réalité*, *supra*, note 149, p. 169.

- BESSONE, M., *La justice*, Paris, Flammarion, 2011.
- BOLSTANSKI, L., et L. THÉVENOT, *De la justification, les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.
- BOUDON, R., *Le juste et le vrai, Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995.
- BOUGLÉ, C., *Solidarisme*, Paris, Alcan, 1907.
- BOURGEOIS, L., *La solidarité*, Paris, Armand Colin et Cie Éditeurs, 1901-1902.
- BOURGUINAT, H., *La tyrannie des marchés. Essai sur l'économie virtuelle*, Paris, Économica, 1995.
- CAILLÉ, A., *Dé-penser l'économie, Contre le fatalisme*, Paris, La découverte, 2005.
- Anthropologie du don*, Paris, La Découverte, 2006.
- Don, intérêt et désintéressement. Bourdieu, Mauss, Platon et quelques autres*, Paris, La Découverte, 2005.
- CHANIAL, Ph., *Justice, don et association, La délicate essence de la démocratie*, Paris, La Découverte/MAUSS, 2001.
- CHEVALIER, J., (dir.) *La solidarité, un sentiment républicain?*, Paris, PUF, 1992.
- DAHL, R., *Qui gouverne?*, Paris, Armand Colin, 1971.
- DAYEZ, Br., *À quoi sert la justice pénale?* Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1999.
- De ROBERTY, E., *Constitution de l'éthique*, Paris, Alcan, 1900.
- DONZELOT, J., *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Le Seuil, 1994.
- DUGUAY, B., *Consommation et image de soi*, Montréal, Liber, 2005.
- DUREL, A., *L'empire des choses : quatuor pour la fin des temps*, Paris, L'Harmattan, 2004.
- DURKHEIM, É., *Les règles de la méthode sociologique*, Livre I, 16e éd, Paris, PUF, 1967.
- DUVIGNAUD, J., *La solidarité Liens de sang et liens de raison*, Paris, Fayard, 1986.
- EWALD, Fr., *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.
- FORSÉ, M. et M. PARODI, *Une théorie empirique de la justice sociale*, Paris, Hermann, 2010.
- FOUILLÉE, A., *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1910.
- GIDE, Ch., *Principes d'économie politique*, Paris, L'harmattan, 2000.
- Histoire des doctrines économiques (1909)*, Dalloz-L'Harmattan, 2002
- GRIFIN-COLLART, E., *Égalité et justice dans l'utilitarisme : J. Bentham. J. S. Mill, H. Sidgwick*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1974.
- LAFOND, P.-Cl. (dir.), *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.
- LEROUX, P., *De l'Humanité, de son principe et de son avenir*, Paris, Perrotin, 1845.
- MAUSS, M., *Sociologie et anthropologie*, 8^e éd. Paris, Quatridge/PUF, 1999.

OGIEN, R., *La panique morale*, Paris, Grasset, 2004.

PACKARD, V., *La persuasion clandestine*, Paris, Calmann-Lévy, 1958.

PAUGAM, S., *Repenser la solidarité : l'apport des sciences sociales*, Paris, PUF, 2007.

PHARO, P., *Le sens de la justice essai de sémantique sociologique*, Paris, PUF, 2001.

RAWLS, J., *Théorie de la justice*, traduit de l'anglais par Catherine Audard, Paris, Éditions du Seuil, 2009.

SEN, A., avec la coll. d'Éloi Laurent, *L'idée de justice*, traduit de l'anglais par Paul Chemla, Paris, Flammarion, 2010.

THÈSES, MÉMOIRES ET MONOGRAPHIES

BAKOUCHE, D., *L'excès en droit civil*, Paris, LGDJ, 2005.

BARBIERI, J.-J., *Vers un nouvel équilibre contractuel? Recherche d'un nouvel équilibre contractuel des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, Th. Toulouse, 1981.

BAUDOUIIN, J.-L., P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

BAUDOUIIN, J.-L., P.-G. JOBIN, en coll. avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013.

BEHAR-TOUCHAIS, M. et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, Paris, LGDJ, 1999.

BELLEY, J.-G. et J. HAMEL, *La société de consommation*, Publications du Québec, 1980.

BELLEY, J.-G., *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

BÉNABENT, A., *Droit des obligations*, 13^e édition, Paris, Montchrestien, 2012.

BÉRENGER, Fr., *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2007.

BERLIOZ, G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 1973.

BERTHIAU, D., *Le principe de l'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, Paris, 1992,

BETGA MENGUETE, L. R., *L'obligation d'information du banquier*, Mémoire de Master 2 en droit des affaires, faculté de droit de l'Université de Douala, Cameroun, 2008.

BOURGOIGNIE, Th. (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

BOURGOIGNIE, Th., (dir.), *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

BOURGOIGNIE, Th., *Les obligations de garanties liées à la vente de biens de consommation: Mais où est donc passée la garantie légale?*, octobre 2006, Rapport final de recherche, Fondation Claude Masse, (document non publié).

BOURRIER, Ch., *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2003.

BOZZO-REY et G. TUSSEAU, *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Paris, Économica, 2011.

- BROUSSEAU, É., *L'économie des contrats. Technologie de l'information et coordination interentreprises*, Paris, PUF, 1993.
- BRUNEAU, L., *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse de doctorat, Université des sciences sociales de Toulouse, 2005.
- CADIET, L. (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987.
- CALAIS-AULOY, J. et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd, Paris, Dalloz, 2010.
- CARBONNIER, J., *Les obligations*, Thémis, 27^e éd., Paris, PUF, 2008.
- CHAGNY, M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris, Dalloz, 2004.
- CHARDIN, N., *Le contrat de consommation et l'autonomie de la volonté*, Paris, LGDJ, 1988.
- CHASSAGNARD-PINET, S. et D. HIEZ (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007.
- CHAZEL, Fr. et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.
- CHENEDÉ, Fr., *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, LGDJ, 2008.
- COHET-CORDEY, Fr. (dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Presses universitaires de Grenoble, 2000.
- COMMAILLE, J. et Br. JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, 1998.
- COMMAILLE, J. et Br. JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, 1998.
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, Paris, PUF, 2104,
- CÔTÉ, P. P. et DUBREUIL, Ch. A. (dir.), *La morale et le droit des affaires –Journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Éditions Thémis, 1994
- CÔTÉ, P.-A., St. BAULAC et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009.
- COURDIER-CUISINIER, A.-S., *Le solidarisme contractuel*, Paris, LGDJ, 2006.
- CRÉPEAU, P.-A., *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.
- CROTEAU, N., *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Éd. Wilson & Lafleur, 1996.
- CUMYN, M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.
- DARMAISIN, St., *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 2000.
- DESGORCES, R., *La bonne foi dans les contrats. Rôle actuel et perspectives*, Thèse, Paris II, 1992.
- DIEUX, X., *Le respect dû aux anticipations d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe de droit*, Paris, LGDJ, 1996.
- DOAT, M., J. Le GOFF et Ph. PÉDROT (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universitaires de Rennes, 2007.
- DUBOIS, P., *Le solidarisme*, Thèse, Université de Lille II, 1985.
- DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*, Paris, Alcan, 1912.

- DURKHEIM, É., *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1991.
- Les règles de la méthode sociologique*, Livre I, 16^e éd, Paris, PUF, 1967.
- FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992.
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, 3^e éd. Tome 1, Paris, PUF, 2012.
- FAGES, B., *Le comportement du contractant*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997.
- FARJAT, G., *Droit économique*, 2^e éd. Paris, PUF, 1982.
- L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963.
- FIN-LANGER, L., *L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, 2002.
- GAILLARD, E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985.
- GAUDIN, J.-P., *Gouverner par contrat- L'Action publique en question*, Paris, Presses de Sciences Po, 1999.
- GÉRARD, Ph., Fr. Ost et M. Van KERCHOVE (dir.), *droit et intérêt, vol. 1 : approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.
- GHESTIN, J. et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons Franco-Belge*, Paris, LGDJ, 1996.
- GHESTIN, J., Gr. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement*, 4e édition, Tome 1, Paris, LGDJ, 2013.
- GIGUÈRE, N., *La notion de contrat d'adhésion en droit civil*, Thèse de maîtrise, (LL.M.), Université Laval, 1996.
- GODBOUT, T. J. en coll. A. CAILLÉ, *L'esprit du don*, Montréal-Paris, La découverte, 1992.
- GOUBEAU, G. et J. GHESTIN (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001.
- GOUNOT, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Dijon, A. Rousseau, 1912.
- GRÉGOIRE, M.-A., *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.
- La bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.
- GRYNBAUM, L. et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*, Economica, Paris, 2004.
- GRYNBAUM, L., *Le contrat contingent*, Paris, LGDJ, 2004.
- Haid, Fr., *Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit*
- HAUSER, J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1970.
- HÉNAULT, M. G., *Le consommateur*, Montréal, Les Presses universitaires du Québec, 1979.
- JACQUEMIN, H., *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier,

- JALUZOT, B., *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, Allemand et Japonais*, Paris, Dalloz, 2001.
- JAMIN, Ch. et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Économica, 1999.
- JAMIN, Ch. et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.
- JAMIN, Ch., *Le solidarisme contractuel : regard franco-québécois*, dans *9^e conférence Albert Mayrand*, Montréal, Éditions Thémis, 2005.
- JESTAZ, Ph., et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.
- JOBIN, P.-G., *La vente*, 3^e éd., avec la collaboration de Michelle CUMYN, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.
- JOSSERAND, L., *De l'abus des droits*, Paris, Arthur Rousseau, 1905.
- KAKARA, J., *De la nécessité d'une protection de la caution en matière de sureté en droit positif congolais*, Mémoire de licence, UNIGOM, 2007.
- KALINOWSKI, G., *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, Paris, LGDJ, 1969.
- KAMENI KEMADJOU, E. H., *La bonne foi dans le contrat d'assurance*, Mémoire de master 2 recherche, faculté de droit de l'Université de Douala, 2008.
- KARIM, V., *Les obligations*, 4^e éd., Vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.
- KASIRER, N. et P. MOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2005.
- L'HEUREUX, N., et M. LACOURSIÈRE, *Le droit de la consommation*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.
- LAFOND, P.-CL. (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.
- LAFOND, P.-CL. et B. MOORE (dir.), *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.
- LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, LGDJ, 2000.
- LE TOURNEAU, Ph., *La morale et le droit des affaires, Actes du colloque organisé à l'Université des sciences Sociales de Toulouse*, Paris, Éd. Montchrestien, 1996.
- LEBEAU, Fr., *Étiquetage et emballage des produits de consommation*, Collection droit et consommation, Groupe de recherche en consommation, Université de Montréal, 1977.
- LEFEBVRE, B., *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.
- LEMIEUX, D. et P. ISSALYS, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.
- LEVESQUE, Fr., *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.
- LITTY, O., *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris, LGDJ, 1999.
- LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.
- LOKIEC, P., *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004.
- MACKAAY, E. (dir.), « Les incertitudes du contrat », dans *Les incertitudes du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1999.
- MACKAAY, E. et St. ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2^e éd. 2008.

- MACNEIL, R. I., *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.
- MALAUURIE, Ph., *Les personnes : La protection des mineurs et des majeurs*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2014.
- MANIET, Fr., (dir.) *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
- MASSE, C., *Loi sur la protection du consommateur- Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999.
- MATHIEU, P.-A., *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.
- MAURIN, L., *Contrat et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2013.
- MAZEAUD, D. et Ch. JAMIN (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998.
- MAZEAUD, D. et Ch. JAMIN (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Économica, 2001.
- MEKKI, M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit*
- MELKEVIK, B., *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2005.
- MOORE, B. (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003.
- MOORE, B. (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.
- MUBERANKIKO G., *La protection du preneur dans un contrat de location-gérance*, Mémoire de maîtrise en droit privé, Faculté de droit de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin), 2004.
- NEUMAYER, K. H., *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Genève, Éd. Librairie Droz, 1999.
- NITU, Cr. *L'autonomie du droit de la consommation*, Mémoire de Maîtrise, Université du Québec Montréal, 2009.
- NOBLOT, C., *La qualité du contractant comme critère légale de protection*, Paris, LGDJ, 2002.
- PAYET, M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001.
- PENIN, O., *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Paris, LGDJ, 2012.
- PIAZZON, Th., *La sécurité juridique*, Paris, LGDJ, 2009.
- PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989.
- PIETTE, G., *La correction du contrat*, PUAM, 2004.
- PINEAU, J. (dir.) *La réforme du Code civil cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999.
- PINEAU, J., D. BURMAN et St. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean PINEAU et Serge GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001.
- PRÉMONT, M.-Cl., *Tropismes juridiques - Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2003.
- RANGEON, Fr., *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. G. Vedel, Économica, coll. Politique comparée, 1986.
- RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

- REVET, Th., (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996.
- RICOEUR, P., *Le Juste 2*, Paris, Éditions Esprit, 2001.
- RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Dalloz, 2012.
- ROUHETTE, G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse multcopiée, Paris, 1965.
- SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, nouveau tirage, Paris, 1929.
- SAMSON, M., *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013.
- SAUPHONOR, N., *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000.
- SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2^e série, Paris, Dalloz, 1959.
- SAVAUX, É., *La théorie générale des contrats : Mythe ou réalité?* Paris, LGDJ, 1997.
- SENIADJA, Fl. St., *La protection des parties dans le contrat de vente civil*, Mémoire de maîtrise, Université catholique d'Afrique de l'Ouest, Yaoundé, 2006.
- SÉRIAUX, A., *Droit des obligations*, 2^e éd., Droit fondamental, PUF 1998.
- SMITH, A., *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, vol. I., traduction de Germain, Garnier, Paris, Flammarion, 1991.
- SOSOE, K. L., (dir.), *La vie des normes et l'esprit des lois*, Paris, Harmattan, coll. Éthiké, 1998.
- STOFFEL-MUNCK, Ph., *L'abus de droit*, Paris, LGDJ, 2000.
- TABI TABI, G., *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, Thèse, Université Laval, 2011.
- TALBOT-LACHANCE, G., *L'engagement volontaire en droit québécois de la consommation*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2009.
- TALLON, D. et D. HARRIS, (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987.
- TANCELIN, M., *Les obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.
- TEDONDJIO, H., *La protection du consommateur en droit camerounais*, Mémoire de DEA de droit des affaires, université de Douala, FSJP 2003/2004.
- TERRÉ, Fr. et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008.
- TERRÉ, Fr., Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013.
- THIBAUDEAU, L., *Guide pratique de la société de consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013.
- THIBIERGE GUELFUCCI, C. (dir.), *La force normative naissance d'un concept*, Paris, LDGJ, 2009.
- Traité de droit constitutionnel*, T. 1, Paris, Fontemoing, 1^{ère} éd., 1911.
- TUSSEAU, G., *Les notions juridiques*, Paris, Économica, 2007.
- VERBIEST, Th., *La protection du cyberconsommateur*, Paris, Litec, 2002.

VIRASSAMY, G., *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans la dépendance économique*, Paris, LGDJ., 1986.

XIFARAS, M. et Gr. LEWKOWICS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009.

ARTICLES

ALLARD, Fr., « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *R. du B.* 1.

ANCEL, P., « La force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat », (1999) *RTDciv.* 771.

ARNAUD, N. et A.-J., « Une doctrine de l'État tranquillisante : le solidarisme juridique », (1976) *A.P.D.* 21.

ATIAS, Ch., « L'équilibre renaissant de la vente », (1993) *D. chr.* 1.

AYNÈS, L., « L'obligation de loyauté », (2000) *44 A.P.D.* 195.

« Motivation et justification », (2004) *2 Revue des contrats* 555.

BATTIFOL, H., « La crise du contrat et sa portée », (1968) *A.P.D.* 13.

BÉLANGER, A. et J. MANEKENG TAWALI, « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance », (2009) *50 C. de D.* 37.

BÉLANGER, A., « Du spécialiste au dilettante, quel juriste doit produire le discours juridiques? Trois exemplaires d'analyses interdisciplinaires relatifs à la théorie contractuelle », (2011) *52 C. de D.* 497.

« Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties », (2011) *56 RDMcGill* 325.

BÉLANGER, A. et A. VAN DROM, « les apports de la linguistique à la théorie des contrats : panorama des principales théories du dialogisme et de la polyphonie à inscrire au sein du phénomène contractuel », (2011) *52 C. de D.* 37.

BÉLANGER, A. et Gh. TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme juridique : L'exemple du contrat de cautionnement », (2006) *47 C. de D.* 429.

BÉLANGER, A., M. VIOREL-DRAGOS et A. VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », (2010) *51 C. de D.* 51.

BELLEY, J.-G., « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », (1991) *32 C. de D.* 253.

« Le contrat comme instrument de justice privée », dans Nicolas Kasirer et Pierre Noreau (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 379.

« Les transformations d'un ordre juridique privé. Les contrats d'approvisionnement à l'ère de la cybernétique et de la gestion stratégique », (1992) *33 C. de D.* 21.

« Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : une étude de cas », (1996) *37 C. de D.* 37.

« La théorie générale des contrats : pour sortir du dogmatisme », (1985) *26 C. de D.* 1045.

« Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans Jean-Guy Belley (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1995, p. 195.

«Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d'harmonisation normative», *Conférence Meredith Lectures 1998-1999. La pertinence renouvelée du droit des obligations : retour aux sources*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 137.

BENABENT, A., « L'équilibre contractuel, une liberté contrôlée », (6 mai 1998) 54 *Petites Affiches* 14.

BLANC, D. et J. DEROULEZ, « La longue marche vers un droit européen des contrats », (2007) *D. chr.* 1615.

BOLGAR, V., « The contract of adhesion. A comparison of theory and practice », (1972) 20 *American Journal of Comparative Law* 53.

BOUCHARD, Ch. et M. LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 *R.G.D.* 373.

BOURASSA FORTIER, M., G. DUFOUR et Kr. PLOUFFE-MALETTE, « Les politiques canadiennes en matière d'étiquetage alimentaire : reflet d'une hégémonie technoscientifique au service d'un calcul utilitaire ? », (2014) 55 *C. de D.* 443.

BÜRGE, A., « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », 2000 *RTDciv.* 273.

BURMAN, D., « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne. Les journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 55.

CALAIS-AULOY, J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », (1994), 2 *RTDciv.* 248.
« L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », (1994) *RTDciv.* 239.

CEDRAS, J., « Liberté-Égalité- Contrat- Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », dans *Rapport de la Cour de cassation 2003*, Paris, La documentation française, p. 215.

CHARPENTIER, É., « le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle : L'exemple de l'évolution du sort réservé à la lésion en droit québécois », (2008) *R. du N.* 545.

« Pour une interprétation (très) large de l'article 1437 du Code civil du Québec », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 255.

« Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre contractuel », (2004) 45 *C. de D.* 69.

CHAZAL, J.-P., « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », (2003) 1 *Revue des contrats* 27.

« La justice contractuelle », dans Loïc Cadiet (dir.) *Le dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 743.

« La protection de la partie faible chez Josserand ou la tentative de maintenir le compromis républicain », Paper presented at the *Un ordre juridique nouveau? Dialogues avec Louis Josserand*, Université de Lyon, France, March 21-22, 2014. http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr.ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf

« Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », (2001), 45 *A.P.D.* 211.

« Théorie de la cause et justice contractuelle. À propos de l'arrêt Chronopost », (1998) *I JCP* 152.

CHEVALIER, J., « Rapport général », dans *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, Paris, Dalloz, 1965, p. 513.

COIPEL, M., « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », (1990) 24 *R.J.T.* 485.

CRÉPEAU, P.-A., « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *McGill L. J.* 730.

« Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *Rev. Bar. Can.* 13.

COUTURIER, G., « Les finalités et les sanctions du formalisme », (2000) *Défrénois* 880.

CUMYN, M., « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1.

DELGA, J., « Le consommateur est-il devenu moins intelligent? », (1995) 2 *Gaz. Pal. doct.* 1066.

DESPOTOPOULOS, C., « La notion de synallagma chez Aristote », (1968) *A.P.D.* 115.

DHAINAUT, I., « Demogue et le droit des contrats », (2006) 56 *R.I.E.J.* 113.

DIESSE, Fr., « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », (1999) 43 *A.P.D.* 276.

DUBREUIL, Ch., « L'obligation de renseignement de l'assureur : vers une moralisation des relations entre assureurs et assurés », (1993) 27 *R.J.T.* 453.

EL GHARBI, M., « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », (2005) 1 *R.R.J.* 167.

FABRE-MAGNAN, M., « Le forçage du consentement », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 296.

FAVERO, M., « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition juridiques », (2003) *RTDcom.* 429.

FRISON ROCHE, M.-A., « Le modèle de marché », (1996) 40 *A.D.P.* 287.

« Volonté et obligation », (2000) 44 *A.P.D.* 129.

GAUDET, St., « Le rôle de l'État et les modifications apportées aux principes fondamentaux du droit », (1993) 34 *C. de D.* 817.

GENICON, Th., « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques? Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », dans Trav. Assoc. H. Capitant, *La place du juriste face à la norme*, tome XVI, Rennes, 2012, BU, p. 85.

GHESTIN, J., « Le juste et l'utile dans le contrat », (1981) 26 *A.P.D.* 47.

« Le contrat comme instrument d'échange économique », (2000) 92 *Revue d'économie industrielle* 81.

GRÉGOIRE, M. A., « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois », (2009) 50 *C. de D.* 301.

« Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », (2002) 104 *R. du N.* 173.

« Ces fous qui dérangent », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 41-57

GUÉGUEN, J.-M., « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », (1999) *D. Chr.* 352.

GUILLEMARD, S., « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », (1993) 24 *R.G.D.* 369.

HAGE-CHAHINE, F., « L'ordre public dans l'économie, rapport général », dans Trav. Assoc. H. Capitant, *L'ordre public*, t. 49, 1998, Paris, LGDJ, p. 17.

- HAUSER, J., « Le juge et la loi », (2005) 114 *Pouvoirs* 149.
- JAMIN, Ch., « Demogue et son temps, et de morale, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », (2006) 56 *R.I.E.J.* 380.
- « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », (2010) 52 *Droits* 137.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans Gilles GOUBEAU et Jacques Ghestin (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J, 2001, p. 441.
- JOBIN, P.-G., « Équité et sévérité dans la sanction d'une faute contractuelle », (1999) 78 *R. du B. Can.* 220.
- « La modernité du droit commun des contrats dans le *Code civil du Québec* : quelle modernité ? », (2000) *Revue internationale de droit comparé*, 49.
- « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357.
- « Les sanctions de l'exécution du contrat », dans Barreau du Québec, *La réforme du Code civil cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 95.
- JOSSERAND, L., « Contrats d'adhésion et contrats dirigés », (1933) *D. Chr.* 89.
- « L'essor moderne du concept contractuel », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, T.II, p. 340.
- JUTRAS, D., « Le tiers trompé (à propos de l'affaire bail Ltée) », (1993) 72 *R. du B.* 28.
- KABLAN, S. et A. OULÁÍ, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », (2009) 54 *McGill L. J.* 627.
- KARIM, V., « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 C.c.Q. : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) 41 *C. de D.* 459.
- KAYSER, P., « La justice selon Aristote », (1996) *R.R.J.* 315.
- KENNEDY, D. et M.-Cl. BELLEAU, « La place de Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », (2006) 56 *R.I.E.J.* 163.
- LAFLAMME, A.-M. et S. FANTONI-QUINTON, « L'obligation d'accommodement au Canada et l'obligation française de reclassement : convergences, divergences et impacts sur le maintien du salarié en état d'incapacité », (2009) 3 *McGill L.J.* 121.
- LAFOND, P.-Cl., « Caveat venditor! Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) *RJTUM*, 10.
- « Contours et ramifications de la « nouvelle », définition du contrat de consommation au *Code civil du Québec* », (1996) 56 *R. du B.* 569.
- LANGÉVIN, L., « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le *Code civil du Québec* », (2005) 46 *C. de D.* 351.
- LAPORTE, P.-O., « La charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T* 287.
- Le TOURNEAU, Ph., « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », (1987) *D. Chr.* 101.
- LECUYER, H., « Le contrat, acte de prévision », dans *Mélanges François Terré*, Paris, Dalloz, LGDJ, 1999, p. 643.

LEFEBVRE, B, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 442.

« La justice contractuelle: mythe ou réalité? », (1996) 37 *C. de D.* 17.

« Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit de contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 59.

LEGRAND, P., « De l'obligation précontractuelle de renseignement: aspects d'une réflexion métajuridique et paraciviliste », (1989) 21 *Osgoode Hall Law Rev.* 585.

LEFEBVRE, R., « Résultats d'un sondage sur l'endettement et la sollicitation au crédit », dans *Endettement des consommateurs : chronique d'une catastrophe annoncée, acte du colloque international sur la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 2010.

LEQUETTE, Y., « Bilan des solidarismes contractuels », dans *Mélanges Paul Didier*, Paris, Économica, 2008, p. 257.

LEROUX, Th. et M. GIROUX, « La protection du public et les médicaments : les obligations du fabricant », (1993) 24 *R.G.D.* 309.

LUCAS de LEYSSAC, Y., « L'obligation de renseignement dans les contrats », dans *L'information en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, 305.

MACKAAY, E. et al, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 421.

MACNEIL, R. I., « The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 705.

« Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », (1977-1978) 72 *Nw. U.L. Rev.* 854.

« Relational Contract: What We Do and Do Not Know », [1985] *Wis. L. Rev.* 483.

« The Many Futures of Contracts », (1973-1974) 47 *S. Cal. L. Rev.* 691.

« Contracts adjustment of long term economic relations under classical, neo-classical and relational contract law », (1978) 72 *Northwestern University L. Rev.* 864.

« Exchange Revisited: individual utility and social solidarity », (1986) *Ethics* 568.

« Bureaucratic, liberalism and community-American style », (1984) 79, *Northwestern University Law Review* 935.

« Contracts adjustment of long term economic relations under classical, neo-classical and relational contract law », (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 854.

« Relational Contract: What we do and do not know », (1985) 2 *Wis. L. Rev.* 483.

« The many futures of contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 691.

MAINGUY, D., « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », dans *Mélanges Cabrillac*, Paris, Dalloz-Litec, 1999, p. 165.

MASSE, Cl., « La bonne foi dans l'exécution du contrat (rapport généra) », dans Trav. Assoc. H. Capitant, *La bonne foi*, t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 223.

MATHEY, N., « Le code civil et le développement du droit vu par Raymond Saleilles », dans *Le Code civil un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 211.

MAUSS, M., « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », 1923-24) l'année sociologique, seconde série 30.

MAZEAUD, D., « Renégociation du contrat », (2008) 3 *Revue des contrats* 738.

« Faut-il avoir peur du droit européen des contrats? », dans *Mélanges Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 309.

« Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », (2007) *D. chr.* 2959.

« La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2013, p. 908.

MESTRE, J., « L'évolution du contrat en droit privé français », dans *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Paris, PUF, 1986, p. 42.

MICHELETTI, M., « Le consumérisme politique: Une nouvelle forme de gouvernance transnationale? », (2004) 62 *Sciences de la société*, 119.

MIGNOT, M., « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », (2004) 4 *R.R.J.* 2168.

MOHAMED SALAH, M.-M., « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur? », dans *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 262.

MOORE, B., « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 224.

MRABET, Z., « Les comportements opportunistes du franchiseur : étude du droit civil et droit international uniforme », (2007) 41 *R.J.T.* 445.

MUIR WATT, H., « Du contrat relationnel, Réponses à François Ost », dans *Trav. Assoc. H. Capitant des amis de la culture juridique française, La relativité des contrats*, Paris, LGDJ, 2000, p. 175.

MUSY, M. A., « The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose : Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures », (2001) 1 *Global Jurist Advances*, <http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss1/art1>.

NANDRIN, J.-P., « Entre l'État libéral et l'État assurantiel, un État paternaliste? L'exemple de la loi belge du 24 décembre 1903 sur les accidents de travail », (1996) 5-6 *Cahier du CRHIDI (Centre de recherches en histoire du droit et des institutions)* 179.

NIORT, J.-F., « Droit, économie et libéralisme du Code Napoléon », (1992) 37 *A.P.D.* 101.

« La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », (1994) 3 *R.R.J.* 786.

OPPÉTIT, Br., « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », (1974) *Journal de droit international*, 794.

« Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », dans *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1970, t. XXII, Paris, Dalloz, 1975, p. 185.

« Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », dans *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, LGDJ, 1990, p. 317.

PERRET, L., « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121.

« Une philosophie nouvelle des droits des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 562. PERRILLEUX, J., « La bonne foi dans l'exécution du contrat (rapport belge) », dans Trav. Assoc. H. Capitant, *La bonne foi*, t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 237 et s.

PICOD, Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », (1988) *I.J.C.P.* 3316.

PICHE, C., « La proportionnalité procédurale : perspective comparative », (2009) 40 *R.D.U.S.* 551.

PINEAU, J., « La philosophie générale du nouveau *Code civil du Québec* », (1992) 71 *Rev. bar. Can.* 423.

« Coexistence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial, Obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2996, p. 1.

« Les pouvoirs du juge et le nouveau *Code civil du Québec* », *Nouveaux juges. Nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 362.

PIZZIO, J.-P., « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle: bilan et perspectives », dans *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, LGDJ, 2004, p. 885.

POSNER, R., « Utilitarianism, Economics and Legal Theory », (1979) *Journal of Legal Studies* 103.

PREVOST, M.-A. et D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé », (1979) *IJCP* 2952 .

PRIETO, C., « Une culture contractuelle commune en Europe », dans Catherine Prieto (dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen des contrats et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 43.

PROVOST, M., « L'arrêt Banque de Montréal c. Hydro-Québec et bail Ltée : réflexions sur l'obligation de renseignement dans les contrats de construction sur de grands chantiers », (1992) 52 *R du B.* 85.

RAINVILLE, P., « À la confluence du consensualisme et du formalisme : le rôle du silence à l'égard des donations entre vifs », (2010) 112 *R. du N.* 283.

REMICHE, B., « Droit économique, marché et intérêt général », dans *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue? Mélanges en l'honneur à Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 258.

RIPERT, G., « L'ordre public économique et la liberté contractuelle », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, T.II, p. 347.

ROLLAND, L., « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L.J.* 903.

« Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », (2006) 47 *C. de D.* 13.

« Les principes d'Unidroit et le *Code civil du Québec* : variations et mutations », dans *Les principes d'Unidroit et les contrats internationaux : aspects pratiques. Les Journées Maximilien-Caron 2001*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 181.

SAVATIER, R., « L'ordre public économique », (1965) *D. chr.* 7.

SINAY-CYTERMANN, A., « Protection ou surprotection du consommateur », (1994) *IJCP* 3804.

SINKONDO, A. M., « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration », (1993) *RTDciv.* 239.

SLAWSON, W. D., « Standard Form Contracts and Democratic control of Lawmaking Power », (1970-71) 84 *Harv. Law rev.* 529.

SMORTO, G., « La justice contractuelle », (2008) 60 *Revue internationale de droit comparé* 583.

STEINER, Ph., « Le fait social économique chez Durkheim », (1992) 33 *Revue française de sociologie*, 649.

STROWEL, A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », (1992) 43 *A.P.D.* 143.

SUPIOT, A., « La contractualisation de la société », dans *Université de tous les savoirs*, vol. 2, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 159.

« La fonction anthropologique du droit », (2001) *Fév. Esprit*, 155.

« Les mésaventure de la solidarité civile », (1999) *Dr. Soc.* 64.

« Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », dans Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, p. 19.

TABI TABI, G., « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 600.

TANCELIN, M., « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », (1978) 30 *Revue internationale de droit comparé* 1009.

THIBIERGE GUELFUCCI, C., « Libres propos sur la transformation des contrats », (1997) *RTDciv.* 375.

TORRES CEYTE, J., « Le droit des contrats à l'épreuve de la dignité en France et au Québec : de la protection à la direction des contractants », (2013) 47 *RJTUM* 167.

TREMBLAY, B. L., « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002) 33 *R.D.U.S.* 71.

TRIGEAUD, J.-M., « Convention », (1990) 35 *A.P.D.* 18.

TRUCHET, D., « État et marché », (1996) 40 *A.P.D.* 314.

VÉZINA, N., « La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créancier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 455.

WARENBOURG-AUQUE, Fr., « Rapports locatifs : l'équilibre introuvable », (1989) *IJCP* 3421.

WITZ, Cl., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », (2000) *D. chr.* 79.

JURISPRUDENCE CITÉE

126232 *Canada Inc. c. 2957-8705 Québec Inc.*, J.E. 2002-791 (C.S.).

15276 *Canada Inc. c. Verville*, J.E. 94-1917 (C.S.).

2731-9359 *Québec inc. c. Morency, Tremblay, Lemieux, Fortin*, 2009 QCCA 1195 (CanLII).

2865-9944 *Québec Inc. c. Papadopoulos*, J.E. 94-1259 (C.S.).

2991292 *Canada inc. c. JCorp inc.*, 2010 QCCS 6022 (CanLII).

3051226 *Canada Inc. c. Aéroports de Montréal*, [2008] R.J.Q. 872 (C.A.).

3102-2734 *Québec Inc. c. Restaurant Casa Kosta Inc.*, J.E. 94-1397 (C.S.).

7834101 *Canada inc. (Construction JSR 2011) c. Plaques chauffantes pré-usinées Copal (Canada) Ltée*, 2013 QCCQ 16900 (CanLII).

9022-5301 *Québec inc. c. Simhon*, 2006 QCCA 419 (CanLII).

9051-5909 *Québec inc. c. 9067-8665 Québec inc.*, [2003] R.D.I. 225 (C.A.).

9069-7384 *Québec inc. c. Superclub Vidéotron Ltée*, 2004 QCCS 32216 (CanLII).

9077-0801 *Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, J.E. 2012-1050 (C.A.).

9103-9149 *Québec inc. c. 2907763 Canada inc.*, 2007 QCCS 724 (CanLII).

91133 *Canada Ltée. c. Groupe Thibault Van Houtte & Associés Ltée*, 2003 QCCA 46804 (CanLII).

9118-7781 *Québec inc. (Groupe Sutton Millénia) c. Lerer*, [2012] R.J.Q. 331 (C.A.).

9148-2588 *Québec inc. c. Daigle*, J.E. 96-8160 (C.A.).

9179-3737 *Québec Inc. c. 3095-4424 Québec Inc.*, 2011 QCCA 498 (CanLII).

ABB Inc. c. Domtar Inc., [2007] 3 R.C.S. 461.

ABB Inc. c. Domtar Inc., [2005] R.J.Q. 2267 (C.A.).

Abou-Kasm c. Levine, 2003 QCCS 39069 (CanLII).

Accessoires d'auto Vipa inc. c. Therrien, [2003] R.J.Q. 202 (C.S.).

Agence Maître Boucher inc. c. Robert, 2009 QCCS 1120 (CanLII).

Agences Lyon Inc. c. Cadrin, (1975) 16 C. de D. 147.

Agricultural Chemicals c. Boisjoli, [1972] R.C.S. 278.

Ahsan c. Second Cup Ltd., J.E. 2003-736 (C.A.).

Alarme Trans-Canada inc. c. Piccirilli, J.E. 2007-1103 (C.Q.).

Alepin Gauthier c. Montpetit, [2001] J.Q. no 8653 (C.Q.).

Alexander-Maheu c. Banque Laurentienne du Canada, J.E. 96-547 (C.S.).

Altman c. Bernand, [1991] R.J.Q. 2074 (C.Q.).

Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc., [1999] R.J.Q. 3068 (C.Q.), mod. 2002 QCCA 61998 (CanLII).

Anctil c. Québec (Services d'exploitation des loteries et des courses), J.E. 85-339 (C.A.).

Ansa Construction Inc. c. Commission Hydro-électrique du Québec, J.E. 87-971 (C.A.).

Archambault c. Richer, 2002 QCCS 208 (CanLII).

Arthur Lavallée c. 134525 Canada Inc., 1993 QCCA 4053 (CanLII).

Aspencer.com Inc. c. Paysystems Corp., J.E. 2005-601 (C.Q.).

Association d'aide aux victimes des prothèses de la hanche/The Hid implant Victim's Association c. Centerpulse Orthopedics Inc., [2005] R.J.Q. 1701 (C.S.).

Association de la construction du Québec c. Entreprises Yves M. Caron, J.E. 2003-312 (C.S.).

Association des propriétaires d'autobus c. Fédération des commissions scolaires catholiques du Québec, [1997] C.S. 189.

Assurance-vie Desjardins-Laurentienne inc. c. Société en commandite Les appartements Darche, J.E. 2000-1987 (C.S.).

Crédit industriel Desjardins inc. c. Moulins Grover Ltée, J.E. 2001-69 (C.S.).

Ata c. 9118-8169 Québec Inc., [2006] R.J.Q. 1883 (C.S.).

Aubrais c. Laval (Ville de), [1996] R.J.Q. 2239 (C.S.).

Aubry c. Bigfoot Paintball, 2011 QCCQ 16047.

Audet c. Jetté, J.E. 98-2097 (C.S.).

Aviva compagnie d'assurance du Canada c. Pyradia inc., 2011 QCCA 592 (CanLII).

B.P. Canada Ltd. c. Traders Finance Co Ltd., [1970] C.A. 653.

Backman c. Canadian Imperial Bank of Commerce, [2003] R.R.A. 269 (C.S.).

Bal Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc., 2012 QCCS 6164 (CanLII).

Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc., 2012 QCCS 6164 (CanLII).

Banque de Montréal c. Granmont, [2004] R.J.Q. 1020 (C.Q.).

Banque de Montréal c. Bail Ltée, [1992] 2 R.C.S. 554.

Banque de Montréal c. Bujold, J.E. 2009-1306 (C.Q.).

Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng, [1989] 2 R.C.S. 429.

Banque de Montréal c. Marcotte, [2012] R.J.Q. 1541 (C.A.).

Banque de Montréal c. Nadon, [1990] R.J.Q. 880 (C.Q.).

Banque de Montréal c. Spooner, [1994] R.J.Q. 1388 (C.S.).

Banque de Montréal. c. Loyer, 2006 QCCQ 4453 (CanLII).

Banque JPMorgan Chase n.a. (Sears Canada Bank) c. McDougall, B.E. 2008BE-888 (C.Q.).

Banque JPMorgan Chase, n.a. (Sears Canada Bank) c. Poulin, J.E. 2008-1516 (C.Q.).

Banque Laurentienne du Canada c. Mackay, [2002] R.J.Q. (C.A.).

Banque nationale de Paris (Canada) c. 165836 Inc., [2004] 2 R.C.S. 45.

Banque nationale du Canada c. Soucisse, [1981] 2 R.C.S. 339.

Banque Nationale du Canada c. Couture, [1991] R.J.Q. 913 (C.A.).

Banque Nationale du Canada c. Goulet, 1997 QCCA 10411 (CanLII).

Banque Nationale du Canada c. Martin, J.E. 98-1837 (C.Q.).

Banque Toronto-Dominion c. Bouganim, 2008 QCCS 241 (CanLII).

Banque Toronto-Dominion c. Garceau, 2007 QCCQ 7397 (CanLII).

Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan, [2003] 1 R.C.S. 247.

Beachcomber Hot Tubs Inc. c. Lapointe, [2004] R.L. 327 (C.Q.).

Beauchemin c. C. Corp. Inc., J.E. 2007-2150 (C.S.).

Beaudin et Automobile J.P.L. Fortier inc., [1999] C.L.P. 1065.

Beaudoin c. Université de Sherbrooke, J.E. 2007-1120 (C.S.).

Beneficial Canada inc. c. Sirois, [2000] R.L. 329 (C.Q.).

Bergeron c. Promutuel Lac St-Pierre - Les Forges, 2010 QCCQ 5595 (CanLII).

Bergeron c. Racette, 2006 QCCA 1440 (CanLII).

Bergeron c. Ringuet, [1960] R.C.S. 672.

Bertrand Équipements c. Kubota Canada Ltée, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.).

Bettan c. 14207 Canada Inc., [1993] R.D.J. 489 (C.A.).

Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc., 2013 QCCA 580 (CanLII).

Birdair inc. c. Danny's, J.E. 2013-658 (C.A.).

Birdsall inc. c. In Any Events Inc., [1999] R.J.Q. 1344 (C.A.).

Biron c. Location d'autos Gibeault Inc., [1983] C.P. 288.

Bissonnette c. Banque Nationale du Canada, [1993] R.L. 234 (C.A.).

Blais c. I.T.T. Canada Finance Inc., J.E. 95-772 (C.S.).

Bombardier inc. c. Imbeault, [2009] R.R.A. 82 (C.A.)

Bouchard c. Boucher, 2007 QCCA 1559 (CanLII).

Boucher c. Développements Terriglobe inc., [2001] R.D.I. 213 (C.A.).

Bourbonnais c. Pratt, [2007] R.D.F 124 (C.S).

Bourgoin c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec, [2010] R.J.Q. 1914 (C.A.).

Bourque c. Héту, [1992] R.J.Q. 960 (C.A.).

Boutin c. Belvedere Finance Co., [1970] 11 C. de D. 157.

Bruker c. Markovitz, [2007] 3 R.C.S. 607.

Brunette c. Automobile Paquin Itée, 2006 QCCQ 1764 (CanLII).

Buesco Construction inc. c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, 2013 QCCS 3832 (CanLII).

Burnac Corp. And Joseph Burnett c. Les entreprises Ludco Ltée, [1991] R.D.I. 304 (C.A.).

Cabiakman c. Industrielle-Alliance Compagnie d'assurance sur la Vie, [2004] 3 R.C.S. 195.

Caisse c. Centre de réadaptation Lisette Dupras, 2006 QCCS 1351 (CanLII).

Caisse populaire de Sorel c. Beauchemin, J.E. 98-1886 (C.S.).

Caisse populaire Desjardins de Neuville c. Jean-Hugues Paré et Louise Paradis, [1999] R.L. 125 (C.Q.).

Cameron c. Canadian Factors corporation Limited, [1971] R.C.S. 148.

Canada (Commission de la concurrence) c. 3628159 Canada Inc. (Antirouilles Électroniques TP), CT-2001-006 (Tri. Concur.).

Canada (Commission de la concurrence) c. Professionnal Consultants (Electroprotections) Inc. – Gestion Professionnelle (Electroprotections) Inc., CT-2000-003 (Tri. Concur.).

Canada Starch Co. c. Gill & Duffus (Canada) Ltd., J.E. 84-88, (C.S.).

Canadian Acceptance Co. c. Larochelle, [1972] R.L. (n.s.) 268.

Canadian American Financed Corp. (Canada) c. Lam., J.E. 95-670, (C.S.).

Caron c. Centre routier inc., [1990] R.J.Q. 75 (C.A.).

Caron c. Farhat (Majestic MS), 2006 QCCQ 12826 (CanLII).

Carrière c. Mazda Canada Inc., 2006 QCCQ 11189 (CanLII).

Cartier Pontiac Buick GMC Itée c. Canac-Marquis Grenier Itée, [2009] R.D.I. 329.

Chartrand c. Financière Manuvie, 2013 QCCQ 9621 (CanLII).

CIT Financial Ltd. c. Boisjoly, Bédard et Associés inc., J.E. 2005-2000 (C.A.).

Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, Rép. Défrenois, 1996, 1007.

Clermont c. Parent, [1986] R.J.Q. 513 (C.P.).

Comartin c. Bordet, [1984] C.S. 584.

Commission des écoles catholiques de Pointe-Claire et Beaconsfield c. Tétreault & frères Ltée, [1973] R.C.S. 735.

Commission des normes du travail c. Motos Daytona Inc., J.E. 2009-1865 (C.A.).

Communauté Urbaine de Montréal c. Ciment indépendant Inc., [1989] 17 Q.A.C. 161 (C.A.).

Compagnie de Finance Household du Canada c. Bélanger, J.E. 89-1463 (C.Q.).

Compagnie France Film Inc. c. Imax Corp., J.E. 2002-5 (C.A.).

Compagnie Trust Royal c. Les Entreprises B. M. St-Jean, J.E. 97-1156 (C.S.).

Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. services informatiques Decision sxdd, [2004] R.J.Q. 69 (C.A.).

Confessions Lamartine inc. c. Informatique EBR inc., B.E. 99BE-294, (C.Q.).

Consoltex inc. c. 155891 Canada inc., J.E. 2006-2077 (C.A.).

Construction DJL inc. c. Montréal (Ville de), 2013 QCCS 2681 (CanLII).

Construction du Saint-Laurent Ltée c. Aluminerie Alouette Inc., J.E. 2001-814 (C.S.).

Construction St-Hilaire Ltée c. Immeubles Fournier Inc., [1975] R.C.S. 2.

Consumers Distributing Co., [1984] 1 R.C.S. 582.

Copiscope Inc. c. TRM Copy Centers (Canada) Ltd., J.E. 99-77 (C.A.).

Corp. Credit Trans Canada, c. Duré, [2003] R.L. 160 (C.Q.).

Corp. Crédit Trans-Canada c. Robert, J.E. 96-1899 (C.Q.).

Corpex (1977) Inc. c. La Reine, [1982] 2 R.C.S. 643.

Corporation de développement Toulon c. Valro Inc., J.E. 94-1600 (C.A.).

Cosmo Underwear Co c. Valleyfield Silk Mills Ltd., [1962] R.C.S. 418.

Côté c. Boiler Inspection and Insurance Company of Canada, 2006 QCCA 1398 (CanLII).

Coté c. Rancourt, [2004] 3 R.C.S. 248.

Courrier purolator Ltée c. Commission scolaire de Quévillon, 1992 QCCA 2858 (CanLII).

Crédit Bombardier Ltée c. Meloche, [1997] R.R.A. 731 (C.A.).

Crédit Trans Canada Ltée c. Prévost, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.).

Crédit Trans-Canada Ltée c. Brazeau, J.E. 80-592 (C.S.).

Creighton c. Grynspan, [1987] R.J.Q. 527 (C.A.).

Crosston Rubber (Québec) Inc. c. Société en commandite Place St-Germain, [2004] R.D.I. 699 (C.S.).

D. Paquette et Fils Rembourrage Ltée c. Jolicoeur, J.E. 96-694 (C.A.).

Dehasse c. Gravel, 2009 QCCS 4829 (CanLII).

Dell computers Corp. c. Union des Consommateurs, [2007] 2 R.C.S. 801.

Desgagné-Bolduc c. Provigo Distribution Inc., [1997] R.J.Q. 1622 (C.S.).

Deslisle c. Unitours (Canada) Ltée, J.E. 86-880 (C.P.).

Développement Métro-Montréal Canada Corp. c. 9027-1586 Québec inc., 2004 QCCA 73086 (CanLII).

Diamond c. Bell Mobilité inc. (Bell Mobilité Cellulaire inc.), 2006 QCCS 2063 (CanLII).

Distribution Stério plus inc. c. Télévision J. M. Beaudoin inc., 5981 (C.S.).

Djoufo c. Isabelle, 2008 QCCA 547 (CanLII).

Domaine de la Rivière-aux-Pins Inc. c. Plage du Lac St-Joseph Inc., J.E. 2002-1734 (C.S.).

Dorais c. Industrielle Alliance, assurances et services financiers inc., 2006 QCCQ 12166 (CanLII).

Dorion c. Roberge et al., [1991] 1 R.C.S. 374.

Dubreuil c. D.K. Automobile Inc., [1996] R.J.Q. 1144 (C.A.).

Dubuc c. Banque Nationale du Canada, J.E. 2006-1637 (C.Q.).

Dunn c. Williams, 2010 QCCA 2168 (CanLII).

Eiffel Construction Ltd. c. Morguard Trust Co., J.E. 90-1594 (C.A.).

Elsley Estate c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd., [1978] 2 R.C.S. 916.

Entreprises Réjean Goyette inc. c. Daigneault-Couillard, 2005 QCCQ 1168 (CanLII).

Entreprises RER inc. c. Banque HSBC Canada, J.E. 2006 1117 (C.A.).

Entreprises Rioux & Nadeau c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor), J.E. 2000-938 (C.A.).

Équilease Ltée c. Bouffard, [1979] C.S. 191.

Excavation St-Pierre et Tremblay inc. c. J.E. Verreault et fils Ltée, [2007] R.D.I. 104.

Express Finance R.G. inc. c. Farsi, J.E. 2010-1070, (C.S.).

F & I. Holdings Inc. c. 87313 Canada Ltée, [1996] R.J.Q. 851 (C.A.).

F. Hamel inc. c. Bois Brunet inc., J.E. 93-905 (C.Q.).

Fairview Pointe-Claire Leaseholds Inc. c. Café suprême F. et P., J.E. 2000-1458 (C.S.).

Faubert c. Poirier, [1959] R.C.S. 459.

Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal, [1994] R.J.Q. 1650, (C.S.).

Fermes Forcier & Fils s.e.n.c. c. Promutuel Lac-St-Pierre- Les Forges, société mutuelle d'assurances générales, 2006 QCCS 5131 (CanLII).

Financière Banque Nationale inc. c. Dussault, [2009] R.R.A. 943 (C.A.).

Fisch c. St-Cyr, [2005] R.J.Q. 1944 (C.A.).

Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec, Service des sinistres c. Couture, J.E. 2012-284 (C.A.).

Frongillo c. Traverse de L'Isle-aux-Grues/Municipalité de St-Antoine de L'Isle-aux-Grues, 2012 QCCQ 3073 (CanLII).

G.G. Lunch (1990) Inc. c. Autobus Dostie Inc., [1996] R.L. 493 (C.Q.).

Gagné (Succession de) c. Tremblay, 2008 QCCQ 169 (CanLII).

Gagnon c. Desrosiers, [1975] C.S. 880.

Gagnon c. Hydro-Québec, J.E. 2005-2052 (C.S.).

Gaillardez c. Microtec Inc., J.E. 95-792 (C.Q.).

Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Létourneau, B.E. 97BE-152 (C.S.).

Garantie des Bâtiments résidentiels neufs de l'APCHQ inc. c. Desindes, 2003 QCCS 10506 (CanLII).

Garcia Transport c. Cie Royal Trust, [1992] 2 R.C.S. 499.

Gareau Auto c. Entreprises Dorette Va/Go Inc., J.E. 97-1730 (C.S.).

Gareau auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.).

Gauthier c. Banque Nationale du Canada, J.E. 91-1632 (C.A.).

Gauthier c. Marché E. Prud'homme Inc., J.E. 92-422 (C.A.).

Gauthier c. Montpetit, [2001] J.Q. no 8653 (C.Q.).

Gauthier c. Resotage.com inc., 2012 QCCQ 4453.

Gaz propane Rainville inc. c. Mbox Solutions inc., [2010] J.Q. no 598.

Gendron c. 87220 Canada Ltée (Excavation Bruno Sanfaçon), 2009 QCCQ 583 (C.Q.).

General Motors du Canada c. Tinmouth et al., 1995 J.E. 95-1388 (C.A.).

General Motors Products of Canada c. Kravitz, [1979] 1 R.C.S. 790.

Gestess Plus (9088-0964 Québec inc.) c. Harvey, [2008] R.J.Q. 364 (C.A.).

Gestion Paul M. Bellemare inc. c. Carrier (Carrier & Carrier Notaires et conseillers juridiques), 2012 QCCQ 8647 (CanLII).

Gingras c. Pharand, 2009 QCCA 657 (CanLII).

Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844.

Gosselin c. Service de voyages Yves Bordeleau Inc., J.E. 96-730 (C.Q.).

Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd., [1975] C.S. 1203.

Groupe Cliffton inc. c. Solutions réseau d'affaires Meta-4 inc., J.E. 2003-1954 (C.A.).

Groupe pétrolier Nirom inc. c. Cie d'assurance du Québec, [1996] R.R.A. 176 (C.S.).

Groupe Technum inc. c. Duguay, 2006 QCCS 5259 (CanLII).

Grucsk c. Sparling, [1993] R.L. 33 (C.A.).

H. Cardinal Construction inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville de), J.E. 87-970 (C.A.).

Haco Canada Inc. c. 9008-0813 Québec Inc., J.E. 2006-309 (C.S.).

Haddad c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc., 2010 QCCA 2215 (CanLII).

Harmegnies c. Toyota Canada inc., J.E. 2008-584 (C.S.).

Hazan c. Madeco Mascouche inc., 2012 QCCA 2056 (CanLII).

Hébert c. Giguère, [2003] R.R.A. 300 (C.S.).

Houle c. Banque canadienne nationale, [1990] 3 R.C.S. 122.

Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie, 2014 QCCA 947 (CanLII).

Hydro-Québec c. Surma, [2001] R.J.Q. 1127 (C.A.).

Ifergan c. Société des loteries du Québec, 2014 QCCA 1114 (CanLII).

Île Perrot Nissan c. Holcomb, 2003 QCCA 39504 (CanLII).

Immeubles Équation Inc. c. Services immobiliers Royal LePage Ltée, J.E. 2000-994 (C.Q.).

Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc., J.E. 96-8160 (C.A.).

Industries Flexart Ltée c. Baril, J.E. 2003-478 (C.A.).

Informatique EBR inc., c. Hewlett-Packard (Canada) inc., 2007 QCCS 1941 (CanLII).

Investissements Salias Inc. c. Brunelle, [1988] R.J.Q. 1778 (C.A.).

Isolation Jean Carignan Inc. c. Robitaille, J.E. 86-894 (C.S.).

J.E. Livernois Ltée c. Plamondon, J.E. 85-619 (C.A.).

J.L. c. Coopérative de l'Ébène, [2005] R.J.Q. 267 (C.Q.).

Jabraian c. Trévi Fabrication Inc., 2005 QCCQ 10580 (CanLII).

Jean-Yves Fortin Soudure Inc. c. Procureur général du Québec, J.E. 2000-11234 (C.S.).

Joe Loue Tout Inc. c. Jubinville, J.E. 96-1588 (C.S.).

Jolicoeur c. Rainville, J.E. 2000-201 (C.A.).

Journal de Montréal c. Habitations Signatures inc., B.E. 97BE-64 (C.Q.).

JTI-MacDonald Corp. c. Létourneau, 2007 QCCA 695 (CanLII).

Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc., J.E. 2000-225 (C.A.).

La Royale du Canada c. Gérald Hamel Ltée, [1994] R.R.A. 190 (C.Q.).

Labrecque c. 9117-7402 Québec inc., 2013 QCCQ 15980 (CanLII).

Labrie c. Gagnon, [2003] R.R.A. 50 (C.A.).

Labrie c. Tremblay, [2000] R.R.A. 5 (C.A.).

Lac Minerals Ltd. c. International Corona Ressources Ltd., [1989] 2 R.C.S. 574.

Lachance c. Delage, J.E. 85-941 (C.P.).

Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc., J.E. 95-1356, (C.Q.).

Lacharité c. Caisse populaire Notre-Dame de Bellerive, [2005] R.J.Q. 1408 (CA.).

Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd., [2000] 1 R.C.S. 638.

Lafleur c. Financière Banque Nationale, C.S. B.E. 2004BE-65.

Lafontaine c. La Source d'eau Val-d'Or inc., 2001 QCCQ 10566 (CanLII) .

Laliberté c. Huneault, 2006 QCCA 929 (CanLII).

Lallier c. Volkswagen Canada inc., [2007] R.J.Q. 1490 (C.A.).

Lamothe c. Chrysler Canada inc., J.E. 2010-83 (C.Q.p.c.).

Langlois c. Ferme Yveclair Ste-Luce Inc., 2009 QCCS 3549 (CanLII).

Lapierre c. Munn, 2002 QCCQ 36502 (CanLII).

Latreille c. Industrielle-Alliance, compagnie d'assurance sur la vie, 2007 QCCS 6495 (CanLII).

Lauzon c. Québec (Procureure générale), 2010 QCCA 1239 (CanLII).

Le c. Le, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.).

Le Groupe commerce compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc., [1992] R.R.A. 959 (C.A.).

Légaré c. Morin-Légaré, [2002] R.J.Q. 2237 (C.A.).

Léger c. Automobiles Poirier (1990) inc., B.E. 2000BE-450 (C.Q.).

Lemieux c. Marsh Canada Ltée, 2005 QCCA 1080 (CanLII).

Lepine c. Khalid, [2004] R.J.Q. 2415 (C.A.).

Levesque c. Groupe Investors, J.E. 96-645 (C.Q.p.c.).

Levy c. Standard Desk Inc., 2013 QCCA 1473.

Liberty Mutual Insurance Co. c. Skylark Holidays Ltd., J.E. 80-758 (C.P.).

Location de voitures compactes (Québec) Ltée c. Moise, J.E. 97-1467 (C.Q.).

Location du cuivre Ltée c. Construction Cardel Inc., J.E. 95-492 (C.Q.).

Logiciels Suivites Inc. c. Coupal, [1995] R.J.Q. 375 (C.A.).

Lortie c. Alerte Fissure inc., B.E. 2004BE-20 (C.Q.).

M.J.B. Entreprises Ltd. c. Construction de défense (1951), [1999] 1 R.C.S. 619.

Machinage Piché Inc. c. Atelier d'ébénisterie P. M. Ltée, J.E. 95-1285 (C.S.).

Machtinger c. HOJ Industries Ltd., [1992] 1 R.C.S. 986.

Maisonneuve c. BCE Emergis inc., 2004 (QCCS) 51184 (CanLII).

Marcellin Ducharme inc. c. Moteurs Kawasaki Canadien inc., 2001 QCCA 20682 (CanLII).

Marche c. Cie d'Assurance Halifax, [2005] 1 R.C.S. 47.

Marcotte c. Longueuil (Ville), [2009] 3 R.C.S. 65.

Marineau c. Industrielle Alliance, assurances et services financiers inc., 2010 QCCQ 5646 (CanLII).

Marois c. Dallaire, [1970] C.S. 634.

Martin c. Marcon, 2008 QCCS 2708 (CanLII).

Martin c. Rénovations métropolitaines (Québec) Ltée, 2006 QCCQ 1760 (CanLII).

Massé c. 3311066 Canada Inc., B.E. 2004BE-972 (C.S.).

Matapédienne Coopérative Agricole c. Assels, J.E. 2005-1686, (C.S.).

Mathieu c. Marchand, [1986] R.D.J. 296 (C.A.).

McMahon, distributeur pharmaceutique inc. c. Ouimet, J.E. 2002-602 (C.S.).

Meuble Moderne enr. c. Collin, [1959] C.S. 102.

Miglin c. Miglin, [2003] 1 R.C.S. 303.

Miller c. Syndicat des copropriétaires des « Les Résidences Sébastopole Centre », J.E. 96-1044 (C.S.).

Millette c. Comité de surveillance de l'Association des courtiers d'assurances de la province de Québec, J.E. 2006-1158 (C.A.).

Mirarchi c. Lussier, [2007] R.J.Q. 301(C.A.).

Monit Management Ltd. c. Samen Investments Inc., 2012 QCCA 1821 (CanLII).

Morgan Bank of Canada c. Gulf International Bank, J.E. 2001-1714 (C.A.).

Morisset c. Brochu, (1883) 10 Q.L.R. 104.

Nadeau c. Banque de Montréal, [2008] R.J.Q. 2255 (C.Q.).

Nadeau c. Investissements Normand Beaugard inc., 2015 QCCA 370 (CanLII).

Nadeau c. Nadeau, [1977] C.A. 248.

National Drying Machinery Co. c. Wabasso, [1981] 1 R.C.S. 578.

Ndayizeye c. 4253159 Canada inc. (Chauffage climatisation Lalonde), 2013 QCCQ 10442 (CanLII).

Nichols c. Toyota Drummondville inc., J.E. 95-668 (C.A.).

Norclair Inc. c. Ville de Longueuil, [2003] R.J.Q. 2997 (C.Q.).

Nordenfelt v. Maxim, Nordenfelt Guns and Ammunition Co., [1894] A.C. 535 (H.L.).

North Montreal Land Centre Ltd. c. La prévoyance, (1924) 30 R.L. (n.s.) 256.

Nouveautés Camac Inc. c. Promotions Atlantiques Inc., J.E. 94-796 (C.S.).

O.P.C. c. 139561 Canada Ltée, J.E. 91-1511 (C.S.).

Ouellet c. J.T. Gendron inc. et Gendron, [1976] C.S. 721.

P.V.I International Inc. c. Canada (Commission de la concurrence), (2004) 31 C.P.R. (4th) 331.

Paré c. Collin, 2013 QCCS 5933 (CanLII).

Parizeau c. Barreau du Québec, [1997] R.J.Q. 1701 (C.S.).

Pavillon des Jardins Inc. c. Métallurgie Syca Inc., J.E. 2001-1212 (C.Q.).

Payette c. Guay, [2013] 3 R.C.S. 95.

Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd., [2002] 1 R.C.S. 678.

Perron c. Compagnie d'assurance canadienne universelle Ltée/Gore générale compagnie d'assurance générales, [1995] R.R.A. 686 (C.S.).

Pharmascience inc. c. Option Consommateurs, [2005] R.J.Q. 1367 (C.A.).

Pigeon c. Daigneault, [2003] R.J.Q. 1090 (C.A.).

Pigeon c. Purolator Courrier Ltée, J.E. 95-316 (C.Q. p.c.).

Pinkus Construction Inc. c. McRobert, [1968] B.R. 516.

Place Crémazie Parking Ltée c. Migneron, [1971] C.A. 813.

Place Fleur de Lys c. Tag's Kiosque Inc., [1995] R.J.Q. 1659 (C.A.).

Placements G. Murray (Québec) Itée c. Enseignes Néon-Otis inc., 1997 QCCA 9974 (CanLII).

Placements Jean-Claude Gagnon Inc. c. Bégin, [1990] R.J.Q. (C.S.) 484.

Popovic c. Montréal, 2008 QCCA 2371 (CanLII)

Portes et fenêtres Hickson inc. c. Mondou, 2007 QCCS 2994 (CanLII).

Posluns c. Entreprises Lormil Inc., J.E. 90-1131 (C.S.).

Potvin & Bouchard Inc. c. 3127877 Canada Inc., J.E. 98-2319 (C.S.).

Poulin c. Paré-Bolduc, 2012 QCCS 5652 (CanLII).

Prat c. Poulin, [1997] R.J.Q. 2669 (C.A.).

Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.).

Promotions Atlantiques inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse, J.E. 2003-02883 (C.A.).

Promutuel Valmont, société mutuelle d'assurances générale c. Henderson, [2006] R.R.A. 541 (C.A.).

Proprio Direct c. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, [2008] 2 R.C.S. 195.

Proprio-Direct inc. c. Pigeon, J.E. 2006-1599 (C.A.).

Provenzano c. Babori, [1991] R.D. I. 450 (C.A.).

Provenzano c. Babori, 1991 QCCA 2796 (CanLII).

Provigo distribution inc. c. Supermarché A.R.G., [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

Prud'Homme c. Gilbert, J.E. 2012-1773 (C.A.).

Pruneau c. Société d'agriculture du comté de Richmond, J.E. 2007-298 (C.Q.).

Québec (Procureur général) c. Kabakian Kechichian, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.).

Québec (Procureur général) c. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ), [2005] R.J.Q. 944 (C.A.).

Québec (Sous-ministre du revenu) c. Taillefer, J.E. 98-81 (C.S.).

Québec inc. (Air Plus international) c. Décarie, 2006 QCCQ 9215 (CanLII).

Quiron c. Bouchard, 2007 QCCQ 2222 (CanLII).

R c. Imperial Tobacco Products Ltd., [1971] 5 W.W.R. 409 (C.S. Alta).

R. c. Acme Novelty (B.C.) Ltd., (1972) 4 C.P.R. (2d) 20 (P.C.B.C.).

R. c. Blondin, J.E. 91-1379 (C.S.).

R. c. Opera Diamond Itée, (1974)15 C.P.R. (2d) 157 (C.S.P. Qué.).

Rawleigh Co. c. Dumoulin, [1926] R.C.S. 551.

Re/max le Hameau inc. c. Bélair, 1991 QCCA 3339 (CanLII).

Réal Grondin c. 2969-6366 Québec Inc., J.E. 2001-26 (C.Q.).

Red Deer College c. Michaels, [1976] 2 R.C.S. 324.

Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.).

Remax TMS inc. c. Bastien, [2011] J.Q. no 1127 (C.Q.).

Richard c. Time Inc., [2012] 1 R.C.S. 265.

Riendeau c. Cie de la Baie d'Hudson, J.E. 2000-641 (C.A.).

Rimer c. London Life Insurance Co., J.E. 95-1583 (C.S.).

Rioux c. Centre récréatif Bigfoot inc., 2013 QCCQ 11206 (CanLII).

Roberge c. Bolduc, [1991] R.C.S. 374.

Roberge c. Routhier, 2002 QCCA 33173 (CanLII).

Robert c. Harold Cummings Itée, J.E. 90-1645 (C.Q.).

Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la source inc., [2006] R.J.Q. 3118 (C.A.).

Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc., J.E. 2007-1563 (C.A.).

Ronsco inc. c. Banque HSBC Canada, 2014 QCCA 680 (CanLII).

Rosenberg c. Industries Ultratainer inc., 2001 QCCA 9943 (CanLII).

Rousseau c. Simpatico Travel and Tours Inc., B.E. 2009BE-480 (C.Q.).

Roynat Ltée c. Restaurants La Nouvelle-Orléans Inc., [1978] R.C.S. 969.

Sabourin c. Dostie, 2000 QCCA 11311 (CanLII).

Salvatore L. Briqueteur inc. c. Banque Nationale du Canada, [2002] R.J.Q. 1895 (C.A.).

Santangeli c. 154995 Canada Inc., 2005 QCCQ 32103 (CanLII).

Schrier c. Tribunal des professions, [2004] R.J.Q. 2432 (C.A.).

Scott c. Wawanesa mutual insurance co., [1989] 1 R.C.S. 1445.

Serre c. Banque de Montréal, J.E. 95-944 (C.Q.).

Sigma Construction Inc. c. Levers, J.E. 95-1846 (C.A.).

Société d'aide au développement des collectivités des Laurentides c. Léonard, Ruel, Venne et Associés, Notaires, 2012 QCCS 2416 (CanLII).

Société de gestion Place Laurier Inc. c. Beaulieu et al., J.E. 99-1070 (C.S.).

Société en commandite D.M.L. c. Gilbert, [2008] R.D.I. 83 (C.S.).

Société en commandite de Copenhague c. Corporation Corbec, 2012 QCCS 169 (CanLII).

Société en commandite gaz Métropolitain c. Banque Scotia, [2003] R.J.Q. 981 (C.Q.).

Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouvrées St-Philippe Inc., J.E. 95-1595 (C.S.).

Société immobilière du Québec c. Mario Bernier inc., 2002 QCCA 25875.

Société québécoise d'assainissement des eaux c. B. Frégeau & fils Inc., J.E. 97-2214 (C.S.).

Sœur du Bon-Pasteur de Québec c. Banque Royale du Canada, [2006] R.J.Q. 2769 (C.S.).

Stageline Mobile Stage Inc. c. Richard, J.E. 2002-2900 (C.A.).

Steinberg-Katz c. Empire Life Insurance, [1982] C.P. 1.

Stendel c. Edelman, J.E. 86-61 (C.S.).

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551

Talbot c. Commission scolaire régional Lapointe, [1976] C.S. 938.

Télébec Itée c. Alain, 1994 QCCA 6317 (CanLII).

Terramex inc. c. Montréal (ville de), 2005 QCCS 30286 (CanLII).

The King c. Paradis & Farley inc., [1942] R.C.S. 10.

Thériault c. Banque canadienne impériale de commerce, J.E. 80-911, (C.S.).

Therrien c. David, 2002 QCCQ (CanLII).

Thifault c. Larocque, 2006 QCCQ 6557 (CanLII).

Thuot c. Gerstein, [1978] C.P. 401.

Time inc. c. Richard, [2010] R.J.Q. 3 (C.A.).

TransCanada Ltée c. Prévost, [1995] R.J.Q. 977, (C.Q.).

Transport Rosemont inc. c. Montréal (Ville de), 2008 QCCS 5507 (CanLII).

Treats inc. c. Sachian inc., J.E. 97-728 (C.A.).

Tremblay c. Dionne, [2006] R.J.Q. 2614 (C.A.).

Trudel c. Banque Toronto-Dominion, J.E. 2007-701 (C.A.).

Trust Laurentienne du Canada c. Losier, J.E. 2001-254, (C.A.).

Turgeon c. Michaud, J.E. 2003-1299 (C.A.).

Univers Gestion multi-voyages Inc. c. Air Club international Inc., J.E. 97-772 (C.S.).

Vachon c. Compagnie Trust Central Guaranty, J.E. 98-77 (C.A.).

Valeurs mobilières Banque Laurentienne inc. c. Coutu, 2004 QCCS 28050 (CanLII).

Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse), [2005] R.J.Q. 961 (C.A.)

Vallerand et U.A.P. inc., [1998] C.L.P. 870.

Vermont Construction Inc. c. Beatson, [1977] 1 R.C.S. 758.

Vicply inc. c. Banque Royale du Canada, [1996] R.R.A. 582 (C.A.).

Ville d'Aylmer c. 174736 Canada Inc., J.E. 97-2185 (C.A.).

Ville de Jonquière c. Beaver foundations Ltd., (1981) C.S. 834.

Ville de Lac-St-Charles c. Construction Choiniere Inc., J.E. 2000-1318 (C.A.).

Voignier c. Beaulieu, [2003] R.D.I. 894 (C.Q.).

Walker c. Norcan Aluminium inc., 2012 QCCA 2042 (CanLII).

Walsh & Brais inc. c. Montréal (Communauté urbaine de), [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.).

Walsh Brais inc. c. Communauté urbaine de Montréal, J.E. 2001-1749 (C.A.).

Western Assurances Co. c. Desgagné, [1973] C.A. 299.

Whiten c. Pilot Insurance Co., [2002] 1 R.C.S. 595.

Wilson c. Lacoste, [1892] 20 R.C.S. 218.

Wofford c. Boreal Insurance, [1995] R.R.A. 811 (C.Q.).

Wrebbit inc. c. Benoit, [1998] R.J.Q. 3219 (C.S.).

Yaskawa Motoman Canada Ltd. c. Bercar Electronics Ltd., 2004 QCCS 46982 (CanLII).

Yoskovitch c. Tabor, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.).

Zaor c. Thibault, [1982] C.S. 843.